

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO ECONÔMICO E DO TRABALHO**

Cláudia Naomi Fábrica Hassegawa

**PRESCRIÇÃO E VULNERABILIDADE DO TRABALHADOR:
sobre a possibilidade de a vigência do contrato de trabalho ser causa
impeditiva da prescrição quinquenal**

Porto Alegre

2023

CLÁUDIA NAOMI FÁBRICA HASSEGAWA

**PRESCRIÇÃO E VULNERABILIDADE DO TRABALHADOR:
sobre a possibilidade de a vigência do contrato de trabalho ser causa
impeditiva da prescrição quinquenal**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles

Porto Alegre

2023

CLÁUDIA NAOMI FÁBRICA HASSEGAWA

**PRESCRIÇÃO E VULNERABILIDADE DO TRABALHADOR:
sobre a possibilidade de a vigência do contrato de trabalho ser causa
impeditiva da prescrição quinquenal**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 5 de abril de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Leandro do Amaral Dorneles de Dorneles (Orientador)

Prof. Dr. Rodrigo Coimbra

Prof^a. Bruna Nicolai Führ

RESUMO

Em que pese a contagem dos prazos prescricionais condicione a exigibilidade dos créditos trabalhistas à propositura de demandas judiciais antes do término da relação de emprego, na prática, a condição de hipossuficiência e vulnerabilidade do trabalhador faz com que a grande maioria das ações só sejam ajuizadas após a extinção contratual. Destarte, o presente estudo buscou analisar a possibilidade de reconhecimento da vigência do contrato de trabalho como causa impeditiva da prescrição, uma vez que sua aplicação irrestrita é flagrantemente prejudicial à concretização dos direitos do trabalhador. Para tanto, foi utilizado o método de pesquisa indutivo, com base na doutrina e na jurisprudência, bem como na legislação pertinente. A partir da análise sistemática do direito do trabalho, concluiu-se que é juridicamente possível considerar a constância da relação de emprego como causa impeditiva da prescrição quinquenal, sobretudo diante da falta de proteção efetiva contra a dispensa arbitrária e sem justa causa.

Palavras-chave: prescrição quinquenal; causas impeditivas; relação de emprego; proteção ao trabalhador.

ABSTRACT

Although counting the statute of limitations conditions the enforceability of labor credits to the filing of lawsuits before the end of the employment relationship, in practice, the condition of weakness and vulnerability of the worker means that the vast majority of labor claims are only filed after contractual termination. Therefore, the present paper sought to analyze the possibility of recognizing the validity of the employment contract as a cause that restrain the course of the statute of limitations, since its unrestricted application is flagrantly detrimental to the enforcement of workers' rights. To do so, the inductive research method was used, based on doctrine and jurisprudence, as well as on pertinent legislation. Through a systematic analysis of labor law, it was concluded that it is legally possible to consider the constancy of the employment relationship as an impeditive cause of the labor statute of limitations, especially in light of the lack of effective protection against arbitrary dismissal and without just cause.

Keywords: statute of limitation; impediment; employment relationship; workers' protection.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

CC – Código Civil

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

OIT – Organização Internacional do Trabalho

STF – Supremo Tribunal Federal

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 8 |
| 2 ASPECTOS GERAIS DA PRESCRIÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO | 10 |
| 2.1 Prescrição e decadência: fundamentos e distinções..... | 10 |
| 2.2 As espécies de prescrição no direito do trabalho: prescrição bienal, quinquenal e intercorrente | 17 |
| 2.3 Causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição trabalhista | 22 |
| 3 HIPOSSUFICIÊNCIA E VULNERABILIDADE: A ASSIMETRIA INTRÍNSECA DA RELAÇÃO DE EMPREGO | 26 |
| 3.1 Breve contextualização histórica: o surgimento do direito do trabalho..... | 26 |
| 3.2 Da teoria geral clássica da relação de emprego à teoria das vulnerabilidades laborais..... | 30 |
| 3.3 Das vulnerabilidades do trabalhador e dos princípios do direito do trabalho..... | 38 |
| 4 A PRESCRIÇÃO TRABALHISTA FRENTE A FRAGILIDADE DO SISTEMA PÁTRIO DE PROTEÇÃO À RELAÇÃO DE EMPREGO | 44 |
| 4.1 A proteção jurídica à relação de emprego: a estabilidade decenal, a instituição do FGTS e a legislação atualmente em vigor | 44 |
| 4.2 A falsa proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa..... | 51 |
| 4.3 A incompatibilidade da prescrição com as premissas protetivas do direito do trabalho: a constância da relação de emprego como causa impeditiva do fluxo prescricional? | 57 |
| 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 66 |

1 INTRODUÇÃO

A relação de emprego é, essencialmente, uma relação jurídica assimétrica. Diferentemente do que ocorre nos contratos civis, em que se pressupõe a paridade de forças e a independência entre as partes, nos contratos de trabalho há uma clara relação de hierarquia entre empregado e empregador. Enquanto este é o detentor único dos meios de produção e, portanto, da possibilidade de exercer autotutela, aquele, na condição de subordinado, conta exclusivamente com o acesso à Justiça para garantir e fazer valer os seus direitos.

A Constituição Federal, por meio do art. 7º, apresenta um rol extensivo de direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, dentre os quais, no inciso XXIX, está o direito à ação – condicionado, contudo, ao prazo prescricional de 5 anos, até o limite de 2 anos após o término do contrato de trabalho. Desta forma, caso o trabalhador queira reclamar determinado crédito trabalhista, deverá fazê-lo respeitando o período estabelecido pelo constituinte, sob pena de ter extinta a pretensão.

Em que pese o legislador tenha elencado hipóteses que impeçam o início do fluxo prescricional, parece esquecer que a constância da relação de emprego por vezes pode representar, de fato, um óbice ao pleno exercício de proteção aos direitos do trabalhador. Quem atua no judiciário, sabe: a grande maioria das ações trabalhistas são protocoladas somente após o término do vínculo empregatício e, quando não, com frequência o empregado é despedido injustificadamente durante o curso do processo.

Nestas circunstâncias, parece ser plausível considerarmos que a inércia do trabalhador não decorre de simples desídia ou negligência. Em um país com um salário-mínimo medíocre, e uma taxa de desemprego altamente variável, a situação de vulnerabilidade do trabalhador se agrava: em muitos casos, o temor da dispensa arbitrária faz com que, na prática, o trabalhador fique verdadeiramente impeco de agir. Não obstante, inexistindo norma que disponha ao contrário, salvo algumas raras exceções, a prescrição trabalhista é aplicada de maneira automática pelo Poder Judiciário.

Partindo-se desta realidade fática, a presente monografia tem por intuito responder ao seguinte questionamento: “tendo em vista a vulnerabilidade do trabalhador e o sistema protetivo característico do direito do trabalho, é juridicamente possível considerarmos a vigência da relação de emprego como causa impeditiva da

prescrição quinquenal?”. Para tanto, utilizou-se o método de pesquisa indutivo, com base na doutrina e na jurisprudência, bem como na legislação pertinente. Outrossim, o trabalho foi estruturado em três capítulos.

No primeiro, buscou-se o estudo da prescrição, uma vez que seu entendimento é base essencial para o desenvolvimento desta pesquisa. Inicialmente, foi realizada a delimitação conceitual do instituto, apresentando-o de forma geral, caracterizando-o e distinguindo-o da decadência. Após, partiu-se para o exame das espécies de prescrição no direito do trabalho (prescrição bienal, quinquenal e intercorrente), e então tratou-se das causas impeditivas, suspensivas e interruptivas.

No segundo capítulo, foram abordadas a desigualdade inerente das relações de emprego e a condição de hipossuficiência e vulnerabilidade do trabalhador. Refletiu-se sobre as raízes históricas do direito do trabalho, sobre seus fundamentos e sobre as teorias que discorrem acerca de seu objeto e do pressuposto da subordinação (teoria da relação de emprego clássica e teoria das vulnerabilidades laborais). Além disso, foram introduzidos alguns dos princípios que constituem a essência do direito juslaboral (princípio da proteção, princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas e princípio da continuidade).

No terceiro e último capítulo, analisou-se o sistema pátrio de proteção à relação de emprego, desde a promulgação da Lei Eloy Chaves até os dias atuais. Distinguiu-se os tipos de estabilidade (própria e imprópria) e foram conceituadas a despedida arbitrária e a despedida sem justa causa. Explorou-se a norma prevista no inciso I do art. 7º da Constituição Federal, bem como a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, a qual consagra, no âmbito internacional, o dever de motivação da despedida. Finalmente, discorreu-se sobre a compatibilidade da prescrição trabalhista com a sistemática do direito do trabalho, bem como apresentou-se uma reflexão crítica acerca de sua aplicação, tendo por base posicionamentos da doutrina e da jurisprudência.

2 ASPECTOS GERAIS DA PRESCRIÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

O presente trabalho é voltado ao estudo da prescrição quinquenal e suas repercussões na seara trabalhista – especificamente no que diz respeito à possibilidade de considerar, ou não, a vigência do contrato de trabalho como causa impeditiva da prescrição. Para que seja possível a realização de uma análise adequada, é pressuposto que, primeiro, se compreenda o conceito geral de prescrição, aplicável a qualquer campo jurídico, para que, após, possa-se adentrar às particularidades relacionadas à prescrição na justiça do trabalho. Nesta seção, é o que se pretende fazer.

A seguir, serão abordados o conceito, fundamentos e aspectos gerais da prescrição, bem como sua previsão na CLT e suas causas impeditivas, suspensivas e interruptivas. Ademais, embora a decadência não seja objeto deste estudo, sua menção é relevante na medida em que a distinção entre as duas figuras clarifica o entendimento da própria prescrição.

2.1 Prescrição e decadência: fundamentos e distinções

Inegavelmente, o tempo, tal como evento natural e irrefreável, influencia e produz efeitos na vida humana. Seu passar conduz a mudanças, renova e extingue a vida. Há quem diga, inclusive, que o tempo a tudo cura.

No caso da decadência e da prescrição extintiva – a que importa ao direito do trabalho e, portanto, a que nos referimos neste estudo –, o legislador decide conceder ao tempo também um efeito jurídico: seu decurso é capaz de extinguir, respectivamente, o direito ou a pretensão, quando da inércia de seu titular.

O principal argumento a justificar tais institutos vincula-se à inconveniência social que representaria a litigiosidade perpétua em torno das relações jurídicas¹. Fosse possível, *ad aeternum*, a cobrança ou questionamento de uma obrigação, por mais remota que fosse sua causa de origem, viver-se-ia em permanente estado de incerteza e insegurança. O devedor, mesmo que passadas décadas, estaria em

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Prescrição e decadência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 15. *E-book*.

constante ameaça de cobrança de uma dívida, jamais tendo sossego, temeroso de que, a qualquer momento, pudesse ter de suportar eventual processo de execução².

Com o escopo de evitar as incertezas jurídicas e a instabilidade social, o legislador bem faz ao limitar o exercício das pretensões no tempo, de modo que não fiquem estas pendentes de forma indefinida. Decorrido determinado lapso temporal sem que o titular do direito algo faça, dá-se prioridade aos interesses da sociedade ante aos interesses daquele – que, ao permanecer inerte, não revela desvelo quanto aos seus direitos e ao patrimônio próprio³.

Nestes casos, não tendo sido o direito reclamado, para a coletividade, é menos custoso que a situação permaneça como está, ainda que originada de circunstância injusta, do que a possibilidade de eternizar as discussões jurídicas⁴. Depois de certo tempo, tem-se que é aceitável preponderar uma situação de fato sobre uma situação de direito⁵.

Maria Helena Diniz⁶, ao tratar sobre o tema da prescrição, assim leciona:

A prescrição tem por objeto extinguir a pretensão de exigir, judicialmente, a prestação do inadimplente, por gerar uma exceção oposta ao exercício da ação, se o titular do direito subjetivo violado deixou escoar o lapso temporal, previsto em lei, para tanto. Tem por fundamento um interesse jurídico-social.

Realmente, esse instituto é uma medida de ordem pública para proporcionar segurança às relações jurídicas, que se comprometeriam ante a instabilidade decorrente do fato de se possibilitar o exercício da ação por tempo indeterminado. É, portanto, uma pena para o negligente, que deixa de exercer seu direito de ação dentro de certo prazo, diante de uma pretensão resistida. Trata-se de uma sanção adveniente.

De fato, a prescrição pune o credor negligente que, por mera desídia, permanece inerte e não age em tempo oportuno – implicando, pois, na extinção de sua pretensão. Esta pena, por assim dizer, tem raiz no prejuízo social causado pela inação do titular do direito, que por não buscar a tutela jurisdicional em tempo hábil,

² RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO FILHO, Arnaldo; RIZZARDO, Carine Ardissonne. **Prescrição e decadência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 14. *E-book*.

³ RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO FILHO, Arnaldo; RIZZARDO, Carine Ardissonne. **Prescrição e decadência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 3. *E-book*.

⁴ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **A prescrição e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018. p. 21.

⁵ RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO FILHO, Arnaldo; RIZZARDO, Carine Ardissonne. **Prescrição e decadência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 14. *E-book*.

⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações**. v. 2. 37. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 133. *E-book*.

acaba trazendo consequências negativas para a vida coletiva – haja vista o interesse social na pronta resolução dos conflitos jurídicos. Nesse sentido, a lição de Russomano⁷, ex-ministro do Tribunal Superior do Trabalho:

[...] se a prescrição se resume a uma pena (o que se admite *ad argumentum*) e se essa pena tem raiz no prejuízo social, é claro que a justificativa do instituto não está na sanção, mas no abalo causado pelo credor inerte.

O Estado tem o máximo interesse em que seus membros vivam em harmonia. Os choques, os litígios, os conflitos, por pequenos que sejam, abalam a estrutura social, pouco a pouco. Põem em risco o entendimento dos homens. São elementos de oposição à paz.

Com o decurso dos prazos prefixados na lei, os fatos se vão consolidando. Justos ou injustos, estratificam-se do mesmo modo. Para alterá-los depois, seria preciso quebrar essa marmorização. Isso traria permanentes abalos para a vida em comum e para a segurança das relações jurídicas. Permitir-se que um direito fosse exercido por tempo indefinido seria criar um meio de perturbação da sociedade.

A necessidade de estabilizar as relações entre os indivíduos, portanto, constitui o fator preponderante para justificar a prescrição – e, é verdade, também a decadência. Com a finalidade de imprimir certeza às relações jurídicas, assegurando a ordem, a pacificação social e o princípio da segurança jurídica (este previsto no preâmbulo e no *caput* do art. 5º da Constituição Federal), tais normas adquirem caráter de ordem pública, não podendo, assim, ser derogadas pela mera vontade das partes⁸.

Dito isso, prescrição e decadência, além de tratarem da tutela de direitos no tempo, possuem em comum também seus fundamentos, quais sejam, a estabilidade e a segurança nas relações jurídicas. Todavia, possuem conceituação, elementos, características e efeitos jurídicos diversos, de modo que aqui importa-nos diferenciá-las corretamente.

Segundo a linha teórica expressa no art. 189 do Código Civil⁹, a prescrição consiste na perda ou extinção da pretensão, quando não exercida dentro do prazo legalmente estabelecido. A pretensão, explica-se, possui sentido que se aproxima não da ação moderna, mas da antiga *actio* do direito romano, sendo caracterizada como o

⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. A prescrição no direito do trabalho. *In: Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*. Porto Alegre: Ano 3, n. 3, 1951, p. 1042.

⁸ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **A prescrição e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018. p. 21.

⁹ “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.”

“poder de exigir de outrem coercitivamente o cumprimento de um dever jurídico”¹⁰. Esse poder (“exigibilidade”) ocorre no plano do direito material e não se confunde nem com o direito subjetivo que gerou a pretensão, nem com o direito de ação exercitável para provocar a atuação da jurisdição do Estado¹¹.

Vale dizer, do direito subjetivo injustamente não cumprido ou violado, surge a pretensão, que, por sua vez, é exercida por meio da ação processual. Tem-se, portanto, que a pretensão constitui “figura intercalar entre o direito subjetivo e a ação”¹², sendo a pretensão poder dirigido contra o sujeito passivo da relação de direito substancial, e a ação processual – tal como direito abstrato e autônomo – poder dirigido contra o Estado, para que este preste a tutela jurisdicional.

A prescrição, repete-se, não extingue o direito, senão apenas a pretensão (o que gera, indireta e conseqüentemente, também a extinção da ação processual). O direito do titular, porém, mantém-se intacto, de modo que, caso o devedor se dispuser a cumpri-lo espontaneamente – já que não mais existe a pretensão e, com isso, a possibilidade de forçar seu cumprimento pelas vias jurisdicionais –, o pagamento será válido e eficaz, não autorizando a repetição de indébito (art. 882, do CC¹³)¹⁴.

Outrossim, há quem apoie na doutrina que, sendo matéria de defesa, se o devedor for demandado em juízo e não requerer a exceção, a prescrição não poderá ser decretada de ofício pelo juiz. Isso porque tal decretação somente poderia acontecer se a parte a quem aproveita, intimada a manifestar-se, viesse a aquiescer, expressa ou tacitamente, com a aplicação da causa extintiva da pretensão deduzida¹⁵.

Diferentemente, a decadência extingue o próprio direito, antes que tenha esse se exteriorizado ou adquirido uma existência real¹⁶. Maurício Godinho Delgado a conceitua como sendo “a perda da possibilidade de obter uma vantagem jurídica e

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. v. 1. 24. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 198. *E-book*.

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Prescrição e decadência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 8. *E-book*.

¹² AMARAL, Guilherme Rizzo. A polêmica em torno da “ação de direito material”. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/JFRGS**, Porto Alegre, n. IV, p. 169, 2005.

¹³ “Art. 882. Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.”

¹⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Prescrição e decadência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 55. *E-book*.

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Prescrição e decadência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 55. *E-book*.

¹⁶ PRUNES, José Luiz Ferreira. **Tratado sobre a prescrição e a decadência no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998. p. 77.

garanti-la judicialmente, em face do não exercício oportuno da correspondente faculdade de obtenção”¹⁷.

Extinto o direito pela inércia do titular, a ação que deveria assegurá-lo também desaparece, mas, ao contrário da prescrição, a decadência não comporta renúncia. Por isso que, mesmo não sendo invocada como via de exceção pela parte interessada, deve ser conhecida, de ofício, pelo juiz¹⁸.

Percebe-se facilmente, pois, que prescrição e decadência se distinguem tanto em seus conceitos quanto consequências. Como saber, porém, *a priori*, quando o prazo atinge a pretensão ou o direito? Quer se dizer, como determinar, com precisão, quando uma ação será atingida pela prescrição ou pela decadência? O que se procura, ressalta-se, é a causa e não o efeito.

Amorim Filho, ilustre professor paraibano, foi o responsável por elaborar o método distintivo mais aceito pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Em 1961, publicou o revolucionário artigo intitulado “Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar as ações imprescritíveis”, cujas conclusões deram fim à celeuma jurídica da época e, anos mais tarde, foram adotadas pelo nosso Código Civil atual.

Partindo da classificação dos direitos desenvolvida por Chiovenda, o referido autor associa prescrição e decadência aos tipos de ações correspondentes, com o intuito de esclarecer o que hoje já é pacífico: a prescrição relaciona-se às ações condenatórias e restringe a exigibilidade judicial do direito subjetivo prestacional, enquanto a decadência relaciona-se às ações constitutivas e extingue o direito subjetivo potestativo.

Segundo a teoria de Chiovenda, os direitos subjetivos a uma prestação correspondem àqueles direitos que têm por finalidade um bem da vida a conseguir-se mediante a prestação de outrem, ao passo que os direitos subjetivos potestativos (ou formativos) outorgam ao seu titular o poder de alterar, unilateralmente, a ordem jurídica¹⁹. Vale dizer, enquanto os primeiros só são satisfeitos mediante uma prestação (positiva ou negativa) do sujeito passivo, os direitos potestativos, muito embora seu

¹⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 290.

¹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Prescrição e decadência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 364. *E-book*.

¹⁹ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **A prescrição e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018. p. 33.

exercício produza um estado de sujeição a outra ou outras pessoas, independem da ação ou vontade dessas últimas, senão somente da daquela titular do direito.

Exemplificativamente, como direito a uma prestação, poderíamos citar todos aqueles que compõem as classes dos direitos reais e pessoais, tais como o direito de crédito (cuja prestação corresponde ao dever de dar/pagar) e o direito de propriedade (cuja prestação corresponde ao dever de abster-se)²⁰. Como direito potestativo, poderíamos citar o poder que têm o mandante de revogar o mandato, uma vez que, por tratar-se de ato unilateral, independe da concordância do mandatário, que, mesmo contra sua vontade, sujeita-se aos efeitos daquela revogação²¹.

Nota-se, pois então, que ao contrário dos direitos subjetivos prestacionais, em que há sempre um sujeito passivo forçado ao cumprimento de uma obrigação (dar, fazer ou não fazer), os direitos potestativos não demandam da outra parte, que nada deve (ou mesmo pode) fazer.

Disso decorre importante consequência: enquanto os direitos prestacionais podem ser transgredidos, os direitos potestativos são insuscetíveis de violação e, portanto, desprovidos de pretensão²². Daí que se diz que os direitos subjetivos são tutelados por meio das ações condenatórias, em que se pretende obter do réu o cumprimento de determinada prestação, ao passo que os potestativos o são por meio das ações constitutivas, em que se pretende obter a criação de um estado jurídico ou a modificação/extinção de um estado anterior²³.

Os direitos potestativos, ensina Didier Jr., efetivam-se no mundo jurídico das normas, sem a necessidade de qualquer ato material. Por não haver prestação a ser cumprida pelo sujeito passivo, sua efetivação dispensa ato executório: a sentença que acolhe a demanda e reconhece um direito potestativo já o efetiva com o simples pronunciamento e a implantação da nova situação jurídica²⁴.

Feitas estas considerações, foi aí que, brilhantemente, Amorim Filho percebeu que a solução jurídica para os casos de inércia do titular do direito diferencia-se de

²⁰ AMORIM FILHO, Agnelo. **Crítério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar ações imprescritíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 744, out. 1997. p. 728.

²¹ AMORIM FILHO, Agnelo. **Crítério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar ações imprescritíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 744, out. 1997. p. 728.

²² AMORIM FILHO, Agnelo. **Crítério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar ações imprescritíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 744, out. 1997. p. 736.

²³ GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. v. 1. 24. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 201.

²⁴ DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 21. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 348.

acordo com a tutela jurisdicional pretendida: com o tipo de direito pleiteado e, conseqüentemente, com a respectiva ação processual proposta.

Se a prescrição é a extinção da pretensão à prestação devida, somente as ações condenatórias podem sofrer seus efeitos, pois, afinal, somente este tipo de ação protege judicialmente os direitos subjetivos e exige o cumprimento coercitivo de uma prestação²⁵. Já a decadência, como se refere à perda efetiva de um direito, somente pode ser relacionada às ações constitutivas e aos direitos potestativos. Nestes casos, o que causa intranquilidade social é a própria existência do direito, não da pretensão (que sequer possuem) ou da ação (até porque existem direitos desta classe que não são exercitáveis por meio dela), de modo que, por isso, obrigatoriamente relacionam-se com o instituto da decadência, não da prescrição²⁶.

Compreendida, enfim, a teoria de Amorim Filho, bem como as distinções entre os institutos da prescrição e decadência, fica claro que, no presente trabalho, interessa-nos os prazos prescricionais. Isto porque nosso estudo se concentra nas ações condenatórias que buscam reparação quando da violação de direitos trabalhistas (direitos subjetivos prestacionais), de modo que, não restam dúvidas, são elas atingidas pela prescrição e não pela decadência.

Não fossemos apegados às justificativas e ao entendimento profundo da matéria, bastaria elegermos critério de distinção puramente formal e simplesmente aceitarmos a escolha do legislador pelo uso da prescrição no art. 11 da CLT²⁷. Tal critério, porém, não adentra nas razões pelas quais determinado prazo é prescricional ou decadencial, e ampara-se simplesmente na existência de uma norma jurídica que assim o determina²⁸.

De qualquer modo, sendo certo que é o instituto da prescrição o que nos importa, a seguir, será ele estudado conforme suas particularidades relacionadas ao direito do trabalho.

²⁵ AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar ações imprescritíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 744, out. 1997. p. 736.

²⁶ AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar ações imprescritíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 744, out. 1997. p. 738.

²⁷ “Art. 11. A pretensão quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.”

²⁸ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **A prescrição e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018. p. 37.

2.2 As espécies de prescrição no direito do trabalho: prescrição bienal, quinquenal e intercorrente

A previsão legal relacionada à prescrição trabalhista encontra-se no art. 7º, inciso XXIX da Constituição Federal:

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;

No mesmo sentido, reza o art. 11 da CLT:

Art. 11. A pretensão quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

Diferentemente do que ocorre, em regra, no âmbito do direito civil, no direito do trabalho, encerrada a relação de emprego, é preciso atentar-se a dois prazos concomitantemente: incidem sobre as pretensões trabalhistas o prazo de dois anos da extinção do contrato de trabalho, e de cinco anos do ajuizamento da ação processual²⁹.

Esses prazos, tal como ensinam Araújo e Coimbra³⁰, não se somam, mas se excluem. Isto porque ambos devem ser observados sucessivamente, de modo a não ser possível invocar créditos de três anos após o decurso de um biênio da extinção do contrato. Explica-se melhor: no direito do trabalho, o prazo prescricional será sempre de cinco anos. Havendo a rescisão do contrato, porém, o empregado deverá ajuizar a ação trabalhista em até dois anos, pois, caso contrário, serão atingidas pela prescrição todas as pretensões relativas ao extinto pacto laboral³¹.

A chamada prescrição bienal, total por excelência, portanto, nada mais trata do que limitador do direito de postulação. E por isso que, em que pese a doutrina e

²⁹ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **A prescrição e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018. p.64.

³⁰ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **A prescrição e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018. p. 64.

³¹ GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 567. *E-book*.

jurisprudência maciça denominem esse prazo como prescricional, subsiste ainda o argumento de que, por relacionar-se ao exercício de um direito potestativo (entrar em juízo), a natureza desse prazo seria, na verdade, decadencial³² – haja vista a teoria de Amorim Filho anteriormente exposta.

De qualquer maneira, seja ele de natureza prescricional ou decadencial, o efeito prático é o mesmo: caso o trabalhador não ajuíze ação no prazo de dois anos após o fim do contrato de trabalho (contados a partir da data do término do aviso-prévio³³), nada mais poderá requerer em juízo.

Bem verdade, tal prazo é fruto de negociações políticas da época em que se reunia a Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988. Antigamente, na redação original da CLT de 1943, o prazo prescricional das verbas trabalhistas era de apenas 2 anos, de maneira que, quando da elaboração da nova Constituição, os movimentos ligados aos trabalhadores e seus sindicatos passaram a reivindicar pela ampliação deste prazo para 5 anos. Entretanto, isso provocou a reação de alguns parlamentares mais conservadores, que condicionaram a aceitação deste aumento com o fato de que deveriam as ações trabalhistas serem ajuizadas dentro de dois anos da extinção do contrato de trabalho³⁴.

Como já dito, a prescrição bienal impõe ao trabalhador uma limitação de caráter adicional. Todavia, estando a relação de emprego ainda em vigência, ou sendo este prazo de 2 anos respeitado, em nada se afetará os créditos trabalhistas, que tão somente serão restringidos pela eventual ocorrência da prescrição quinquenal.

Nesse sentido, assim dispõe a súmula 308, I, do TST:

Súmula 308 do TST. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL

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

³² ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **A prescrição e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018. p. 65.

³³ Veja-se a orientação jurisprudencial da SDI-1 n. 83:

“AVISO PRÉVIO. INDENIZADO. PRESCRIÇÃO (inserida em 28.04.1997)

A prescrição começa a fluir no final da data do término do aviso prévio. Art. 487, § 1º, da CLT.”

³⁴ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **A prescrição e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018. p. 62.

pretensões já alcançadas pela prescrição bienal quando da promulgação da CF/1988.

Reforça-se: encerrada a relação de emprego, incidem sobre as pretensões trabalhistas dois prazos prescricionais que devem ser observados, sucessivamente: dois anos da extinção do contrato de trabalho, e cinco anos do ajuizamento da ação processual³⁵.

Para melhor elucidarmos a questão, um exemplo: do término de um contrato de trabalho, cuja vigência deu-se de 2014 a 2020, o trabalhador deverá, necessariamente, postular em juízo até 2022, em respeito à prescrição bienal. Ajuizada a ação, por exemplo, em 2021, é possível a cobrança retroativa dos cinco anos anteriores, ou seja, das verbas a partir de 2016, em conformidade com a prescrição quinquenal. Ajuizada ação em 2023, haverá a extinção do processo com a resolução de mérito, em razão da incidência da prescrição bienal. Por outro lado, ainda que a ação fosse postulada durante a vigência do contrato de trabalho, em 2020, não se poderia requerer a totalidade das verbas do contrato, haja vista a prescrição quinquenal, que necessariamente incidiria sobre as verbas do ano de 2014.

A prescrição bienal, evidentemente, é sempre absoluta e extintiva – o decurso do prazo de dois anos depois de findo o contrato de trabalho consome absolutamente toda a sua pretensão, não havendo vestígio exigível judicialmente³⁶. A prescrição quinquenal, por sua vez, é classificada pela doutrina como total ou parcial.

De acordo com o art. 11, § 2º, da CLT, acrescentado pela Lei 13.467/2017, “tratando-se de pretensão que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração ou descumprimento do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei”. A distinção se dá, portanto, em razão do título jurídico a conferir fundamento e validade à parcela pretendida³⁷.

Caso a parcela não seja assegurada por preceito de lei, derivando, por exemplo, de regulamento empresarial ou de contrato individual, a pretensão surgirá unicamente no momento específico da lesão, e a prescrição será total. Consistindo, entretanto, de

³⁵ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **A prescrição e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018. p. 65.

³⁶ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p.552. *E-book*.

³⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 317.

direito assegurado em dispositivo de lei, a pretensão renova-se periodicamente em cada parcela lesionada e, assim, a prescrição será parcial – o que significa que o prazo prescricional será renovado a cada prestação, ao contrário do que ocorre na prescrição total, que corre desde a lesão e se consuma no prazo quinquenal subsequente³⁸.

Tal peculiaridade deriva da continuidade intrínseca da relação de emprego. Sendo o contrato de trabalho negócio jurídico de trato sucessivo, na medida em que o tempo flui, diversos créditos vão sendo consumidos pela prescrição e outros tantos passam a ser devidos por conta de novos eventos celebrados diariamente na prestação laboral³⁹.

Destarte, em síntese do já exposto, visualizamos que, em se tratando da pretensão deduzida perante à justiça do trabalho, a prescrição extintiva divide-se em: a) prescrição bienal – 2 anos contados da extinção do contrato de trabalho; b) prescrição quinquenal total – 5 anos anteriores ao ajuizamento da ação trabalhista, desde que o crédito decorra de ato único do empregador ou não esteja previsto em lei; c) prescrição quinquenal parcial – 5 anos anteriores ao ajuizamento da ação trabalhista, desde que o crédito seja de trato sucessivo e esteja previsto em lei.

Além destas tradicionais modalidades, a Reforma Trabalhista passou a dispor também sobre a prescrição intercorrente, ampliando as hipóteses de prescrição no processo do trabalho. *In verbis*, o art. 11-A da CLT:

Art. 11-A. Ocorre a prescrição intercorrente no processo do trabalho no prazo de dois anos.

§ 1º A fluência do prazo prescricional intercorrente inicia-se quando o exequente deixa de cumprir determinação judicial no curso da execução.

§ 2º A declaração da prescrição intercorrente pode ser requerida ou declarada de ofício em qualquer grau de jurisdição.

Diferentemente da prescrição bienal e quinquenal – que correm antes de ajuizada a ação trabalhista –, a prescrição intercorrente é aquela que corre durante a fase de execução, dentro de um processo já iniciado⁴⁰. Para que a fluência do prazo prescricional intercorrente tenha início, é necessário que o exequente deixe de cumprir

³⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 317.

³⁹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p.550. *E-book*.

⁴⁰ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 565. *E-book*.

determinação judicial, implicando, assim, na paralisação injustificada da ação. Nas palavras de Maurício Godinho Delgado, “trata-se de omissão reiterada do exequente no processo, em que ele abandona, de fato, a execução, por um prazo superior a dois anos, deixando de praticar, por exclusiva omissão sua, atos que tornem fisicamente possível a continuidade do processo”⁴¹.

Há de se ressaltar, porém, que a ausência de atos executórios por não ter sido localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, não enseja a decretação da prescrição intercorrente⁴². Nestes casos, o magistrado deverá seguir o disposto no art. 40, §§ 2º e 3º da Lei n. 6.830/80⁴³, ou seja, suspender o processo, podendo os autos serem remetidos para o arquivo provisório, com a garantia do desarquivamento oportuno a qualquer tempo.

Até o advento da Reforma Trabalhista, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho divergiam frontalmente quanto ao reconhecimento da prescrição intercorrente na seara trabalhista, em uma divergência jurisprudencial difícil de contornar. De um lado, tinha-se a súmula 327 do STF, que admite a prescrição intercorrente no direito trabalhista e, de outro, a súmula 114 do TST, que advoga pela sua inaplicabilidade. A primeira, vale mencionar, fora aprovada pela Suprema Corte em 1963, e nem o advento da Constituição Federal de 1988 ou mesmo a revogação do Código de Processo Civil de 1973 alteraram seu posicionamento. A segunda, por sua vez, foi editada no ano de 1980 pelo TST, sendo totalmente superada somente após a vigência da Lei 13.467, que passou a admitir expressamente a prescrição intercorrente.

Em que pese a prescrição bienal e, em especial, a intercorrente também pudessem ser objeto de questionamento, neste trabalho, concentramo-nos no estudo da prescrição enquanto da vigência do contrato de trabalho e antes da propositura da reclamatória trabalhista – o que, inevitavelmente, nos reporta à prescrição quinquenal. Assim, entendido o funcionamento e os diferentes tipos de prescrição que atuam no direito do trabalho, de conceitos fundamentais para o desenvolvimento desta

⁴¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 327.

⁴² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 327.

⁴³ “Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. [...]”

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução”.

monografia, agora nos falta apenas o estudo das causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição.

2.3 Causas impeditivas, suspensivas e interruptivas da prescrição trabalhista

Como dito, a prescrição restringe direitos em nome da estabilidade e da segurança jurídica das relações sociais. Todavia, em situações específicas previstas em lei, o próprio instituto da prescrição é limitado pelo ordenamento, por meio das causas impeditivas, suspensivas e interruptivas.

As causas que impedem a prescrição são as mesmas que a suspendem. Nestes casos, a lei considera haver restrições sofridas pelo titular do direito no que tange à defesa de seus próprios interesses⁴⁴, de modo que não poderia favorecer ao devedor, já que o credor se encontra (ao menos supostamente) impossibilitado de exercer a plena proteção de seus direitos. O que difere as causas impeditivas das suspensivas é o momento de sua ocorrência: as primeiras impedem o início da prescrição, enquanto que as segundas sustam a contagem prescricional já iniciada.

Na ocorrência das causas impeditivas, embora tenha havido a lesão a um direito subjetivo prestacional, o prazo prescricional não começa a contar imediatamente, tendo seu termo inicial postergado para momento futuro, quando extinta a causa que lhe deu origem. Na ocorrência das causas suspensivas, por outro lado, o prazo prescricional já está em curso no momento em que a lei estabelece a sua suspensão, sendo que, cessada a ocorrência, aproveita-se o tempo anteriormente decorrido, e a prescrição volta a fluir pelo tempo que faltava para se consumir⁴⁵.

Em outras palavras, verificada a causa impeditiva, a prescrição sequer inicia sua contagem; verifica a causa suspensiva, a contagem do prazo cessa e terá sua continuidade, pelo que lhe resta, após o desaparecimento da causa de suspensão.

Ao contrário do impedimento e da suspensão, cujo fundamento encontra-se na dificuldade do titular para o exercício da ação, a interrupção fundamenta-se justamente no exercício do direito (posto judicialmente em atividade), cessando, assim, a inércia do sujeito⁴⁶. E se não há inércia, não há se falar em prescrição – de modo

⁴⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 296.

⁴⁵ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **A prescrição e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018. p. 83.

⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Prescrição e decadência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 141. *E-book*.

que o comportamento ativo do credor, decorrente de uma efetiva e eficaz manifestação de vontade, irá automaticamente paralisar e extinguir o prazo prescricional já em curso.

A interrupção apaga ou destrói, por completo, a prescrição iniciada⁴⁷. Por óbvio, não restabelece o que já está prescrito, mas extingue o curso das prescrições que estariam prestes a se consumar⁴⁸. E neste ponto também difere da suspensão, uma vez que, cessada a causa interruptiva, o prazo prescricional será reiniciado e voltará a correr do zero, sem computar o prazo anteriormente transcorrido.

A causa interruptiva mais relevante no direito do trabalho é a que decorre do ajuizamento da ação trabalhista. Sua propositura irá fixar o termo exato da interrupção, uma vez que a citação se dá de forma automática no processo do trabalho⁴⁹. O andamento da ação manterá o prazo prescricional interrompido e, a partir do dia subsequente ao último ato praticado no processo (trânsito em julgado da sentença, acordo homologado, arquivamento da reclamação, etc.), o prazo prescricional terá sua contagem reiniciada⁵⁰.

Importante salientar que a interrupção se verifica somente em relação às parcelas indicadas na petição inicial, pelo simples fato de não poder o juiz se manifestar sobre pedidos não formulados, sendo vedado o julgamento *ultra petita*⁵¹. Veja-se o teor da sua Súmula 268:

Súmula 268 do TST. PRESCRIÇÃO. INTERRUPÇÃO. AÇÃO TRABALHISTA ARQUIVADA. A ação trabalhista, ainda que arquivada, interrompe a prescrição somente em relação aos pedidos idênticos.

Cabe notar, ainda, que do ajuizamento das ações coletivas por qualquer um dos legitimados (Ministério Público do Trabalho, entidades sindicais, Defensoria Pública etc.), a prescrição para a ação individual, com idêntico objeto, fica interrompida, a despeito da aplicação do art. 203⁵² do Código Civil. Pouco importa a

⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Prescrição e decadência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 141. *E-book*.

⁴⁸ MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p.559. *E-book*.

⁴⁹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 300.

⁵⁰ ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **A prescrição e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018. p. 81.

⁵¹ RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. 1087. *E-book*.

⁵² JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito Processual do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 262. *E-book*.

legitimação da entidade sindical para a causa em que se imaginava poder atuar: ajuizada a ação movida pelo sindicato, a interrupção irá produzir seus efeitos, mesmo que seja ele considerado parte ilegítima para atuar em substituição. O TST consagrou tal entendimento com a publicação da Súmula 329:

Súmula 359 do TST. Substituição Processual. Sindicato. Legitimidade. Prescrição. Interrupção. A ação movida por sindicato, na qualidade de substituto processual, interrompe a prescrição, ainda que tenha sido considerado parte ilegítima *ad causam*.

Antes do advento da Lei 13.467/2017, não havia dúvidas de que as causas interruptivas previstas no art. 202 do Código Civil também poderiam ser aplicadas à justiça do trabalho. Todavia, a escolha do legislador pela utilização do vocábulo “somente”, na redação do § 3º do art. 11 da CLT (“a interrupção da prescrição somente ocorrerá pelo ajuizamento de reclamação trabalhista [...]”), deixa evidente sua intenção restritiva quanto à aplicação das demais causas interruptivas da prescrição.

Em que pese grande parte da doutrina e da jurisprudência rechacem tal limitação, intercedendo por uma interpretação sistemática e teleológica do inciso⁵³, o legislador parece ter deixado expresso seu juízo quanto à aplicação do direito comum na matéria. A *contrario sensu*, como manteve-se silente em relação às causas suspensivas e impeditivas, confirmou sua intenção em preservar a aplicação subsidiária das hipóteses previstas no direito civil.

As causas impeditivas e suspensivas encontram-se elencadas nos art. 197 a 201 do Código Civil, aplicáveis ao direito do trabalho quando compatíveis e adequadas às especificidades da área juslaborativa. Entre elas, a incapacidade absoluta (art. 198, I, do CC), aqui entendida como a do menor de 18 anos, nos termos do art. 440⁵⁴, da CLT; a ausência do país por parte do titular do direito, em razão de serviço público da União, Estados ou Municípios (art. 198, II, do CC); a prestação de serviço nas Forças Armadas, em tempo de guerra (art. 198, III, do CC); a pendência de condição suspensiva (art. 199, I, do CC); e o não vencimento do prazo (art. 199, II, do CC).

Outrossim, a CLT ainda traz causa suspensiva própria do direito do trabalho, ao dispor, em seu art. 625-G, que “o prazo prescricional será suspenso a partir da provocação da Comissão de Conciliação Prévia, recomeçando a fluir, pelo que lhe

⁵³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 302.

⁵⁴ “Art. 440 - Contra os menores de 18 (dezoito) anos não corre nenhum prazo de prescrição.”

resta, a partir da tentativa frustrada de conciliação ou do esgotamento do prazo previsto no art. 625-F⁵⁵". Não traz, porém, qualquer causa impeditiva diversa das elencadas no diploma civil, de modo que, do que se observa da leitura da lei, a constância da relação de emprego não é capaz de alterar em nada o curso da prescrição trabalhista. A rigor, lembre-se que, teoricamente, somente não corre o prazo prescricional diante de previsão expressa em lei, dada a taxatividade das causas impeditivas, suspensivas e interruptivas.

Partindo destes conceitos iniciais, pois, para que possamos verificar se, de fato, a vigência do contrato de trabalho possui relevância suficiente para poder ser juridicamente considerada como causa impeditiva da prescrição quinquenal, devemos agora analisar o sistema protetivo do direito do trabalho, bem como suas causas justificadoras.

⁵⁵ "Art. 625-F. As Comissões de Conciliação Prévia têm prazo de dez dias para a realização da sessão de tentativa de conciliação a partir da provocação do interessado."

3 HIPOSSUFICIÊNCIA E VULNERABILIDADE: A ASSIMETRIA INTRÍNSECA DA RELAÇÃO DE EMPREGO

A complexidade e a pluralidade das relações humanas fazem com que o direito, entendido como ciência social hermenêutica, precise se adaptar a diferentes realidades sociais. Estando a sociedade em um permanente processo de transformação, vão se criando categorias específicas de sujeitos, objetos e relações. Do surgimento de uma realidade diferenciada, sendo ela sumamente importante e/ou relevante à vida em sociedade, far-se-á obrigatória, com o tempo, a sua regulamentação jurídica especial.

As disciplinas jurídicas autônomas surgem justamente dessa necessidade de adaptação do direito a novos e diferentes contextos. Embora não sejam ramos isolados e estanques, elas fazem um recorte abstrato da realidade e criam normas específicas para lidar com suas próprias problemáticas.

O direito do trabalho é uma destas disciplinas autônomas, que surge em decorrência, principalmente, da assimetria intrínseca da relação de emprego. Neste capítulo, pretende-se discorrer sobre a razão tuitiva do direito do trabalho, seus fundamentos e princípios, bem como, principalmente, sobre a noção de hipossuficiência e vulnerabilidade do trabalhador.

3.1 Breve contextualização histórica: o surgimento do direito do trabalho

Todo fenômeno social possui uma categoria básica, um elemento pilar que lhe confere identificação própria e sem o qual não poderia existir. Em relação ao direito do trabalho, não há dúvidas, este núcleo fundamental se encontra na relação empregatícia⁵⁶ – de trabalho livre e subordinado –, de modo que, por este motivo, é impensável nos referirmos ao direito do trabalho na antiguidade, na idade média ou mesmo antes do século XVIII⁵⁷, uma vez que o trabalho assalariado, tal como conhecemos hoje, veio a surgir apenas durante a Revolução Industrial.

O direito do trabalho, atente-se, não se baseia no trabalho em sentido amplo, mas sim no trabalho subordinado, surgido em período relativamente recente da

⁵⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 97.

⁵⁷ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V.1, p. 3.

história mundial. Não se confunde, de forma alguma, com o trabalho em que o prestador esteja submetido de modo pessoal e absoluto ao tomador dos serviços, tal como ocorria nas relações servis e na escravidão, uma vez que nestas impõe-se a sujeição pessoal do trabalhador, e não a sua subordinação⁵⁸.

Pressuposto histórico-material do trabalho subordinado, o trabalho livre só surge no ocidente, de forma relevante, a partir da ruptura do sistema produtivo feudal e do desenvolvimento da vida urbana. No desenrolar da Revolução Industrial, é que a relação empregatícia passa a efetivamente se estruturar como categoria específica, sendo o principal modelo de vinculação do trabalhador livre ao sistema produtivo capitalista. O trabalho agora oferecido nas cidades, diferentemente do que ocorria até então, passa a ser considerado como integrante do poder de disposição do trabalhador – devendo, assim, ser estruturado sobre bases contratuais⁵⁹.

Esta alteração na natureza das relações de exploração do trabalho, apesar de significar, no plano jurídico, um reconhecimento do valor humano (já não mais se tolerava a ideia de sujeição pessoal), em uma perspectiva sociológica, não refletiu na melhoria significativa das condições de vida da massa trabalhadora. Pelo contrário, a falsa noção de liberdade e igualdade de todos perante a lei revelou-se como brecha para que relações abusivas fossem legitimadas com o discurso da “autonomia da vontade”.

Acerca deste assunto, pertinentes são as palavras de Baylos⁶⁰:

Esta visão das relações civis na sociedade produtora de mercadorias concebe o empresário e o trabalhador como seres livres e iguais, que se relacionam através do contrato. Mediante este vínculo, o trabalhador consente, livremente, em ceder o seu trabalho a outro. O trabalhador, agora, é duplamente livre: livre de um senhor, não submetido à escravidão, e livre também em relação ao meio de produção necessário à sua sobrevivência, uma vez desfeita sua adstrição à terra. Desaparecem o escravo e o servo de gleba e o produtor se apresenta como o indivíduo livre em pessoa. Desta maneira, o trabalhador, proprietário apenas de uma força de trabalho imediata, não pode senão alienar sua única possessão livre. Num paradoxo curioso, entrega sua liberdade, mediante seu consentimento

⁵⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 97.

⁵⁹ ALONSO OLEA, Manuel. **Introdução ao direito do trabalho**. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1969, p. 92

⁶⁰ BAYLOS, Antonio. **Direito do trabalho: modelo para armar**, p. 61. *apud* DUTRA, Renata Queiroz. Formação histórica do direito do trabalho. Tomo Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Pedro Paulo Teixeira Manus e Suely Gitelman (coord.). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

voluntário, e submete-a a outro sem coerção, no uso da sua razão autônoma e somente em virtude deste consentimento.

Ao mesmo tempo que se desenvolviam as máquinas, a desmedida exploração do trabalho livre pelos detentores dos meios de produção fomentava não apenas más condições de trabalho, mas verdadeira condição de miséria e marginalidade dos trabalhadores da classe operária. A larga exploração da mão de obra feminina e infantil, a imposição de jornadas de trabalho exaustivas (de 14 a 16 horas), o pagamento de salários miseráveis, a insalubridade e a falta de segurança no ambiente de trabalho foram apenas alguns dos fatores que contribuíram para o surgimento de uma conscientização coletiva, despertada pelo instinto de autoproteção dos trabalhadores. Estes, até então dispersos e baseados na cooperação individual, passaram a reivindicar, juntos, melhores condições de trabalho⁶¹ – seja por meio de greves, de manifestações e/ou de movimentos internos.

Em que pese, neste ponto, as raízes do direito do trabalho já houvessem sido plantadas, somente a partir do momento em que a relação de emprego se torna categoria dominante na sociedade produtiva é que podemos falar do surgimento, de fato, de um ramo jurídico especializado. Este momento de hegemonia – de generalização e massificação da relação de emprego – apenas se afirma ao longo do século XIX, com a propagação massiva do sistema industrial na Europa e nos Estados Unidos. A respeito, Maurício Godinho Delgado assim leciona⁶²:

O direito do trabalho é, pois, produto cultural do século XIX e das transformações econômico-sociais e políticas ali vivenciadas. Transformações todas que colocam a relação de trabalho subordinado como núcleo motor do processo produtivo característico daquela sociedade. Em fins do século XVIII e durante o curso do século XIX é que se maturaram, na Europa e Estados Unidos, todas as condições fundamentais de formação do trabalho livre, mas subordinado e de concentração proletária, que propiciaram a emergência do Direito do Trabalho.

As condições nefastas do trabalho industrial e a convivência diária e concentrada dos operários fizeram surgir movimentos reformistas, coletivos, e, por consequência, pressão contra governos e empregadores – amplificada com a ajuda

⁶¹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p.24. *E-book*.

⁶² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 99.

de pensadores socialistas, juristas inconformados e, até mesmo, de patrões humanitários⁶³. Esta ânsia crescente do movimento operário por modificar e melhorar as condições de trabalho fez com que a atuação do Estado se tornasse inevitável: por um lado, era preciso estabelecer normas que garantissem a sobrevivência física da classe trabalhadora e, por outro, era necessário assegurar a paz social, uma vez que, diante da acentuada tensão entre as classes – a este ponto já muito bem definidas –, a falta de intervenção estatal poderia significar a instauração de um confronto direto entre empregados e empregadores.

Nascia, então, ao final do século XIX e início do século XX, o direito do trabalho em sentido próprio e estrito, como conjunto de normas especializadas, e referidas a uma realidade socioeconômica fundamental para a vida em sociedade: o trabalho por conta alheia, prestado em regime de liberdade, jurídico e assentado sobre bases contratuais⁶⁴. Finalmente, lançavam-se as primeiras manifestações legislativas do direito do trabalho, com o estado-providência intervindo para disciplinar e resolver o antagonismo entre capital e trabalho⁶⁵.

As particularidades deste conflito exigiam, necessariamente, a elaboração de uma regulamentação jurídica inovadora, que superasse as perspectivas individualistas – inadequadas para lidar com a natureza coletiva das relações de trabalho, a noção de igualdade formal – insuficiente para conduzir a assimetria material entre empregado e empregador, e a excessiva valorização da autonomia da vontade – própria do direito civil, tendo em vista a situação de subordinação e hipossuficiência intrínsecas do trabalhador.

Assim, concebido como “direito de resistência”, o direito do trabalho surge como uma forma de conferir proteção ao trabalhador subordinado, com o fim de suprir a profunda desigualdade existente entre ele o tomador de seus serviços. Segundo Delgado, este ramo do direito possui o valor finalístico de promover a “melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica”, de modo que, para tanto, retifica (ou ao menos atenua), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho⁶⁶. Tal desequilíbrio, veremos a seguir,

⁶³ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V.1, p. 8.

⁶⁴ ALONSO OLEA, Manuel. **Introdução ao direito do trabalho**. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1969, p. 101.

⁶⁵ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V.1, p. 8.

⁶⁶ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 56.

relaciona-se com a condição de vulnerabilidade a que inevitavelmente o trabalhador detém na relação empregatícia.

3.2 Da teoria geral clássica da relação de emprego à teoria das vulnerabilidades laborais

A sociedade industrial, vimos, alterou profundamente as relações de trabalho que existiam até então. O trabalho passa a assumir uma feição de mercadoria, que pode ser negociada, adquirida e consumida em troca de subsistência⁶⁷. Nessa lógica, o trabalhador deixa de possuir os frutos e resultados de seu próprio esforço, atribuindo-os inicial e diretamente à terceiro que aceite o encargo de lhe dar algo em troca⁶⁸ – trata-se, bem verdade, do trabalho remunerado por conta alheia.

A partir deste contexto, é que o direito laboral surge e se desenvolve: é consequência direta da desigualdade fática presente nas relações de trabalho, decorrente, sobretudo, da inferioridade econômica do empregado em relação ao empregador⁶⁹. Da dicotomia entre capital e trabalho, se torna necessária a existência do direito trabalhista. José Martins Catharino⁷⁰, em sua obra, é enfático neste sentido:

O Direito do Trabalho surgiu, precisamente, para compensar desigualdades econômicas. Para reduzir ou evitar coação econômica, viciadora da vontade dos mais fracos em face dos economicamente poderosos. Surgiu como instrumento jurídico de reação contra o *status quo* implantado pelo capitalismo desenfreado, e com nítida finalidade humanitária.

De fato, é o reconhecimento da assimetria das relações de trabalho e da hipossuficiência do trabalhador que conduz ao surgimento do direito laboral. O legislador abandona, decididamente, a ficção de igualdade entre as partes do contrato de trabalho, criando em proveito dos trabalhadores uma série de vantagens unilaterais,

⁶⁷ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. A reforma trabalhista: algumas repercussões na propedêutica juslaboral. Em STÜRMER, Gilberto; DORNELES, Leandro (orgs.). **A reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018, p. 64.

⁶⁸ ALONSO OLEA, Manuel. **Introdução ao direito do trabalho**. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1969, p. 29.

⁶⁹ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 66.

⁷⁰ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V.1, p. 202.

com o claro propósito de compensar suas fragilidades⁷¹. Bem verdade, o direito do trabalho tem como causa e fim a proteção do trabalhador.

Para a teoria clássica da relação de emprego, porém, o direito trabalhista não deveria tutelar toda e qualquer modalidade de trabalho. A condição de hipossuficiência, associada à dependência econômica do empregado, é por ela traduzida por meio do conceito de “subordinação” (também chamado de dependência hierárquica ou jurídico pessoal) – de modo que o trabalhador beneficiário da proteção juslaboral deveria ser, necessária e unicamente, aquele subordinado a um empregador. A rigor, é nesse sentido a doutrina de Palma Ramalho⁷²:

[...] as actividades ou obras humanas destinadas à satisfação de necessidades alheias podem ser desenvolvidas num contexto voluntário ou não voluntário, negocial ou não negocial, privado ou público, oneroso ou gratuito e com um maior ou menor grau de autonomia do prestador. Para melhor fixarmos o objecto da nossa disciplina, diremos, pois, que o Direito Laboral apenas se ocupa de uma destas formas de trabalho juridicamente relevantes: o usualmente chamado trabalho subordinado ou trabalho dependente.

Com efeito, em que pese a hipossuficiência não se confunda com a subordinação jurídica, é verdade incontestemente que essas duas condições geralmente se entrelaçam⁷³. Pessoas dependentes encontram-se privadas da liberdade econômica, no sentido de que, sem o trabalho assalariado, estariam sujeitas à condição de penúria e, justamente por isso, se submetem à posição de subordinação perante o tomador de seus serviços.

Precisamente, pelo contrato de trabalho, o empregado não assume apenas a obrigação de trabalhar, mas sim de trabalhar sob as ordens de outrem – o empregador⁷⁴. É este que, exercendo o poder de direção, determina o tempo e o modo de execução daquilo que foi contratado⁷⁵, restando ao trabalhador nada mais que o dever de obediência. A subordinação jurídica, assim, limita a autonomia individual do prestador dos serviços, que age de acordo com os comandos que lhe são impostos,

⁷¹ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 87.

⁷² RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho. Parte I: Dogmática geral**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 19.

⁷³ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V.1, p. 203.

⁷⁴ CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V.1, p. 205.

⁷⁵ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p.96. *E-book*.

em respeito à hierarquia presente na relação entre empregado e empregador. Na ideia de Pinho Pedreira⁷⁶, é essa subordinação que diferencia o contrato de trabalho dos demais:

Estabelece o contrato de trabalho uma posição de superioridade hierárquica entre os seus sujeitos, o que o singulariza e distingue dos demais contratos, pois nestes os figurantes se acham em plano de igualdade do ponto de vista jurídico.

Detém o empregador o poder diretivo sobre o trabalhador, que lhe assegura o direito de lhe comandar, dar ordens e direção, e o poder disciplinar, que lhe possibilita aplicar-lhe sanções por descumprimento das ordens ou pela prática de outras faltas. Embora esses poderes estejam submetidos a limites no seu exercício, não podendo, salvo em casos excepcionalíssimos, alcançar a vida do empregado fora do trabalho, criam para o trabalhador uma ostensiva situação de inferioridade.

Na acepção jurídica, a noção de trabalhador subordinado pode ser delimitada a partir da conjugação de dois critérios: de acordo com o critério objetivo, o trabalhador é a pessoa que presta a atividade produtiva mediante remuneração; e, de acordo com o critério subjetivo, é necessária sua sujeição à autoridade superior (posição de dependência do empregado e correspondente posição de domínio do empregador)⁷⁷. Com este parâmetro, exclui-se da classificação de trabalhador, para efeitos laborais, o trabalhador voluntário (que presta a atividade gratuitamente) e o trabalhador autônomo (que não está sujeito às ordens de outrem).

Nessa perspectiva, a teoria clássica defende a tese de que, em última análise, a despeito de outras circunstâncias que possam também indicar a hipossuficiência, o elemento por excelência indispensável para caracterizar a desigualdade inerente à relação de emprego encontra-se circunscrito ao conceito de subordinação⁷⁸. Tal abordagem parte do pressuposto de que há um padrão de hipossuficiência e conseqüente uniformidade da categoria dos trabalhadores subordinados, de modo que possível a identificação de um “trabalhador típico”.

⁷⁶ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 24.

⁷⁷ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho. Parte I: Dogmática geral**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 324.

⁷⁸ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. A reforma trabalhista: algumas repercussões na propedêutica juslaboral. Em STÜRMER, Gilberto; DORNELES, Leandro (orgs.). **A reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018, p. 68.

Em que pese a consideração dessa figura comum tenha sido deveras importante para o desenvolvimento do direito do trabalho – uma vez que favoreceu a regulação das situações juslaborais em moldes uniformes –, a partir do final dos anos sessenta, a crença na uniformidade do estatuto laboral é abalada pelo surgimento, ao lado do trabalhador típico, de novas categorias de trabalhadores⁷⁹. De fato, embora tenha sido a teoria clássica aceita de forma pacífica por muito tempo, passa-se a questionar a ideia de uma relação de emprego universal. Isto porque as relações de trabalho no mundo contemporâneo já não são mais uniformes; há, na verdade, uma imensa diversificação e, por isto mesmo, engloba-las todas nesta operacionalidade tradicional baseada no binômio proteção/subordinação revela-se por vezes insuficiente para que o direito do trabalho possa atuar de forma adequada e efetiva.

Manuel Alonso Olea⁸⁰, um dos maiores expoentes do direito do trabalho espanhol, já na década de sessenta alertava sobre a variação do caráter subordinativo presente nas relações de emprego – denotando, assim, a ideia de que as relações de trabalho não são todas homogêneas entre si:

[...] a subordinação no contrato de trabalho varia grandemente em grau e intensidade de um para outro contrato de trabalho. Em certos casos, a subordinação se manifesta pela submissão a uma série de ordens que procedem diretamente do empresário ou de seus representantes, como é o caso dos trabalhos ditos secretariais. Possivelmente não haja trabalho mais estritamente subordinado que o dos chamados secretários particulares, ainda que a proximidade com a fonte das ordens e o contato direto com o detentor do poder de comando cerque o contrato de um prestígio que o torne suportável. Noutros casos, a subordinação se viabiliza por uma submissão contínua a um plano objetivo previamente traçado, dentro do qual o trabalhador mais parece obedecer a uma máquina que a uma pessoa. É o caso dos trabalhos de instalação ou de montagem em sequência. Em outros tipos de trabalho, a subordinação consiste na submissão a ordens muito gerais, que mais não fazem do que definir o trabalho que se requer do trabalhador, deixando o poder de direção reduzido à sua pura essência.

Se, àquela época, já se discutia sobre níveis de subordinação, nos dias de hoje fala-se na possibilidade de sua supressão como elemento obrigatório da atividade laboral. Importante destacar que a teoria clássica tem como ponto de partida a ideia

⁷⁹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho. Parte I: Dogmática geral**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 63.

⁸⁰ ALONSO OLEA, Manuel. **Introdução ao direito do trabalho**. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1969, p. 173.

de uma relação de trabalho típica/universal, notadamente egressa do sistema fordista de produção que, caracterizado pela precisão das ferramentas, pela uniformidade do ritmo de trabalho e pela padronização de seus produtos, não requeria conhecimento científico para os trabalhos da indústria, mas apenas uma cadência constante no trabalho executado⁸¹.

Ao final do século XX, entretanto, o fordismo entra em declínio por conta da emergência de um novo modelo capitalista: na década de 70, surgia o toyotismo – sistema de produção flexível, vinculado à demanda (princípio do *just in time*) e fundamentado no trabalho operário multifacetado. Ao contrário do modelo fordista, que defendia a retenção de todo o poder de decisão nas mãos da gerência, o modelo toyotista adota uma abordagem de equipe cooperativa, projetada para aproveitar a capacidade e a experiência prática de todos os envolvidos no processo de produção. Os trabalhadores já não necessitam de rigorosos comandos, uma vez que, dotados de expertise, são capazes de trabalhar com certa independência funcional.

Neste contexto, a subordinação jurídica, antes tão claramente comandada pelo empregador, começa a esmaecer. Em seu lugar, passa a existir uma situação chamada de “parassubordinação”, na qual, embora presente, o poder diretivo do empregador encontra-se consideravelmente mitigado. A subordinação jurídica clássica, portanto, torna-se insuficiente para abranger todas as relações de trabalho – cada vez mais complexas e plurais –, limitando significativamente a capacidade de proteção do direito do trabalho.

Nesta senda, da necessidade de reformulação das premissas da teoria clássica, considerando as transformações sociais, econômicas e tecnológicas, é que Camino traz ao direito do trabalho a noção de vulnerabilidade como fundamento para a proteção juslaboral⁸². Mais ampla e complexa que a teoria clássica, a teoria das vulnerabilidades fortalece a noção de hipossuficiência para abranger um maior número de variáveis – garantindo, dessa forma, a proteção global dos trabalhadores e a promoção da justiça social.

Bem verdade, a noção de vulnerabilidade como fundamento jurídico foi antes desenvolvida e aplicada pelo direito do consumidor – consagrada, inclusive, no art. 4º,

⁸¹ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 97. *E-book*.

⁸² DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. Hipossuficiência e Vulnerabilidade na Teoria Geral do Direito do Trabalho Contemporâneo. Em DORNELES, Leandro; OLIVEIRA, Cinthia Machado de (orgs.). **Temas de Direito e Processo do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, V. 2, p. 68.

inciso I, do diploma consumerista⁸³. Cláudia Lima Marques⁸⁴, renomada jurista brasileira, traz em sua obra a seguinte conceituação, utilizada para além dos contornos da relação de consumo:

[...] a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a “explicação” destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa.

A vulnerabilidade diz respeito, portanto, à condição fragilizante do sujeito, instituída como guia de aplicação às normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor. Considerada como característica universal de todos os consumidores (e, veremos logo mais, de todos os trabalhadores), a vulnerabilidade se apresenta, ao mesmo tempo, de forma própria e distinta a cada um deles. Devido à sua natureza, comporta “traços de subjetividade”, que requerem a análise individual, caso a caso, para definir o grau de fraqueza/debilidade do indivíduo – eventualmente necessitando, embora não sempre, de uma comparação entre situações e sujeitos⁸⁵.

Nesse sentido, a vulnerabilidade não atua apenas como critério de definição e caracterização do consumidor (função de delimitação conceitual, que visa circunscrever o âmbito de incidência do CDC), mas também como critério de distinção entre os próprios consumidores (função diferenciadora, que atribui a proteção em

⁸³ “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

⁸⁴ MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O Novo Direito Privado e a Proteção dos Vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.

⁸⁵ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. O direito do trabalho e a teoria das vulnerabilidades sociais. **Revista Eletrônica do TRT-PR**. Curitiba: Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Vol. 10, n. 103, 2021, p. 32.

razão e na medida de cada vulnerabilidade)⁸⁶. Por exemplo, se A possui apenas um tipo de vulnerabilidade e B, além desta, possui outras tantas, ambos serão, igualmente, consumidores. Todavia, o ordenamento deverá assegurar maior proteção a B, uma vez que este se mostra em condição ainda mais vulnerável que A.

Assim sendo, podemos dizer que a adoção do postulado da vulnerabilidade, em última análise, tem por objetivo a busca da proteção equitativa. Seguindo a máxima aristotélica (“tratar igualmente os iguais, e desigualmente aos desiguais, na medida da sua desigualdade”), o tratamento jurídico conferido ao sujeito estará diretamente relacionado à métrica da sua condição de vulnerabilidade.

A teoria das vulnerabilidades laborais, como assim se convencionou chamar, resolve a então complicada problemática da teoria clássica da relação de emprego, uma vez que se mostra apta a abarcar a diversidade própria das relações contemporâneas. A subordinação, antes tão cara ao direito do trabalho, passa a ser um dos tantos desdobramentos que caracterizam a vulnerabilidade do empregado, esta sim, agora imprescindível para justificar a proteção juslaboral.

A vulnerabilidade, ressalta-se aqui, possui diversos atributos, sendo desnecessário que o trabalhador se insira uniformemente em todos eles para fazer jus à proteção conferida pelo direito trabalhista. A presença maior ou menor da hipossuficiência, por conseguinte, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior da própria CLT como, por exemplo, a previsão de livre negociação do contrato de trabalho, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e de salário elevado (art. 444⁸⁷).

Destarte, a teoria das vulnerabilidades produz a identificação de novos sujeitos da proteção trabalhista (ampliação subjetiva), os quais não necessariamente encontram-se em uma relação de emprego típica – baseada, como dito, na antiga

⁸⁶ MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona Lopez de. (Org.). **Direito do Consumidor: 30 anos do CDC**. 1. ed. São Paulo: Forense, 2020, p. 247.

⁸⁷ “Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.”

noção de subordinação clássica. Leandro do Amaral D. de Dorneles⁸⁸ esclarece a importância da noção de vulnerabilidade para o direito trabalhista:

Atualmente nem sempre podemos identificar um padrão único de vulnerabilidades (e, conseqüentemente, uma demanda protetiva uniforme) comum a todos os empregados, da mesma forma que podemos perceber a combinação de diferentes vulnerabilidades em outras relações de trabalho não enquadradas nos contornos dos arts. 2º e 3º da CLT. A ideia de vulnerabilidade como fundamento do direito do trabalho tem por intuito aproximar a operacionalidade juslaboral das reais demandas protetivas que se apresentam em um novo mundo do trabalho, reconciliando (ou impedindo o divórcio entre) a instrumentalidade deste ramo jurídico com as reais necessidades sociais, ainda inegavelmente calcadas na demanda protetiva justificada por um desequilíbrio em suas relações jurídicas de base.

No direito do trabalho, assim como no direito consumerista, pois, a adoção da teoria das vulnerabilidades não imprime apenas legitimidade à concessão da proteção juslaboral (função de delimitação conceitual), mas também determina sua extensão (função diferenciadora), seja para ampliá-la ou reduzi-la, a depender de circunstâncias concretas. Com esse propósito, o direito trabalhista prevê um padrão básico de proteção para os empregados em geral: tomando como referência o vínculo empregatício típico, considera, por abstração, ao empregado “médio” a presença de todas as vulnerabilidades possíveis e, portanto, a incidência protetiva plena⁸⁹.

Ao contrário da teoria clássica, que se restringe a um só tipo de trabalhador, a teoria das vulnerabilidades permite graduar a incidência da proteção juslaboral conforme as vulnerabilidades se acentuem ou se atenuem (análise da vulnerabilidade relacional ou *in concreto*) – ampliando, dessa forma, a esfera protetiva no âmbito das relações capital-trabalho. O afastamento do dogma da subordinação jurídica, assim, permite que o direito do trabalho vá além do empregado típico; poderá, também, abarcar trabalhadores eventuais, autônomos, avulsos e outros prestadores de serviços⁹⁰, sempre considerando, por óbvio, a vinculação entre necessidade de tutela e proteção devida.

⁸⁸ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. O direito do trabalho e a teoria das vulnerabilidades sociais. **Revista Eletrônica do TRT-PR**. Curitiba: Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Vol. 10, n. 103, 2021, p. 41.

⁸⁹ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. Hipossuficiência e Vulnerabilidade na Teoria Geral do Direito do Trabalho Contemporâneo. Em DORNELES, Leandro; OLIVEIRA, Cinthia Machado de (orgs.). **Temas de Direito e Processo do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, V. 2, p. 74.

⁹⁰ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p.97. *E-book*.

A necessidade de tutela, a este ponto já deve restar claro, decorre das condições reais de vulnerabilidade em que o trabalhador se encontra. Nas relações de emprego em geral, a doutrina aponta conjunto de desigualdades em ao menos seis planos distintos: negocial, hierárquico, econômico, técnico, social e informativo (ou informacional)⁹¹. Contudo, lembre-se que para fazer jus à tutela protetiva, o empregado não precisa, necessariamente, enquadrar-se de igual forma em todas estas categorias. Neste trabalho, inclusive, dá-se ênfase às vulnerabilidades negocial, hierárquica, econômica e informacional; são elas que, ao cabo, especialmente irão fundamentar a ideia central desta monografia, de modo que nos importa agora conceituá-las.

3.3 Das vulnerabilidades do trabalhador e dos princípios do direito do trabalho

A vulnerabilidade econômica, relacionada à noção de dependência econômica, apresenta-se quando o trabalhador “retira do dispêndio de seu labor a remuneração necessária para a sua subsistência”⁹². Embora não constitua um elemento conceitual do contrato de trabalho, normalmente existe, porque em regra quase absoluta, somente coloca sua força de trabalho à disposição de outrem quem precisa do emprego para sobreviver com o salário que ele propicia⁹³.

Tendo sido, de certa forma, abordada anteriormente, não cabe aqui nos determos mais uma vez a esparsa explicação, senão ressaltar que, com frequência, a vulnerabilidade econômica impõe ao trabalhador aceitar condições laborais degradantes – gerando, assim, débito patronal. Por depender essencialmente da venda de sua mão de obra, o empregado torna-se refém de um sistema que por muitas vezes não lhe oferece condições dignas de trabalho. Contudo, desesperado e objetivando o sustento seu e de sua família, acaba por aceitar oferta de emprego precária, sem sequer se opor às más condições que lhe estão sendo impostas.

⁹¹ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. O direito do trabalho e a teoria das vulnerabilidades sociais. **Revista Eletrônica do TRT-PR**. Curitiba: Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Vol. 10, n. 103, 2021, p. 33.

⁹² DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. O direito do trabalho e a teoria das vulnerabilidades sociais. **Revista Eletrônica do TRT-PR**. Curitiba: Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Vol. 10, n. 103, 2021, p. 47.

⁹³ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 25.

Além da vulnerabilidade econômica, tal “concordância” em muito se relaciona à vulnerabilidade negocial do empregado. Esta, uma das mais evidentes desigualdades que caracterizam as relações de trabalho, diz respeito ao desequilíbrio das forças de disposição entre empregado e empregador, evidenciado na menor possibilidade que tem o primeiro em intervir no conteúdo do contrato de trabalho. Em que pese se fale na “livre estipulação das partes”, o trabalhador não possui condições reais de discutir o pacto contratual, restringindo-se a aceitar, ou não, as cláusulas previamente estabelecidas pelo empregador⁹⁴. Na prática, pode-se dizer que não há espaço para qualquer negociação ou sequer simples debate sobre as obrigações e cláusulas estabelecidas no contrato que será firmado.

O princípio da liberdade contratual, há de se esclarecer, não sofre uma limitação de ordem legal ou jurídica, mas sim de ordem prática, de uma realidade que não pode ser ignorada. Essa fragilidade negocial, associada à dependência econômica do trabalhador, além de favorecer a contratação irregular e/ou a em condições degradantes, também dificulta em muito a possibilidade de resistência a alterações danosas ao longo da execução contratual – o que importa em mais débitos patronais.

Por sua vez, a vulnerabilidade hierárquica, relacionada à subordinação jurídica, ainda dificulta que o empregado possa resistir a descumprimentos legais e/ou contratuais. Isto porque, falamos, a subordinação limita a autonomia do empregado, que se submete às ordens e comandos do empregador – a quem compete o exercício legítimo do poder patronal (diretivo, regulamentar e disciplinar). Em que pese, é verdade, a subordinação atue sobre o modo de realização da prestação e não sobre a pessoa do trabalhador⁹⁵, também o é que a separação do trabalho da pessoa que o executa é impossível⁹⁶. E daí que, dessa indissolubilidade entre trabalho-objeto e trabalhador-sujeito, verifica-se a subordinação como potencial fonte de extremo

⁹⁴ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. O direito do trabalho e a teoria das vulnerabilidades sociais. **Revista Eletrônica do TRT-PR**. Curitiba: Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Vol. 10, n. 103, 2021, p. 42.

⁹⁵ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 349.

⁹⁶ ALONSO OLEA, Manuel. **Introdução ao direito do trabalho**. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1969, p. 143.

prejuízo: enseja, nas palavras de Leandro Dorneles, “verdadeiros processos de coisificação do trabalhador”⁹⁷.

Não bastasse isso tudo, a vulnerabilidade informacional é aquela que provém da desigualdade de obtenção e de acesso a informações relevantes sobre o contrato de trabalho. O maior poderio econômico, técnico e social que se apresenta aos empregadores, lhes possibilita, em geral, maior acesso à informação e, conseqüentemente, ao exercício consciente de seus direitos⁹⁸. Por outro lado, a “inferioridade-ignorância” do trabalhador não lhe permite uma representação exata das condições e características da relação de emprego⁹⁹. E disso resulta que, enquanto o empregador possui o dever de saber quais verbas são devidas e como devem ser pagas, o trabalhador, pela ignorância das informações jurídicas e de seus direitos, não necessariamente possui essa sabedoria.

Ou seja, é possível (mas deve-se apurar pelo caso concreto) que o empregador tenha consciência de que lesa direitos trabalhistas, e o empregado sequer percebe a situação em que está sendo prejudicado. Normalmente, apenas após o término da relação de emprego é que o empregado busca auxílio jurídico, e só então que descobre sobre eventuais lesões ocorridas durante o curso contratual. Apesar disso, a prescrição trabalhista começa a correr a partir do momento em que o direito é violado, neste caso funcionando como um instituto a favor do empregador que age de forma irregular.

Sem olvidar que a vulnerabilidade ainda se apresenta de outras formas, considerando a vulnerabilidade econômica, a negocial, a hierárquica e a informacional – cujas características apresentam-se em grande parte das relações de emprego –, tem-se indiscutível a posição de fraqueza em que se encontra o trabalhador na busca e no fazer valer de seus direitos. Apesar de ser a vulnerabilidade variável em cada caso concreto, de maior ou menor grau, a desigualdade de poder no contrato de trabalho é uma constante: o trabalhador será sempre, e indiscutivelmente, parte mais

⁹⁷ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. O direito do trabalho e a teoria das vulnerabilidades sociais. **Revista Eletrônica do TRT-PR**. Curitiba: Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Vol. 10, n. 103, 2021, p. 44.

⁹⁸ DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. O direito do trabalho e a teoria das vulnerabilidades sociais. **Revista Eletrônica do TRT-PR**. Curitiba: Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Vol. 10, n. 103, 2021, p. 57.

⁹⁹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 23.

fraca da relação de emprego – não possuindo, de maneira alguma, igualdade de forças contra seu empregador.

Por isso que, como dissemos anteriormente, o direito do trabalho sempre buscará a proteção do trabalhador. Uma vez que há a presunção absoluta de sua fraqueza, é dever do ordenamento garantir mecanismos para corrigir a assimetria intrínseca das relações de emprego e, conseqüentemente, a situação de inferioridade do empregado. Além, é claro, da edição e promulgação de normas imperativas tendentes ao amparo do trabalhador, a tutela trabalhista se concretiza por meio da aplicação de seus princípios – ideias fundamentais da organização jurídico-trabalhista. Cumprindo com as funções próprias dos princípios em geral (função informadora, normativa e interpretadora), os princípios do direito do trabalho servem para promover e embasar a aprovação de novas normas, orientar a interpretação das existentes e resolver casos não previstos¹⁰⁰.

Entre os tantos e importantes princípios que regem o direito do trabalho, citamos três: o princípio da proteção, o princípio da indisponibilidade e o princípio da continuidade da relação de emprego. O primeiro, também chamado de princípio tutelar, busca a máxima equiparação material entre empregado e empregador, visando atenuar, no plano jurídico, o desequilíbrio fático do contrato de trabalho¹⁰¹. Enquanto no direito comum uma constante preocupação parece assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no direito do trabalho a preocupação central é a de proteger o trabalhador, com o último propósito de se alcançar uma igualdade substancial e verdadeira.

O princípio da proteção, destarte, está ligado à própria razão de ser do direito laboral, uma vez que reconhece a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação de emprego e promove sua atenuação. Segundo Pinho Pedreira, dos princípios fundamentais do direito do trabalho, é o da proteção o mais relevante e mais geral, dele constituindo os demais simples derivações¹⁰². Em outras palavras, este princípio constitui a própria gênese do direito trabalhista, influenciando em toda a estrutura e características deste ordenamento especializado.

¹⁰⁰ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 36.

¹⁰¹ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 231.

¹⁰² SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 26.

O princípio da indisponibilidade (ou irrenunciabilidade) dos direitos, por sua vez, baseia-se no mandamento nuclear segundo o qual não é dado ao empregado dispor (renunciar ou transacionar) de direitos trabalhistas, tornando nulo qualquer ato jurídico que viole essa disposição¹⁰³. Trata-se, bem verdade, de mitigação do princípio civilista da autonomia da vontade, uma vez que tais garantias não podem ser objeto de livre disposição pelo trabalhador.

É imposto com o propósito de evitar que até mesmo o empregado, pela sua improvidência ou por um interesse de maior ganho imediato, renuncie a direitos decorrentes das limitações legais de ordem pública relativas à idade, segurança, duração e condições de trabalho¹⁰⁴. De fato, não seria coerente que o ordenamento jurídico realizasse imperativamente, com a disciplina legislativa, a tutela do trabalhador para que depois deixasse seus direitos em próprio poder ou ao alcance de seus credores¹⁰⁵. O período em que as renúncias são ainda menos admissíveis é o da vigência do contrato de trabalho, uma vez que o empregado se encontra em estado de subordinação ao empregador e, por isso mesmo, considera-se que eventual manifestação de renúncia não decorre de uma vontade livre¹⁰⁶.

Por fim, o princípio da continuidade visa a permanência do vínculo empregatício, com a integração do trabalhador na estrutura e dinâmica empresariais¹⁰⁷ – atribuindo à relação de emprego a mais ampla duração, sob todos os aspectos. Gera, assim, presunções sempre favoráveis aos trabalhadores, tais como a presunção da pactuação por tempo indeterminado, da terminação de vínculo por iniciativa patronal e da ocorrência da relação de emprego¹⁰⁸.

Sem dúvidas, a permanência no emprego é benéfica para o trabalhador, haja vista que lhe proporciona segurança econômica e lhe mantém ativo no convívio social com os colegas de trabalho. Assim, para Pinho Pedreira, também são corolários do princípio da continuidade da relação de emprego os preceitos segundo os quais

¹⁰³ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p.66. *E-book*.

¹⁰⁴ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 125.

¹⁰⁵ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 126.

¹⁰⁶ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 130.

¹⁰⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 243.

¹⁰⁸ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p.71. *E-book*.

somente se autoriza a resolução do contrato de trabalho nos casos de inadimplemento grave do empregado, devendo as faltas menores serem punidas com as sanções disciplinares¹⁰⁹.

No ordenamento pátrio, porém, o fim último do princípio da continuidade por vezes não se concretiza: diante de um sistema falho de segurança à relação de emprego, de grande flexibilidade à despedida praticada pelo empregador, a situação de vulnerabilidade do trabalhador se agrava e resulta em fragilidade contratual. A seguir, estudaremos este sistema de proteção ao emprego, suas características, normas e implicações.

¹⁰⁹ SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 157.

4 A PRESCRIÇÃO TRABALHISTA FRENTE A FRAGILIDADE DO SISTEMA PÁTRIO DE PROTEÇÃO À RELAÇÃO DE EMPREGO

No sistema capitalista, via de regra, o trabalho constitui a principal ou única fonte de sobrevivência do trabalhador. Como dissemos, sua força assume a característica de verdadeira mercadoria, de modo que o vincula ao sistema econômico e lhe garante subsistência. Em uma sociedade – tal como a nossa – de trocas mediadas pelo salário, o trabalho é, na verdade, uma imposição ou obrigatoriedade da vida adulta. Mas não só isso; concomitantemente, o trabalho assume também valor social, uma vez que integra o indivíduo à sociedade, lhe fornece senso de propósito, desenvolvimento e satisfação pessoal. Não à toa, a velha ideia de que “o trabalho dignifica o homem”.

De fato, ao menos em certa medida, o labor define o ser humano enquanto ser integrante da vida coletiva: sua identidade em muito se relaciona à ocupação e ao ambiente de trabalho do qual faz parte, haja vista que é lá que se formam laços de amizade, se criam hábitos e rotinas, se ensina e se aprende. A importância do trabalho é tamanha, pois, que podemos admitir que quem perde o emprego, perde também “uma parte da própria história”¹¹⁰ e, para além, perde até mesmo “a possibilidade de *ser sujeito*”¹¹¹.

Neste capítulo, tendo em conta o papel fundamental do trabalho, estudaremos as normas de proteção à relação de emprego, bem como a figura da rescisão arbitrária e sem justa causa, com o intuito de, por fim, conseguirmos responder adequadamente ao questionamento central desta monografia – se é, ou não, juridicamente possível considerarmos a vigência da relação de emprego como causa impeditiva da prescrição quinquenal.

4.1 A proteção jurídica à relação de emprego: a estabilidade decenal, a instituição do FGTS e a legislação atualmente em vigor

A garantia de emprego, segundo o conceito adotado por Vólia Bomfim Cassar¹¹², é uma política socioeconômica que abrange toda medida praticada com o

¹¹⁰ SEVERO, Valdete Souto. **A perda do emprego no Brasil: Notas para uma teoria crítica e para uma prática transformadora**. Porto Alegre: Sulina, 2021. p. 29.

¹¹¹ SEVERO, Valdete Souto. **A perda do emprego no Brasil: Notas para uma teoria crítica e para uma prática transformadora**. Porto Alegre: Sulina, 2021. p. 19.

¹¹² CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Método, 2017. p. 1125.

intuito de diminuir o desemprego, recolocar o trabalhador no mercado de trabalho, incentivar a admissão e desestimular a dispensa. No mesmo sentido, Bezerra Leite¹¹³, para quem a garantia de emprego concerne “aos valores eleitos no vértice do ordenamento jurídico, ao estabelecer princípios voltados a políticas públicas, valorização do trabalho humano e geração de empregos”.

No que diz respeito, especificamente, à proteção do empregado contra a rescisão por iniciativa patronal (no caso de dispensa arbitrária ou sem justa causa), as regras criadas pelo legislador visam a manter o prosseguimento da relação de emprego, impondo obstáculos ao poder de despedida – considerado direito potestativo do empregador. Tais normas podem ser extraídas de dois modelos: o da estabilidade própria (ou absoluta) e o da estabilidade imprópria (ou relativa)¹¹⁴.

Enquanto as regras do modelo de estabilidade própria criam verdadeiro óbice ao distrato unilateral sem justa causa, as de estabilidade imprópria dificultam, mas não impedem o ato patronal – uma vez que agem de forma meramente inibitória. Estas últimas, portanto, tornam mais árduo e dispendioso o exercício da dispensa, sem, contudo, juridicamente impossibilitar a sua prática; de forma diversa, as primeiras (chamadas de medidas restritivas), asseguram ao empregado o direito de permanecer no emprego, mesmo contra a vontade do empregador, quando sua motivação rescisória é proibida por lei, ou, então, enquanto não preenchidos requisitos previstos expressamente em norma legal¹¹⁵.

No Brasil, as regras relativas à estabilidade própria surgem a partir da legislação previdenciária, pelo Decreto n. 4.682/1923 (Lei Eloy Chaves), cujo art. 42¹¹⁶ assegurava aos ferroviários o direito de estabilidade após dez anos de serviços efetivos¹¹⁷. Mais tarde, com a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, a estabilidade decenal – assim nomeada em referência ao período de tempo para sua

¹¹³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 329. *E-book*.

¹¹⁴ SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Estabilidade no emprego: possível, urgente, revolucionária**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2008. p. 55.

¹¹⁵ TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Nova dinâmica da reintegração judicial no emprego: mito, realidade e utopia na concretização do direito de acesso à justiça à luz da efetividade do modelo processual brasileiro**. 2004. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004. p. 70.

¹¹⁶ “Art. 42. Depois de 10 annos de serviços effectivos o empregado das emprezas a que se refere a presente lei só poderá ser demittido no caso de falta grave constatada em inquerito administrativo, presidido por um engenheiro da Inspectoria e Fiscalização das Estradas de Ferro”

¹¹⁷ SÜSSEKIND, Arnaldo. *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. vol. 1. 20 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 675.

aquisição – foi estendida aos demais trabalhadores urbanos, sendo os rurais incluídos pela Constituição de 1946¹¹⁸.

Pela estabilidade decenal, ao completar dez anos ininterruptos de prestação de serviços ao mesmo empregador, o trabalhador adquiria a garantia no emprego – que, além de definitiva, só permitia a dispensa mediante a falta grave devidamente apurada através de inquérito judicial¹¹⁹. Para que ocorresse o distrato, portanto, deveria o empregador comprovar em juízo a ocorrência de uma das hipóteses de falta grave previstas na legislação. Não desincumbindo-se deste ônus, seria determinada a reintegração do empregado estável.

Juntamente com a estabilidade decenal, coexistia um sistema de estabilidade imprópria, então regulado por meio dos arts. 477¹²⁰ e 478¹²¹ da CLT, que previa a indenização por tempo de serviço ao trabalhador dispensado sem justa causa. Tal indenização, calculada com base na maior remuneração percebida pelo empregado, era multiplicada por cada ano de serviço prestado – de modo que criava óbice econômico significativo e crescente às dispensas arbitrárias (por óbvio limitadas àquelas que não detinham a estabilidade decenal).

Do conjunto destes dois modelos (o da estabilidade decenal e o da indenização por tempo de serviço), o sistema celetista tradicional efetivamente lograva a proteção social e econômica dos trabalhadores. Segundo Maurício Godinho Delgado¹²², este sistema traduzia “enfático elogio aos princípios da continuidade da relação de emprego”, uma vez que “implementava forte contingenciamento ao exercício potestativo da vontade empresarial”.

Por isto mesmo, o sistema de proteção ao emprego era duramente criticado pela classe empregadora, que reclamava da rigidez das normas garantistas, consideradas excessivas e desproporcionais. Empresários defendiam que o entrave à dispensa dos empregados estáveis tolhia o desenvolvimento dos negócios,

¹¹⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 1472.

¹¹⁹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Método, 2017. p.1135.

¹²⁰ “Art. 477. É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a terminação do respectivo contrato, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa”.

¹²¹ “Art. 478. A indenização devida pela rescisão de contrato por prazo indeterminado será de 1 (um) mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a 6 (seis) meses.”

¹²² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 1473.

especialmente porque circunstâncias de ordem econômica, financeira ou estrutural não eram consideradas como fatores justificadores de dispensas seletivas¹²³.

Tais críticas tiveram respaldo do regime autoritário instaurado no país em 1964, que favoreceu uma política econômica neoliberal e silenciou movimentos e forças discordantes¹²⁴. Nesse contexto, com o intuito de atender aos interesses empresariais, foi criado o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço como alternativa ao sistema protetivo que existia até então.

Instituído pela Lei n. 5.107/1966 (hoje regido pela Lei n. 8.036/90), o regime do FGTS previa a vigência paralela de dois sistemas jurídicos atinentes à cessação do contrato de trabalho, os quais se excluíam reciprocamente: de um lado, o da CLT, que acabamos de expor; e de outro, o do FGTS, em razão do qual o empregado não adquiria o direito de estabilidade no emprego, mas em seu favor eram depositadas contribuições em conta bancária vinculada – cujo levantamento, na forma da legislação pertinente, abrangia todas as espécies de cessação do contrato de trabalho (inclusive a demissão por justa causa).¹²⁵ No instante da celebração contratual, o trabalhador deveria escolher expressamente (por escrito) a qual dos dois sistemas pretendia se vincular, sendo que a opção por um afastava a aplicação do outro.

Sem dúvidas, o regime do FGTS foi instituído com a indisfarçável finalidade de acabar com a estabilidade própria no emprego. Não se pensou, à época, em simplesmente revogar as disposições da CLT sobre a estabilidade decenal, uma vez que isto importaria em retrocesso inadmissível e, ademais, o direito adquirido dos empregados estáveis estava preservado pela Constituição¹²⁶. No entanto, procurou-se oferecer uma série de vantagens de caráter individual ao empregado, com o claro objetivo de influenciá-lo pela opção do novo sistema. Não fosse o bastante, a “escolha” do trabalhador raramente representava sua real manifestação de vontade, uma vez que existia certa coação praticada por parte dos empregadores.

Com efeito, poucos anos após a implementação do FGTS, o antigo sistema celetista já era suplantado pelo regime fundiário, que passou a dominar a quase

¹²³ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 1474.

¹²⁴ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 1474.

¹²⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. vol. 1. 20 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 676.

¹²⁶ SÜSSEKIND, Arnaldo. *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. vol. 1. 20 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 677.

totalidade das relações de trabalho. Rapidamente, a sistemática do FGTS aproximou o sistema justralhista, no tocante à cessação do contrato, à maior mercantilização da força de trabalho – pois não apenas retirou a estabilidade absoluta, como também reduziu, de forma significativa, o obstáculo econômico à ruptura contratual¹²⁷.

O Fundo de Garantia, há de se esclarecer, é formado por depósitos mensais, efetuados pelos empregadores em uma conta vinculada ao nome de seus empregados, no valor equivalente ao percentual de 8% das remunerações que lhes são pagas ou devidas¹²⁸. Quando surgiu o FGTS, a empresa que dispensasse um funcionário sem justa causa estava obrigada a pagar indenização de 10% sobre o montante depositado, acrescido da correção monetária e dos juros capitalizados, ou 5% em caso de culpa recíproca ou força maior¹²⁹.

Malgrado fosse estipulada essa penalidade, as alterações legislativas tornaram a dispensa muito mais fácil e financeiramente menos onerosa. Isto porque o custo da extinção do vínculo empregatício, antes associado à despedida e, portanto, variável em função do volume de demissões praticado pelas empresas, passou a ser um custo fundamentalmente associado ao emprego, suportado mensalmente de maneira obrigatória e, em parte, podendo ser repassado ao preço dos produtos e serviços. Este raciocínio não se aplica à verba indenizatória de 10% (posteriormente elevada a 40% pela Constituição Federal), mas nem mesmo esta possuía (ou possui) o condão de efetivamente proteger a relação de emprego.

Paradoxalmente, assim, o novo sistema protetivo acabou por facilitar a despedida, sem justa causa, estimulando o aumento da rotatividade da mão de obra e a precarização das condições de trabalho. Por este motivo, a instituição do regime fundiário é considerada por muitos como verdadeiro retrocesso. Nesse sentido, o entendimento de Valdete Souto Severo:

A criação do FGTS, pela Lei n. 5.107 de 1966, foi um verdadeiro "golpe" à disciplina de proteção contra a perda do emprego, em resposta à resistência oposta pelo capital.

A opção entre adquirir estabilidade ou aderir ao sistema do fundo de garantia sempre foi falsa, pois enquanto a estabilidade impede a perda do emprego, o sistema do FGTS estabelece consequências para a despedida, sem, portanto, impedi-la ou dificultá-la. Essa crítica está

¹²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 1475.

¹²⁸ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 501. *E-book*.

¹²⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 39. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 322. *E-book*.

presente na doutrina de Russomano, para quem a permissão da escolha entre a garantia contra a dispensa e a mera indenização pela perda do emprego equipara "proteções de ordem diversa, que não se compensam nem tutelam o mesmo bem jurídico. Uma tutela o vínculo de emprego, a outra tutela a condição de desempregado".

Seja como for, a Constituição de 1988 trouxe importantes alterações quanto à matéria: por meio do art. 7º, inciso III¹³⁰, o regime do FGTS tornou-se genérico e obrigatório para todos os trabalhadores¹³¹, implicando na revogação tácita da norma assecuratória da estabilidade decenal. Com essa universalização, a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem pelo fenômeno da não recepção também à indenização rescisória dos arts. 477 e 478 da CLT. Ressalvado, é claro, o direito adquirido e as situações jurídicas já constituídas, o antigo modelo de proteção foi extinto do ordenamento pátrio e, com isto, a estabilidade jurídica no emprego, em termos absolutos, deixou de existir para a grande massa de trabalhadores do país.

Em contrapartida, apesar de ter o legislador extinto a estabilidade decenal, escolheu por criar uma forma especial de estabilidade definitiva, peculiar e restrita aos servidores públicos¹³². Por meio do *caput* do art. 41¹³³ da CF e do art. 19¹³⁴ do ADCT, surge esta medida de limitação ao direito de despedir da entidade de direito público (administração pública direta, autárquica ou fundacional). Sabe-se, porém, que este tipo de estabilidade abrange parcela ínfima da população brasileira, de modo ser possível dizer que a Constituição Federal afastou a segurança da estabilidade de praticamente toda classe operária.

Em nosso ordenamento jurídico atual, assim, a estabilidade absoluta – cuja violação acarreta a reintegração do empregado –, em sua forma definitiva, encontra-se circunscrita tão somente aos servidores públicos. A estabilidade, antes concedida

¹³⁰ “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...]”

III - fundo de garantia do tempo de serviço;”

¹³¹ CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Método, 2017. p.1136.

¹³² TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Nova dinâmica da reintegração judicial no emprego**: mito, realidade e utopia na concretização do direito de acesso à justiça à luz da efetividade do modelo processual brasileiro. 2004. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004. p. 91.

¹³³ “Art. 41. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público”.

¹³⁴ “ Art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37 da Constituição, são considerados estáveis no serviço público”.

de forma ampla e automática, passou a ser adotada para hipóteses muito específicas, condicionadas a determinadas situações que, ao ver do legislador, são merecedoras de maior proteção¹³⁵. Por estarem, em regra, sujeitas a condições resolutivas, tais hipóteses têm caráter transitório e, por isso mesmo, originam a estabilidade meramente provisória.

Ao contrário da definitiva, a estabilidade provisória vale apenas por tempo determinado e está adstrita a um acontecimento especial, de modo que jamais se incorpora de forma permanente aos direitos do empregado¹³⁶. Dentre as espécies de estabilidade no emprego de tal natureza, citamos aqui a estabilidade do dirigente sindical¹³⁷, a do cipeiro¹³⁸, a da gestante¹³⁹ e a do representante dos empregados em comissões de conciliação prévia¹⁴⁰.

Basicamente, são essas (a estabilidade do servidor público e a estabilidade provisória) as poucas regras de estabilidade própria que ainda subsistem no nosso sistema de proteção ao emprego. Reitera-se que a Constituição Federal, ao deferir o FGTS para todos, revogou tacitamente o sistema anterior, elevando o modelo fundiário a um regime único, e não alternativo ao da estabilidade, como ocorria até então¹⁴¹.

Em que pese, é verdade, tais alterações tenham enfraquecido o sistema de proteção ao emprego, não podemos simplesmente concluir que a Constituição decidiu por um sistema do tipo liberalista, ou seja, não regulado no tocante à dinâmica da continuidade e da cessação dos contratos de trabalho. Nas palavras de Maurício Godinho Delgado, a própria lei maior trouxe, também, “diretriz instigadora da busca de novo sistema de regulação das rupturas contratuais por ato empresarial”.

De fato, o constituinte originário estabelece como direito fundamental a relação de emprego “protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa”. Entretanto, apesar da intenção do constituinte de proibir as dispensas que não tenham motivação socialmente aceitável, a falta de regulação sobre a matéria gera, mesmo nos dias de

¹³⁵ SÜSSEKIND, Arnaldo. *et al. Instituições de direito do trabalho*. vol. 1. 20 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 682.

¹³⁶ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p.484. *E-book*.

¹³⁷ art. 8º, VIII, da CF.

¹³⁸ art. 10, II, a, do ADCT.

¹³⁹ art. 10, II, b, do ADCT.

¹⁴⁰ art. 625-B, § 1º da CLT.

¹⁴¹ SÜSSEKIND, Arnaldo. *et al. Instituições de direito do trabalho*. vol. 1. 20 ed. São Paulo: LTr, 2002. p. 645.

hoje, a inaplicabilidade dessa garantia. Na prática, as dispensas imotivadas ou arbitrárias são plenamente aceitas pelo ordenamento jurídico – importando, como veremos a seguir, em violação aos direitos do trabalhador e ao sistema supostamente pretendido pela Constituição da República.

4.2 A falsa proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa

Conforme exposto até aqui, o duplo modelo de proteção baseado na estabilidade decenal e na indenização por tempo de serviço foi substituído pelo modelo único do FGTS. A estabilidade, antes considerada a principal medida de proteção ao emprego, torna-se restrita a algumas poucas hipóteses específicas. O novo sistema, por sua vez, tem por primado a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa. Dispõe o art. 7º, I, da Constituição Federal:

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

I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

A despedida sem justa causa, como o próprio nome já diz, é aquela que não se funda em falta grave cometida pelo empregado, cujas razões – por não consistirem em inexecução faltosa – não estão elencadas no art. 482¹⁴² da CLT. Já a despedida

¹⁴² “Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) incontinência de conduta ou mau procedimento;
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i) abandono de emprego;
- j) ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.
- m) perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado.”

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de empregado a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional”.

arbitrária, também conhecida como dispensa imotivada, é aquela que decorre de uma “denúncia vazia”, sem aparente motivação de ordem objetiva ou subjetiva¹⁴³. O conceito de dispensa arbitrária pode ser encontrado no art. 165¹⁴⁴ da CLT, o qual dispõe ser arbitrária a despedida não fundada em motivos de ordem disciplinar, técnica, econômica ou financeira.

Ensina Sérgio Pinto Martins¹⁴⁵:

Motivo técnico diz respeito à organização da atividade da empresa, como o fechamento de uma filial ou de uma seção, com a despedida dos empregados. Motivo financeiro decorre das receitas e despesas da empresa, de acordo com seu balanço. O motivo econômico é o proveniente do custo da produção das atividades da empresa, da conjuntura, da inflação, da recessão. Motivo disciplinar é o pertinente à dispensa por justa causa.

Toda dispensa arbitrária é, portanto, sem justa causa. A opção do legislador em utilizar dois vocábulos que, ao fim, têm o mesmo alcance, parece querer destacar a existência da dispensa sem justa causa, mas não arbitrária. Seria, assim, o desligamento que ocorre não em virtude da conduta ou de ato do trabalhador, mas por outras razões socialmente justificáveis. Exemplo disso ocorre quando um empregado, embora cumpridor de seus deveres, é despedido por conta da necessidade de enxugamento do quadro funcional da empresa, em razão de forte crise econômica.

Percebe-se, pois, a intenção do constituinte de criar um mecanismo jurídico para a continuidade da relação de emprego, sem, contudo, impedir totalmente o poder resilitório do empregador, tal como fazia o sistema de estabilidade celetista. Agora, subsiste a possibilidade da dispensa por razões alheias ao trabalhador, de modo que, por não impedir a perda do emprego, a Constituição de 1988 institui uma proteção muito mais precária que a anterior¹⁴⁶.

Importa, porém, porque conhecer as razões da dispensa permite ao trabalhador afastar a sensação de simples descarte, contribuindo para a redução do impacto

¹⁴³ MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p.435. *E-book*.

¹⁴⁴ “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”.

¹⁴⁵ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 39. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 254. *E-book*.

¹⁴⁶ SEVERO, Valdete Souto. **A perda do emprego no Brasil: notas para uma teoria crítica e para uma prática transformadora**. Porto Alegre: Sulina, 2021. p. 71.

emocional, físico e psicológico da perda do emprego. Além disso, permite a aferição da legalidade da dispensa e, nesse sentido, certamente a dificulta¹⁴⁷. O dever de motivação, reitera-se, faz com que sejam proibidas as denúncias vazias, de modo que o empregador deverá, necessariamente, apresentar as razões que o conduziram ao distrato. Caso haja discussão acerca da ilicitude do ato patronal, será do empregador o ônus da prova, sob pena de nulidade do ato e, conseqüentemente, a reintegração do trabalhador ao emprego¹⁴⁸.

Estando, evidentemente, sujeito ao amplo controle judicial, o dever de motivação faz com que a dispensa retaliativa – a efetuada por represália ou punição pelo empregador – seja em muito dificultada. Essa forma de despedida, rotineira na prática trabalhista, é a que ocorre, por exemplo, quando o empregado é dispensado por ter ajuizado ação na Justiça do Trabalho ou por ter servido como testemunha em reclamatória proposta contra a empresa¹⁴⁹.

O novo instituto, por meio da imposição do dever de motivação, almejava (ao menos em tese) proteger o empregado hipossuficiente da rescisão contratual injusta e abusiva. Gomes Chiarelli¹⁵⁰, que foi senador constituinte, explica o dispositivo ora em análise:

Por isso, o que a Constituição, a nosso juízo, está a dizer é que:

- 1) não se permite a despedida injustificada por ato patronal;
- 2) assegura-se ao empregador o direito de rescisão, quando, além das motivações decorrentes das condutas irregulares, disciplinares ou funcionais do empregado, acontecerem motivações financeiras ou tecnológicas de interesse empresarial, devidamente comprovadas e regulamentadas em lei;
- 3) na ocorrência de despedida por motivação empresarial, tecnológica ou administrativa (dificuldades financeiras, por exemplo), o direito do empregador de despedir corresponde à sua obrigação de assegurar ao empregado uma indenização compensatória.

Em que pese a importância da normativa e, como dissemos, não obstante este sistema já importasse em certo retrocesso, a verdadeira problemática gira em torno da falta de regulamentação sobre a matéria – uma vez que tal garantia não passou,

¹⁴⁷ SEVERO, Valdete Souto. **A perda do emprego no Brasil: notas para uma teoria crítica e para uma prática transformadora**. Porto Alegre: Sulina, 2021. p. 71.

¹⁴⁸ SEVERO, Valdete Souto. **A perda do emprego no Brasil: notas para uma teoria crítica e para uma prática transformadora**. Porto Alegre: Sulina, 2021. p. 72.

¹⁴⁹ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 39. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 254. *E-book*.

¹⁵⁰ SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Estabilidade no emprego: possível, urgente, revolucionária**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2008. p. 78.

até o presente momento, de uma promessa vazia, ineficaz e demagógica do constituinte¹⁵¹. Isto porque, embora o inciso I do art. 7º objetive a proteção dos trabalhadores contra a dispensa arbitrária, condiciona sua efetividade à regulamentação através de lei complementar – ainda inexistente, mais de 30 anos depois.

Enquanto não for editada a referida lei, vale a regra provisória contida no art. 10º, I, do ADCT, que assim dispõe: “até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição” (...) “fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, caput e § 1º, da Lei n.º 5.107, de 13 de setembro de 1966”. Trata-se da indenização compensatória por demissão sem justa causa, correspondente ao valor de 40% sobre os depósitos do FGTS. Esta indenização, porém, não serve para regular os casos de dispensa arbitrária, uma vez que, na verdade, a Constituição tem por intuito proibi-la. É esse o entendimento de Jorge Luiz Souto Maior:

A dispensa que não for fundada em justa causa, nos termos do artigo 482, da CLT, terá que, necessariamente, ser embasada em algum motivo, sob pena de ser considerada arbitrária. A indenização prevista no inciso I, do artigo 10, do ADCT, diz respeito, portanto, à dispensa sem justa causa, que não se considere arbitrária, visto que esta última está proibida, dando margem não à indenização em questão, mas à restituição das coisas ao estado anterior, quer dizer, à reintegração do trabalhador ao emprego, ou, não sendo isto possível ou recomendável, a uma indenização compensatória.

A doutrina e a jurisprudência dominantes, no entanto, tendem a compreender que a norma do inciso I do art. 7º não possui o condão de produzir efeitos imediatos, tendo em vista sua qualidade de norma programática e de eficácia limitada¹⁵². Não tendo sido promulgada lei complementar, tal lacuna conduz à aceitação das dispensas arbitrárias e à negação da possibilidade de reintegração ao emprego. À esta problemática, soma-se a questão da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho, que poderia muito bem suprir a inércia do legislador nacional.

¹⁵¹ GASPAR, Danilo Gonçalves. **A proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa e a constitucionalização simbólica**. São Paulo: Revista de Direito do Trabalho, v. 141, jan./mar. 2011. p.3.

¹⁵² DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 1478.

Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 68 de 1992, e promulgada pelo Decreto nº 1855 de 1996, a referida Convenção versa justamente sobre medidas de proteção contra a perda involuntária do emprego¹⁵³. Em redação bastante similar à norma prevista na legislação brasileira, assim prescreve em seu art. 4º:

Art. 4º. 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.

Nos artigos seguintes, a Convenção apresenta um rol de causas que não justificam motivo para dispensa do empregado – entre elas, por exemplo, a participação em atividades sindicais, a ausência do trabalho durante a licença-maternidade ou por motivo de doença, e a apresentação de reclamação trabalhista (arts. 5 e 6). Entre outras disposições, garante ao trabalhador despedido o direito de recorrer a um tribunal ou junta de arbitragem, organismos com competência para aferir o motivo da dispensa e então decidir sobre sua legalidade (arts. 8 e 9). Constatada a dispensa arbitrária, poderá ser determinada a reintegração do trabalhador ou o pagamento de uma indenização adequada (art. 10).

Como se verifica das disposições supracitadas, o tratado da OIT apenas regula o inciso I do art. 7º da Constituição. Ao ver de Souto Maior, tais normas “oferecem parâmetro para delimitar, com precisão, em que se constitui uma dispensa arbitrária e quais os seus efeitos jurídicos, em perfeita consonância com o que já prevê o ordenamento jurídico interno”. No mesmo sentido, sobre a compatibilidade da Convenção n. 158 com a legislação nacional, o posicionamento de Valdete Souto Severo:

Esta Convenção não trata de estabilidade. Refere-se apenas à necessidade de motivação, como requisito de validade do ato de dispensa. Em momento algum cria regra que impede o ato de despedir. O que faz é estabelecer requisitos para a despedida, seja ela individual ou coletiva. Entre tais requisitos está justamente o dever do empregador de motivar licitamente seu ato. Ou seja, a vedação de que a dispensa seja arbitrária, exatamente na linha do que estabelece o texto constitucional.

¹⁵³ SEVERO, Valdete Souto. **A perda do emprego no Brasil: notas para uma teoria crítica e para uma prática transformadora**. Porto Alegre: Sulina, 2021. p. 89.

Em 20 de dezembro de 1996, porém, pelo Decreto n. 2.100, de lavra do então presidente Fernando Henrique Cardoso, o Brasil tornou pública a denúncia da Convenção n. 158. A validade do ato, contudo, é questionada por meio da ADI nº 1625, até hoje sem uma decisão final. Tendo em vista a norma do art. 49, I, da CF (“é da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”), há quem defenda a inconstitucionalidade da denúncia, uma vez que realizada de forma unilateral pelo chefe do Poder Executivo¹⁵⁴. Sustenta-se, então, pela total possibilidade (e até mesmo necessidade) de aplicação da Convenção n. 158 no ordenamento pátrio.

Esta compreensão, aliás, nos leva à ideia de que a concretização da garantia contra a dispensa arbitrária não decorre da ausência normativa, mas, sim, da vontade política e social para que o dever de motivação seja reconhecido e praticado nas relações de emprego.¹⁵⁵ Danilo Gonçalves Gaspar, a uma década atrás, já expunha essa situação que, de lá para cá, em nada foi alterada:

Parece evidente que a garantia em questão foi fruto justamente desse caráter simbólico da Constituição na medida em que, à primeira vista, a partir da leitura do inc. I do art. 7.º da CF/1988, pode-se imaginar que aquele dispositivo vinha, naquela oportunidade, a agasalhar uma das mais importantes lutas da classe trabalhadora: a luta pela proteção da relação de emprego.

Todavia, quando se analisa a realidade jurídica brasileira do tema em questão ao longo desses mais de 20 anos de Constituição, verifica-se que a inserção no texto constitucional da proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa, da forma como foi feita, foi fruto de “finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico”¹⁵⁶.

Atualmente, persiste o entendimento majoritário no sentido de que, ante a ausência formal de regulamentação, a dispensa arbitrária continua a ser apenas direito potestativo do empregador, ao qual o empregado em nada pode se opor¹⁵⁷. Em que pese o aparente intuito do constituinte em combater a dispensa imotivada, na

¹⁵⁴ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 339. *E-book*.

¹⁵⁵ SEVERO, Valdete Souto. **A perda do emprego no Brasil: Notas para uma teoria crítica e para uma prática transformadora**. Porto Alegre: Sulina, 2021. p. 106.

¹⁵⁶ GASPAR, Danilo Gonçalves. **A proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa e a constitucionalização simbólica**. São Paulo: Revista de Direito do Trabalho, v. 141, jan./mar. 2011. p. 6.

¹⁵⁷ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 39. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. p. 255. *E-book*.

prática, não há qualquer limitação ao poder patronal de rescindir, senão somente a indenização de 40% prevista no art. 10º, I, do ADCT – que, embora forçosamente possa ser considerada medida inibitória, nada mais passa que direito básico do trabalhador e, bem verdade, sequer possui o real efeito de desencorajar a dispensa arbitrária.

Não há dúvidas, pois, que diante da omissão do Poder Legislativo, que não edita a referida lei complementar, e do Poder Judiciário, que não aplica a garantia prevista no texto constitucional, o sistema de proteção em vigor se mostra por demais frágil na prática – uma vez que não garante ao trabalhador a segurança no emprego, nem mesmo nos casos de despedida injusta ou imotivada. A bem dizer, temeroso da dispensa arbitrária, o trabalhador torna-se refém da boa vontade do empregador – já que não há, no momento, proteção adequada e efetiva à permanência da relação de emprego.

Fosse concretizada a pretensão da norma constitucional – de proscrever a despedida arbitrária, impedindo sua prática nas relações de trabalho –, não precisaríamos discutir sobre a vigência contratual como possível causa de impedimento da prescrição trabalhista. Todavia, da falha do nosso sistema de proteção ao trabalho (que não garante o emprego, não impossibilita as dispensas arbitrárias e nem ao menos as dificulta de forma significativa) – especialmente por admitir, sem qualquer limitação, a dispensa retaliatória –, tal discussão ainda se mostra válida, infelizmente.

4.3 A incompatibilidade da prescrição com as premissas protetivas do direito do trabalho: a constância da relação de emprego como causa impeditiva do fluxo prescricional?

O direito do trabalho, volta-se a dizer, nasce e desenvolve-se com o escopo de reequilibrar a assimetria inerente às relações de emprego. Do reconhecimento da fraqueza do trabalhador, seja pela teoria clássica ou pela teoria das vulnerabilidades, não se discute a necessária intervenção do Estado a fim de se garantir a justiça social. E disso temos a principal característica do direito do trabalho: a proteção do trabalhador, parte reconhecidamente vulnerável e hipossuficiente da relação de emprego.

Frente a todo o sistema protetivo do direito laboral – cujos fundamentos e princípios estudamos no capítulo 2 –, a prescrição, instituto próprio do direito civil, não parece compor adequadamente aos preceitos do direito trabalhista. Isto porque a prescrição tem por premissa uma relação entre iguais, ao contrário do que ocorre na relação de emprego – que, conforme insistentemente tentamos demonstrar, é essencialmente marcada pela assimetria de poder e pelas condições de vulnerabilidade do trabalhador.

Tendo em vista o conceito das figuras de credor e devedor, sujeitos da relação obrigacional civilista, é possível verificar que o primeiro possui o direito de exigir o cumprimento de determinada prestação, enquanto o segundo possui o dever de cumpri-la. Todavia, se transpormos estes conceitos ao âmbito do direito do trabalho, é fácil vislumbrar que a perspectiva tradicional da subordinação do devedor ao credor não se adequa (e até mesmo se opõe) à relação de emprego – uma vez que, via de regra, nas demandas trabalhistas o credor será sempre o empregado e o devedor sempre o empregador.

A prescrição, tal como forma de punição ao credor que se mantém inerte, deverá garantir que, no caso concreto, o sujeito tenha condições reais, e não apenas formais, de deduzir sua pretensão em juízo. O ordenamento jurídico vigente reconhece este pré-requisito, seja quando impõe restrições à prescrição, nas hipóteses em que se presume a ausência dessas condições (causas impeditivas e suspensivas – como vimos no capítulo 1), seja quando faculta ao devedor a possibilidade de renúncia à prescrição¹⁵⁸.

No caso das relações trabalhistas, porém, o legislador parece subestimar os efeitos da subordinação presente durante o vínculo empregatício. A lição de Helios Sarthou¹⁵⁹ é assertiva neste ponto:

Só em uma visão estéril dos aspectos sociais e econômicos do contrato de trabalho é possível sustentar que a subordinação inerente à relação não implica um estado de sujeição que interdita a vontade. Se, em outros institutos e campos de nossa disciplina, as linhas do direito do trabalho e do direito comum se separam, para cumprir aquele com suas finalidades específicas, de acordo com sua

¹⁵⁸ SEVERO, Valdete Souto. **Crítica à prescrição trabalhista: entre a realização do estado social e a proteção ao capital**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, v. 89, n. 01, out. 2017, p. 106.

¹⁵⁹ SARTHOU, Helios. **Consideraciones primarias sobre el régimen prescripcional del salario y el despido en la ley 14.188**, *apud* RODRIGUEZ, Américo Plá. Principios de direito do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 211.

autonomia, também aqui o elemento tempo como causa da perda de um direito deverá ter um tratamento específico.

A aplicação irrestrita do instituto da prescrição, a bem dizer, implica no entendimento equivocado de que as relações entre particulares são análogas às relações laborais. Marco Túlio Viana¹⁶⁰, com um singelo, mas relevante exemplo, ilustra bem a questão:

Suponhamos que um dia eu entre numa padaria, peça um pão e não pague. O que acontecerá? Certamente, a moça (pois é sempre uma moça) me chamará, exigindo o dinheiro. Se eu ignorar seus apelos, é provável que apronte um escândalo. Mas se, no dia seguinte, eu conseguir emprego noutra padaria, e o patrão não me pagar a hora extra, o que acontecerá? Se a minha coragem permitir, pedirei educadamente que ele me pague; mas caso ele não me atenda, não atendido estarei.

Essa diferença talvez possa ser explicada pelo fato de que - ao contrário do que acontece nos contratos em geral - é o devedor, e não o credor, quem detém o poder no contrato de trabalho. Esse devedor é o patrão - pois, como o trabalho precede o salário, é ele quem sempre (ou quase sempre) tem algo a pagar. E o seu poder vem do fato de que o empregado - não tendo os meios de produção - depende do emprego para sobreviver. E se o emprego, para o empregado, é a própria vida, é claro que ele não pode correr riscos, exigindo com firmeza que a lei seja cumprida - como faria aquela moça, mesmo não sendo dela o dinheiro. Pela mesma razão, enquanto empregado, ele não procura a Justiça.

Enquanto no contrato civil se presume a igualdade das partes contratantes, no contrato de trabalho é inegável a existência de uma relação notadamente assimétrica – não fosse assim, o direito do trabalho sequer demandaria autonomia própria. A subordinação jurídica, já bastante abordada neste trabalho, coloca o empregado sob a autoridade do empregador, revestindo o contrato de trabalho da singularidade de ser, entre os contratos, o único em que há entre as partes uma relação de poder e hierarquia¹⁶¹.

Quando analisamos a questão da prescrição trabalhista, não bastasse a condição de hipossuficiência e vulnerabilidade do trabalhador, ainda é preciso ter em

¹⁶⁰ VIANA, Márcio Túlio. **Os Paradoxos da Prescrição: quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos**. Belo Horizonte: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 47, n. 77, 2008. p. 164.

¹⁶¹ SILVA, Luiz Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 24.

conta o nosso sistema falho de proteção à relação de emprego – que contribui ainda mais para que o empregado fique impeco de resistir aos abusos patronais, mesmo judicialmente. Esta fragilidade contratual, espera-se que tenha ficado claro, se dá especialmente pela possibilidade da denúncia vazia do contrato de trabalho.

Da violação de seus direitos, ante o temor da dispensa – possível de ocorrer a qualquer tempo e por qualquer motivo –, o trabalhador se vê com uma *espada de dois gumes*: de um lado, caso se insurja contra o empregador, será dispensado; de outro, manterá seu sustento, mas terá de abrir mão da tutela jurisdicional. Na grande maioria das vezes, por não querer (não poder, na verdade) estar desempregado, ele aceita a exploração e o afastamento de seus direitos, mesmo que, no futuro, estes acabem sendo consumidos pela prescrição¹⁶².

Em razão do legislador se abster quanto a esta realidade brasileira (e não se trata de mera ignorância, pois a própria Justiça do Trabalho é conhecida como a “justiça dos desempregados”), parte da doutrina defende que a aplicação da prescrição acaba por ser flagrantemente injusta e prejudicial ao trabalhador – situação que não pode ser normalizada e nem mesmo suportada pelo direito do trabalho.

O raciocínio é simples: em uma lógica na qual o empregador pode extinguir o vínculo de emprego quando quiser, sem precisar motivar seu ato, não é razoável que os créditos por ele não adimplidos estejam sujeitos a qualquer limitação, pois do contrário, quem trabalha estaria impedido não apenas de exigir a observância desses direitos diretamente, como de fazê-lo por meio do Estado¹⁶³.

De fato, o início do fluxo prescricional deveria ter em conta a dificuldade enfrentada pelo trabalhador para exercer judicialmente seus direitos, enquanto permanece no estado de subordinação derivado do vínculo empregatício. Quem trabalha sob a lógica da constante ameaça da perda de emprego, é uma pessoa acuada, tolhida em suas possibilidades de interação e intervenção no ambiente de trabalho¹⁶⁴. O empregado que se vê despojado de seus direitos, não se mantém inerte por simples negligência ou aceitação; se foge da Justiça, é porque está vigilante na

¹⁶² SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Estabilidade no emprego: possível, urgente, revolucionária**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2008. p. 172.

¹⁶³ SEVERO, Valdete Souto. **A perda do emprego no Brasil: notas para uma teoria crítica e para uma prática transformadora**. Porto Alegre: Sulina, 2021. p. 80.

¹⁶⁴ SEVERO, Valdete Souto. **A perda do emprego no Brasil: notas para uma teoria crítica e para uma prática transformadora**. Porto Alegre: Sulina, 2021. p. 77.

defesa de seu sustento – e, assim, a prescrição se torna menos legítima e menos aceita intimamente¹⁶⁵.

A ausência de estabilidade ou ao menos a certeza de que não haverá despedida sem motivo lícito, impede, na prática, que o trabalhador prontamente busque pela tutela jurisdicional. Estivesse regulamentada, a proteção contra a despedida arbitrária seria elemento pacificador dessa realidade¹⁶⁶ – uma vez que impediria a dispensa retaliatória, permitindo ao empregado, efetivamente, o livre acesso à Justiça do Trabalho.

Não havendo essa garantia à relação de emprego, o instituto da prescrição, da maneira que é aplicado atualmente, não parece se adequar às premissas e aos princípios do direito do trabalho. Primeiro porque, como dissemos, a relação entre empregado e empregador em muito difere da relação clássica entre credor e devedor; segundo porque, não tendo o trabalhador condições reais de exercer sua pretensão – ante o temor da dispensa arbitrária –, o decurso do tempo constitui um modo velado de renúncia tácita a direitos que a ordem constitucional afirma serem irrenunciáveis¹⁶⁷; terceiro, como consequência, não concretiza o princípio da irrenunciabilidade dos direitos e, principalmente, o princípio da proteção ao trabalhador.

Por tais motivos, parte da doutrina aconselha que o início do prazo prescricional se estabeleça a partir do momento em que o trabalhador tenha deixado de compor a relação de emprego. Ojeda Avilés expunha que, apesar de todas as distinções conceituais e doutrinárias, na prática a renúncia e a falta de exercício do direito durante a relação trabalhista se equiparam, já que o resultado a que chegam uma e outra é análogo: o benefício concedido se deprecia e a vontade da lei fica sem efeito, pelo que o prazo da prescrição deveria começar a correr assim que a relação fosse resolvida¹⁶⁸. Essa necessária especificidade da prescrição no direito do trabalho vem imposta pelo princípio da irrenunciabilidade: se não é possível renunciar

¹⁶⁵ VIANA, Márcio Túlio. **Os Paradoxos da Prescrição: quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos**. Belo Horizonte: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 47, n. 77, 2008. p. 167.

¹⁶⁶ SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Estabilidade no emprego: possível, urgente, revolucionária**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2008. p. 25.

¹⁶⁷ SEVERO, Valdete Souto. **Crítica à prescrição trabalhista: entre a realização do estado social e a proteção ao capital**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, v. 89, n. 01, out. 2017, p. 115.

¹⁶⁸ OJEDA AVILÉS, Antonio. **La Renuncia de Derechos del Trabajador**. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1971, *apud* RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 216.

expressamente às normas trabalhistas, também não pode ser válida a renúncia tácita que, em essência, é a prescrição, enquanto extinção da pretensão pelo prazo em que a lei estabelece¹⁶⁹.

Atualmente, a impossibilidade de pronúncia da prescrição de pretensões relativas às relações de trabalho para as quais não se reconheça, no mínimo, o dever de motivação da despedida, é defendido, entre outros doutrinadores, por Valdete Souto Correa, Jorge Souto Maior e Márcio Túlio Viana. Este último questiona de forma expressa: “Se a prescrição não corre “entre ascendentes e descendentes, durante o poder familiar” (inciso II do art. 197 do CC), por que correria entre um empregado e seu patrão, quando a fonte de sobrevivência de um depende da vontade do outro?”¹⁷⁰.

Sobre a temática, no direito comparado encontramos importante jurisprudência do Tribunal Constitucional italiano. Em decisão datada de 10 de junho de 1966 (sentença n. 63), decidiu-se no sentido de que o prazo prescricional não deve correr durante a vigência de relação de emprego não contemplada com a efetiva garantia contra a perda do posto de trabalho. Em outras palavras, prevaleceu o entendimento de que a prescrição não pode começar a ser contada senão a partir da ruptura contratual:

“Não existem obstáculos jurídicos que impeçam de fazer valer o direito ao salário. Existem, todavia, obstáculos materiais, isto é, a situação psicológica do trabalhador, que pode ser induzido a não exercer o próprio direito pelo mesmo motivo porque muitas vezes é levado a renunciá-lo, ou seja, pelo temor da despedida: de sorte que a prescrição, decorrente durante a relação de trabalho, produz justamente o efeito que o art. 36 da Constituição procurou evitar, proibido qualquer tipo de renúncia, inclusive a que, em situações particulares pode estar implícita na falta de exercício do próprio direito, e portanto do fato de deixar-se correr a prescrição”¹⁷¹.

Aqui no Brasil, há de se lembrar que a subordinação jurídica do trabalhador rural já foi considerada como causa impeditiva da prescrição. A orientação legal nesse sentido remonta ao Estatuto do Trabalhador Rural (Lei 4.214/1963), que em seu art.

¹⁶⁹ SARTHOU, Helios. **Consideraciones primarias sobre el régimen prescricional del salario y el despido en la ley 14.188**, *apud* RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 211.

¹⁷⁰ VIANA, Márcio Túlio. **Os Paradoxos da Prescrição: quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos**. Belo Horizonte: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 47, n. 77, 2008. p. 170.

¹⁷¹ SEVERO, Valdete Souto. **A perda do emprego no Brasil: Notas para uma teoria crítica e para uma prática transformadora**. Porto Alegre: Sulina, 2021. p. 81.

175 dispunha o seguinte: “a prescrição dos direitos assegurados por esta lei aos trabalhadores rurais só ocorrerá após dois anos de cessação do contrato de trabalho”. Tal disposição foi posteriormente acolhida pela Lei n. 5.889/73, e mantida pela Constituição Federal de 1998, sendo alterada somente no ano de 2000, pelo advento da Emenda Constitucional n. 28, que equipara para efeitos de prescrição os trabalhadores urbanos e rurais.

Em que pese aquela norma já não possua mais aplicação em nosso ordenamento, é relevante na medida em que demonstra que essa racionalidade (a de que a relação de emprego representa real entrave à livre vontade do empregado e, portanto, não pode ser considerada quando do cômputo dos prazos prescricionais) já foi ponderada e legislada no direito nacional. Outrossim, embora o legislador – erroneamente – não tenha criado diretriz semelhante para os trabalhadores urbanos, de acordo com Ferreira Prunes, não eram desconhecidas as decisões judiciais nesse sentido¹⁷².

No contexto atual, vale ressaltar a redação da seguinte tese, aprovada no XV Congresso Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (CONAMAT), ocorrido em Brasília, entre os dias 28 de abril a 1º de maio de 2010:

INAPLICABILIDADE DA PRESCRIÇÃO ENQUANTO NÃO REGULAMENTADO O ART. 7º, I, DA CF/88 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA (artigo 7º, I, CF). NÃO REGULAMENTAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL: INAPLICABILIDADE Considerando que a prescrição não é um prêmio para o mau pagador, enquanto não aplicado efetivamente o direito de proteção contra a dispensa arbitrária previsto no inciso I do art. 7º da CF, que gera ao trabalhador a impossibilidade concreta de buscar os seus direitos pela via judicial, não se pode considerar eficaz a regra do inciso XXIX, do artigo 7º, no que se refere à prescrição que corre durante o curso da relação de emprego. Nesse sentido, enquanto não conferirmos efetividade plena ao artigo 7º, I, da CF/88, não se pode declarar a prescrição quinquenal.

É verdade, porém, que este entendimento ainda é bastante minoritário, prevalecendo nos tribunais a compreensão de que a prescrição quinquenal deve ser aplicada mesmo durante os contratos de trabalho, em concordância com o previsto no art. 11 da CLT e no inciso XXIX do art. 7º da Constituição Federal, normas tidas

¹⁷² PRUNES, José Luiz Ferreira. **Tratado sobre a prescrição e a decadência no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998. p. 277.

como de aplicabilidade plena e imediata. Nas sentenças de primeiro grau, o cenário é um pouco diferente: mesmo que de forma incipiente, já se encontram decisões que adotam o posicionamento aprovado na COMAT.

A título de exemplo, citamos a sentença do processo n. 0000834-42.2021.5.06.001, prolatada em 02 de setembro de 2022, na qual se reconhece a inaplicabilidade da prescrição no curso da relação de emprego. O magistrado e professor da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Hugo Cavalcanti Melo Filho, assim proferiu:

Parece-me, agora, que a Constituição criou, quanto a este tema, o binômio 'garantia contra dispensa/prescrição' (incisos I e XXIX do art. 7.º). O segundo elemento não pode funcionar na ausência do primeiro. Não é razoável exigir do trabalhador que exerça o direito de ação em determinado prazo, se o resultado disso será o inevitável desemprego. Exigência dessa natureza termina por lançar o empregado no dilema 'demandar/ser despedido ou não demandar/ver os direitos corroídos pela prescrição', evidentemente ofensivo ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CR). Entendo, pois, que essa circunstância atrai a aplicação subsidiária do art. 198, I, combinado com o 3.º, III, do Código Civil.

Com efeito, no curso do contrato de trabalho, o empregado, ameaçado permanentemente de dispensa, encontra-se transitoriamente impedido de exprimir sua vontade de exigir em juízo os direitos que lhe são sonegados pelo empregador. De modo que contra ele não pode correr a prescrição. O mesmo não se pode dizer do empregado cujo contrato já se encerrou, porque este recupera a liberdade de manifestação da vontade, inclusive a de demandar contra o ex-empregador, contra ele podendo correr a prescrição bienal.

Percebe-se que, de fato, a fundamentação adotada pelo magistrado é harmônica com o que se propõe o direito do trabalho. Casos como este, ainda que importem em reforma no segundo grau de jurisdição, mostram-se válidos porque ao menos demonstram a possibilidade desta linha de raciocínio – a de que a prescrição deve ser restrita ao momento posterior do término contratual.

Se considerarmos as vulnerabilidades e o estado de subordinação do trabalhador, e ainda a falta de proteção à relação emprego (bem como a gravidade que é a sua perda), o instituto da prescrição se mostra, inegavelmente, um obstáculo imenso ao acesso à Justiça do Trabalho. A bem dizer, durante o vínculo empregatício, o trabalhador se encontra em situação que inviabiliza ou, sem dúvidas, ao menos restringe a possibilidade de defesa de seus direitos, dificultando em muito a materialização de suas garantias.

Pensando na realidade brasileira, em que diversos trabalhadores enfrentam jornadas exaustivas, baixos salários e condições precárias de trabalho, a falta de proteção à relação de emprego faz com que a prescrição atue como verdadeira punição injusta àqueles que almejam a permanência no trabalho. Assim, tendo em vista toda a sistemática protetiva do direito laboral, com seus fundamentos e princípios, nos parece ser possível – ao menos juridicamente falando – considerar a vigência do contrato de trabalho como causa impeditiva da prescrição, ao menos quando o empregado não detém estabilidade, ou enquanto o ordenamento continuar aceitando, de forma pacífica, a dispensa arbitrária e sem justa causa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho debruçou-se sobre a prescrição trabalhista, notadamente quanto a sua aplicação durante a vigência do contrato de trabalho. Do embate direito entre segurança jurídica e máxima proteção dos trabalhadores, surge uma discussão complexa e ainda incipiente. Neste sentido, teve-se o intuito de responder o seguinte problema de pesquisa: “tendo em vista a vulnerabilidade do trabalhador e o sistema protetivo característico do direito do trabalho, é juridicamente possível considerarmos a vigência da relação de emprego como causa impeditiva da prescrição quinquenal?”.

A partir da breve contextualização histórica, foi possível perceber que o direito do trabalho nasce e se desenvolve em razão da assimetria intrínseca da relação de emprego. De forma mais precisa, é a partir do reconhecimento da hipossuficiência do trabalhador – antes atrelada somente à subordinação jurídica, e hoje ampliada para a noção de vulnerabilidade – que o direito laboral passa a regular as relações de trabalho com o intuito de compensar a desigualdade fática entre empregado e empregador.

De fato, o estudo específico das vulnerabilidades evidenciou a fragilidade que detém o trabalhador, tanto em sua possibilidade de resistir a condições de trabalho irregulares/degradantes e/ou a descumprimentos patronais, como na possibilidade de efetivar e fazer valer os seus direitos. Outrossim, a fragilidade contratual, decorrente da incompletude do nosso sistema de proteção à relação de emprego, conduz à maior indefensabilidade do trabalhador.

Por meio da Constituição de 1988, o modelo de estabilidade decenal e indenização por tempo de serviço foi revogado pela adoção plena do modelo do FGTS, com o ajuste do constituinte pela indenização compensatória de quarenta por cento sobre o saldo fundiário, nos casos de dispensa sem justa causa. Não obstante o inciso I do art. 7º da CF preveja a garantia contra a despedida arbitrária, a falta de lei complementar importa na negação de sua eficácia e aplicabilidade imediata – de modo que, atualmente, as dispensas imotivadas são perfeitamente aceitas no Brasil. Inexiste efetiva proteção jurídica à relação de emprego, senão regra meramente econômica que torna mais dispendiosa a dispensa, sem, contudo, impedi-la.

Frente a isso, revelou-se que o temor da dispensa arbitrária (com a consequente cessação da fonte de renda do trabalhador) pode ser, de fato, um grande óbice ao acesso à Justiça durante a vigência do contrato de trabalho. Da necessidade

da manter o vínculo empregatício, o trabalhador escolhe por esperar a realização de seus direitos, muito embora – e talvez nem saiba disso – a prescrição possa estar progressivamente extinguindo seus créditos. Neste contexto, não parece justo penalizar o trabalhador, parte fraca e vulnerável da relação de emprego, para privilegiar o empregador que age contra a lei.

Sob essa ótica, verificou-se que alguns autores, e uma parcela reduzida (mas existente) da jurisprudência, têm entendido e aplicado a vigência do contrato de trabalho como causa impeditiva da prescrição. Levando em conta os fundamentos e princípios do direito laboral (especialmente o da irrenunciabilidade dos direitos e o da proteção ao trabalhador), bem como as desigualdades da relação de emprego e as condições fáticas do empregado, é possível constatar que essa interpretação é respaldada juridicamente pelo sistema próprio protetivo do direito do trabalho.

Seguramente, embora não se negue a importância do instituto da prescrição no que tange à estabilidade e pacificação social, no âmbito das relações laborais, é imperativo que a proteção do trabalhador seja o objetivo primordial da sociedade e do ordenamento jurídico. Até mesmo porque, como se explorou nesta monografia, as relações de emprego apresentam uma dinâmica assimétrica, em que o trabalhador se encontra em posição de vulnerabilidade, facilmente sujeito a abusos e arbitrariedades. Nesse sentido, a prescrição não pode atuar como uma barreira intransponível para a defesa dos direitos dos trabalhadores. Sem dúvidas, deve-se buscar, sim, a segurança das relações sociais, mas de forma que seu alcance esteja em harmonia e conformidade com a tutela protetiva do direito do trabalho.

Nada obstante, elevar a constância da relação de emprego à condição de causa impeditiva é uma solução de caráter meramente paliativo. Muito embora seja efetiva, pois não extingue a pretensão e tampouco ocasiona o término do contrato de trabalho, não estando prevista expressamente pelo legislador, a aplicação dessa hipótese de impedimento compromete, de certa forma, a segurança jurídica. Por conseguinte, o ideal seria que o legislador regulasse o conteúdo do inciso I do art. 7º da Constituição Federal – uma vez que resolveria, de modo definitivo, a problemática em questão.

Cumprir lembrar que o direito, assim como a sociedade, passa por um constante processo de renovação e evolução – sofrendo influência de fatores políticos, econômicos e culturais. É esperado, portanto, que em um futuro não muito distante, o legislador abandone a inércia e cesse de postergar, de maneira deliberada, a

regulamentação de temas tão importantes para a vida de milhões de trabalhadores. Seja regulamentando a dispensa arbitrária ou modificando diretamente as disposições relativas à prescrição trabalhista, é preciso solucionar a problemática abordada neste trabalho. Enquanto isso não ocorre, permanecemos atentos à doutrina progressista e ao desenvolvimento da jurisprudência, sempre com a expectativa de que os direitos dos trabalhadores sejam concretizados da melhor forma possível.

REFERÊNCIAS

- ALONSO OLEA, Manuel. **Introdução ao direito do trabalho**. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1969.
- AMARAL, Guilherme Rizzo. A Polêmica em Torno da “Ação de Direito Material”. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, n. IV, p. 169, 2005. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/50493>. Acesso em: 8 jan. 2023.
- AMORIM FILHO, Agnelo. **Critério científico para distinguir a prescrição da decadência e para identificar ações imprescritíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 744, out. 1997.
- ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. **A prescrição e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2018.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Método, 2017.
- CATHARINO, José Martins. **Compêndio de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1982, V.1.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 21. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações**. v. 2. 37. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*.
- DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. A reforma trabalhista: algumas repercussões na propedêutica juslaboral. Em STÜRMER, Gilberto; DORNELES, Leandro (orgs.). **A reforma trabalhista na visão acadêmica**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2018.
- DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. Hipossuficiência e Vulnerabilidade na Teoria Geral do Direito do Trabalho Contemporâneo. Em DORNELES, Leandro; OLIVEIRA, Cinthia Machado de (orgs.). **Temas de Direito e Processo do Trabalho**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.
- DORNELES, Leandro do Amaral Dorneles de. O direito do trabalho e a teoria das vulnerabilidades sociais. **Revista Eletrônica do TRT-PR**. Curitiba: Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região. Vol. 10, n. 103, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. v. 1. 24. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*.

GASPAR, Danilo Gonçalves. **A proteção contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa e a constitucionalização simbólica**. São Paulo: Revista de Direito do Trabalho, v. 141, jan./mar. 2011.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito Processual do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019. *E-book*.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. *E-book*.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 13. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p.20. *E-book*.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 39. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023. *E-book*.

PRUNES, José Luiz Ferreira. **Tratado sobre a prescrição e a decadência no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado de direito do trabalho. Parte I: Dogmática geral**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. p. *E-book*.

RIZZARDO, Arnaldo; RIZZARDO FILHO, Arnaldo; RIZZARDO, Carine Ardisson. **Prescrição e Decadência**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 14. *E-book*.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

RUSSOMANO, Mozart Victor. A prescrição no direito do trabalho. In: **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**. Porto Alegre: Ano 3, n. 3, 1951.

SEVERO, Valdete Souto. **A perda do emprego no Brasil: Notas para uma teoria crítica e para uma prática transformadora**. Porto Alegre: Sulina, 2021.

SEVERO, Valdete Souto. **Crítica à prescrição trabalhista: entre a realização do estado social e a proteção ao capital**. Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife, v. 89, n. 01, out. 2017.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Estabilidade no emprego: possível, urgente, revolucionária**. Porto Alegre: Dom Quixote, 2008.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *et al.* **Instituições de direito do trabalho**. vol. 1. 20 ed. São Paulo: LTr, 2002.

TEIXEIRA, Sérgio Torres. **Nova dinâmica da reintegração judicial no emprego: mito, realidade e utopia na concretização do direito de acesso à justiça à luz da efetividade do modelo processual brasileiro**. 2004. Tese (Doutorado) – Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Prescrição e Decadência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. *E-book*.

VIANA, Márcio Túlio. **Os Paradoxos da Prescrição: quando o trabalhador se faz cúmplice involuntário da perda de seus direitos**. Belo Horizonte: Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, v. 47, n. 77, 2008.