

O ACESSO À JUSTIÇA E A NOVA PRESCRIÇÃO DO RURÍCOLA

Márcio Túlio Viana*

*“Ai de quem se enriquece com aquilo que não é seu.”
(Habacuc, 2,7)*

1. A NOVA EMENDA

Muda a estação, sopram novos ventos e eis que, de repente, somos brindados com mais uma emenda - a de número 28. Em razão dela, passou a ser esta a redação do inciso XXIX, do art. 7º, da CF:

“- 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.”

A emenda também revogou o art. 233, da Constituição, segundo o qual o empregador rural deveria comprovar, de cinco em cinco anos, o pagamento dos créditos trabalhistas.

Pergunta-se: como entendê-la? O que ela representa?
É o que tentaremos responder a seguir.

2. COMO AS NORMAS JURÍDICAS SE INTERAGEM

Se observarmos as árvores de um bosque, veremos que muitas delas se tocam - tanto no alto, com as suas copas, como embaixo, com as suas raízes. Isso faz com que, em certa medida, os seus destinos se entrelacem. O machado que fere a paineira pode estar matando o cipó, e ao mesmo tempo salvando a vida de um pequeno jequitibá.

Algo semelhante acontece com o Direito - especialmente em cada um de seus ramos. Seus princípios - ou *raízes* - se entrelaçam, do mesmo modo que as suas normas se intercomunicam. Daí ter dito Kelsen que “quando se interpreta um artigo de lei, interpreta-se o sistema por inteiro...”.

Tome-se como exemplo o doméstico. A Constituição lhe assegura o aviso prévio, mas a CLT não o sujeita à disciplina das justas causas. Acontece, no entanto, que quem fala em “aviso prévio” diz que “o contrato sem prazo se rompeu”; e isso nos leva, necessariamente, ao exame da *causa* - justa ou injusta - desse rompimento.

É o que também se dá, em dose maior, com a prescrição. Embora nem sempre o notemos, ela se articula fortemente com um princípio mais genérico e importante - o do *acesso à justiça* - e com outros tantos que dele decorrem.

* Professor nas Faculdades de Direito da UFMG e da PUC-MG. Juiz aposentado do TRT da 3ª Região. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior.

No campo laboral, a prescrição se liga ainda, especialmente, aos princípios da valorização do trabalho e da dignidade humana, ao princípio da primazia da realidade e a várias normas de direito material e processual, dentre as quais as que regulam a substituição processual.

Vejamos em que medida isso acontece.

3. O ACESSO À JUSTIÇA

No início, quem sofria um dano se vingava - agindo pelas próprias mãos. Mais tarde, o Estado tirou dos homens esse poder, dando-lhes em troca um novo direito - a ação. É ela, portanto, “o substitutivo civilizado da vingança privada!”.

Note-se que a palavra “ação” não significa “direito de ajuizar a demanda”. Na verdade, a ação apenas *começa* a ser exercida com o pedido, pois está presente no interrogatório, nos depoimentos, nos arrazoados, nos recursos, na execução. É direito de agir, mas também de *seguir agindo*, até a satisfação efetiva do direito.

Através da ação, as *partes* (como a palavra indica) realmente *participam* da atividade do Estado, lado a lado com o juiz. De certo modo, ou até certo ponto, elas são *co-atoras* do drama e *co-autoras* da sentença. Na lição de Cunha Campos...

“... se o litigante não participa da decisão, participa da atividade que conduz à sua formação”.

Subjacente ao direito de ação, há o princípio do *acesso à Justiça*. Trata-se, também, de algo bem maior do que parece, relacionando-se com o próprio modo de ser do processo. Como ensina Dinamarco, tem a ver com a justiça das decisões e a sua efetividade, ou utilidade prática³. É direito *real* de lutar em juízo, o que supõe igualdade de armas.

É verdade que essa igualdade é e será sempre relativa, ao menos enquanto vivermos sob o signo do capital. Basta notar que, em regra, é o demandante mais rico que contrata o melhor advogado, e é o melhor advogado que dispõe dos melhores argumentos para convencer o juiz⁴. De todo modo, a doutrina mais moderna enfatiza a necessidade de se reduzirem as diferenças, criando-se contrapesos - à semelhança do que acontece no direito material⁵.

¹ A expressão é de Eduardo Couture.

² *Garantias Processuais, in Mandados de Segurança e de Injunção* (obra coletiva, coord. Sálvio de F. Teixeira), Saraiva, 1990, p. 4.

³ DINAMARCO, C. R. *Nasce um Novo Processo Civil, in Reforma do Código de Processo Civil* (obra coletiva, coord. Sálvio de F. Teixeira), Saraiva, 1996, p. 7.

⁴ Isso tem levado alguns países, como a Austrália, a impedir a presença de advogados nas causas, exceto se as duas partes concordam e o juiz verifica que nenhuma delas sofrerá dano com isso (CAPPELLETTI, *op. cit.*, p. 101).

⁵ E quem diz “acesso à justiça” também diz “justiça simples”. A propósito, Taylor, citado por Cappelletti, relata que às vezes, na Austrália, as partes e o juiz se reúnem em torno de uma mesa de café para discutir fatos da causa, e o próprio juiz convoca, por telefone, eventuais testemunhas...

Entre nós, a CF enfatizou algumas dessas idéias, criando mecanismos como o mandado de segurança coletivo e o mandado de injunção, reforçando o instituto da ação civil pública, garantindo a assistência judiciária e estendendo o direito de ação aos mais variados atores sociais, tendo em vista especialmente a proteção dos interesses coletivos e difusos.

Pois bem. Como dizíamos, a prescrição se articula fortemente com o direito de ação - ou, se preferirmos, com o acesso à Justiça. Como uma bomba de efeito retardado, ela só começa o seu *tic-tac* quando o credor passa a ter interesse de agir em juízo. Entre ação e prescrição, a relação é quase de *causa e efeito*⁶.

Não é por outro motivo que o prazo prescricional não flui em certos casos e se suspende em outros tantos, sempre que o credor se vê impedido ou dificultado de ir a juízo.

4. OS FUNDAMENTOS DA PRESCRIÇÃO

Como se sabe, prescrição não é *pena* ao credor inerte. Seu fundamento tem a ver com a segurança jurídica e a paz social. Na lição de Sílvio Rodrigues, é “...mister que as relações jurídicas se consolidem no tempo. Há um interesse social em que situações de fato que o tempo consagrou adquiram juridicidade, para que sobre a comunidade não paire, indefinidamente, a ameaça de desequilíbrio representada pela demanda⁷”.

De fato, embora a ação judicial seja um elemento de estabilidade social, ela própria pode se tornar um fator de instabilidade, caso não seja exercida num prazo razoável de tempo. E como é o credor, e não o devedor, quem tem nas mãos o poder de ajuizá-la, é sempre ele quem sofre o prejuízo.

Note-se que outros institutos - como a preclusão - também optam por favorecer o devedor, em detrimento do credor. Mas não poderia ser de outro modo, já que é apenas ele, o credor, quem está em condições de movimentar o aparelho estatal, instabilizando o que parecia solidificado pelo tempo.

De todo modo, se a prescrição estabiliza, ela o faz às custas de quem não se interessou pela defesa de seu direito. Assim, quem se prejudica não é simplesmente o *credor*, mas o credor que *não agiu* quando poderia tê-lo feito. E esse fator, embora secundário, é importante para legitimar o instituto, especialmente aos olhos do próprio prejudicado.

“O Direito não socorre os que dormem” - diz a velha máxima. De resto, se o credor dorme, é porque - presumivelmente - já não se interessa pelo seu direito. Assim, com freqüência, a prescrição estabiliza no plano objetivo o que já se estabilizara em termos subjetivos. Ela apenas jurisdiciza - ou *sacramenta* - o que, na prática, já havia acontecido.

⁶ No caso do trabalhador rural, como se sabe, o direito de ação nascia antes do início do prazo prescricional.

⁷ *Direito Civil*, v. I, Max Limonad, São Paulo, 4^a ed., (s.d.), p. 360.

5. A PRESCRIÇÃO TRABALHISTA, EM GERAL

O crédito trabalhista é alimentar. Se, *com ele*, o trabalhador já não vive decentemente, *sem ele* pode cruzar a fronteira da pobreza, caindo no campo da exclusão social. E note-se que não há escolha: quem é filho de operário, operário também será, como o será a sua prole. A liberdade é muito mais formal do que real.

Daí por que a lei se preocupa em cercar de garantias tanto os salários como as indenizações, protegendo-as - como nos ensina Catharino - contra os abusos do patrão, contra os credores deste e do empregado e, de certo modo, até contra o próprio empregado, desprezando a sua vontade quando o ato lhe traz prejuízo.

Todas essas normas de direito material se ligam de perto às de direito processual, numa relação simbiótica. Note-se, a propósito, que o processo não atua apenas em relação ao caso concreto: também age *preventivamente*, inibindo eventuais ilicitudes.

Acontece que, no campo trabalhista, há pelo menos dois fatores extrajurídicos de importância fundamental, que atuam com violência sobre a vontade do credor:

1) O primeiro é a impossibilidade fática de resistência. Enquanto o credor comum pode fazer valer os seus direitos, e normalmente o faz com a sua simples presença física, o credor trabalhista é constrangido a submeter.

Como escrevemos certa vez, “Os direitos civis são cumpridos espontaneamente: ao longo de cada dia, todos nós contratamos e cumprimos os nossos contratos, seja no ônibus ou no táxi, no jornaleiro ou no açougue, no *shopping* ou no bar da esquina...”

Se alguém entra numa padaria, pede meia dúzia de pães e vai saindo, recusando-se a cumprir a obrigação de pagar, certamente será um escândalo: pessoas olhando, alguém gritando: ‘*ladrão!*’, a sirene da polícia... As normas que protegem a propriedade reagem fortemente, e a própria sociedade acrescenta à sanção legal as suas próprias penas - como o desprezo, a ofensa, a execração pública.

E o que se passa na órbita trabalhista?

No mundo do trabalho, os direitos comumente são descumpridos⁸, ou cumpridos pela metade. E a razão é simples: ao contrário do que acontece na esfera civil, um dos contratantes (o empregado) se encontra sempre, ou quase sempre, em posição vulnerável diante do outro (o empregador). Não pode se dar ao luxo de resolver o contrato cada vez que é lesado, pois não tem outro emprego ao seu dispor - ao contrário do que acontece com o empregador, que pode sempre trocá-lo por outro, mesmo por puro capricho.

Além disso, as violações de direitos trabalhistas passam quase incólumes pela crítica da sociedade, não só porque são vistas com menos rigor (*não pagar os pães é mais grave do que sonegar a hora extra*), como porque acontecem dentro da empresa, entre quatro paredes, um pequeno mundo dentro do outro.

⁸ A propósito do tema, v. o nosso *Direito de Resistência*, LTr, 1996, e, mais recentemente, o artigo *A proteção social do trabalhador no mundo globalizado*, in *Revista LTr*, out./99.

Se o trabalhador, enquanto empregado, não tem como evitar a violação constante de seus direitos, o empregador, ao contrário, conta com todos os meios para garantir os dele - não só através do poder diretivo *stricto sensu*, que impõe gestos e cadências ao trabalho, como pelo poder disciplinar, tenha ou não amparo jurídico⁹. Em outras palavras, o empregador *tem* e o empregado *não tem* o controle do pagamento da prestação da contraparte.

Essa disparidade de forças não encontra correções na lei, pois é da essência do sistema, onde a própria lei foi gerada¹⁰. E se reflete fortemente no mundo do processo, na medida em que o único caminho que resta ao empregado passa a ser a Justiça - daí o grande número de ações¹¹."

2) Mas é então que passa a atuar o segundo fator de desequilíbrio. Embora seja o único remédio, a Justiça só pode ser acionada depois que o empregado perde o emprego, já que de outro modo será *ela própria* que provocará a sua perda... Assim, como se vê, mesmo a *igualdade real* que o Direito do Trabalho persegue tem muito de *formal* - ou de *irreal*¹².

A situação, portanto, é completamente diversa da que existe nos outros ramos do Direito: no campo trabalhista, o credor simplesmente *não tem* direito real de ação, exceto quando já perdeu o emprego - e assim mesmo se ignora listas negras ou não precisa de carta de recomendação...

Diante dessa realidade, autores como Nicolliello e La Cueva entendem que a prescrição trabalhista - mesmo nos países avançados - é uma aberração. No mesmo sentido, afirma Sarthou:

"Manipular conceitos iguais, com respeito ao silêncio ou à omissão de acionar por parte do trabalhador, aos utilizados em relação aos sujeitos das relações de direito civil significa, de certo modo, reviver a velha ficção liberal da igualdade das partes no contrato de trabalho¹³."

Naturalmente, quanto maior a instabilidade no emprego, menor será a resistência privada e mais irreal será o acesso à Justiça. É o que acontece no Brasil.

⁹ Como se sabe, há controvérsia a respeito. Autores como Lamarca e Sebastião Machado o negam, enquanto a maioria o admite.

¹⁰ É que o Direito do Trabalho nasceu dentro do sistema capitalista, para reduzir seus efeitos mais perversos e (com isso) legitimá-lo. Serve, assim, a dois senhores.

¹¹ Para outras colocações sobre o tema, cf. o nosso artigo *O novo rito, artigo por artigo: possibilidades e desafios*, in *Procedimento sumaríssimo: teoria e prática* (obra coletiva), pp. 141 e segs., LTr, São Paulo, 2000.

¹² É preciso considerar ainda que grande número de trabalhadores não procura a Justiça mesmo depois de perder o emprego, com medo de retaliações dos antigos empregadores - que podem se negar, por exemplo, a lhes fornecer a famosa *carta de referência*, que vale como atestado de boa conduta. Assim, embora o número de causas seja grande, é ainda *muito menor* do que seria se o acesso à Justiça se generalizasse.

¹³ *Apud* PLÁ RODRIGUEZ, A. *Princípios de Direito do Trabalho*, LTr, São Paulo, 1978, p. 114.

Entre nós, o FGTS institucionalizou a instabilidade, fazendo do empregador “o detentor do contrato”¹⁴. Já agora, o desemprego completa a tarefa, comprimindo as taxas salariais, abaixando (por conseqüência) o nível das indenizações e minando qualquer capacidade de luta do empregado, que vê em cada integrante do *exército de reserva* uma ameaça crescente ao seu posto de trabalho.

De pés e mãos amarrados tanto na fábrica como no fórum, o trabalhador se faz cúmplice involuntário de seu próprio aviltamento. Enquanto se submete às violações de direitos, frações crescentes de seu salário migram definitivamente¹⁵ para o patrimônio do empregador, deixando sem paga frações de seu trabalho¹⁶.

Mas o legislador *faz de conta* que nada disso acontece. Aproveita-se - digamos assim - da *respeitabilidade* do instituto da prescrição, tão velho quanto o próprio direito civil, para transformá-lo num inteligente mecanismo de desconstituição de conquistas.

Efeito sem causa, a prescrição trabalhista só é prescrição no nome e nas conseqüências processuais que gera. Não tem, atrás de si, qualquer fundamento jurídico, mesmo porque não é possível estabilizar relações quando a situação de conflito permanece; quando o credor *quer* o seu direito, e só não age porque *não pode*.

Com isso, o legislador tira com uma das mãos o que havia dado com a outra - e o faz de forma sub-reptícia, sem que ninguém o perceba e condene. As normas de proteção já nascem, elas próprias, desprotegidas, quase sem efetividade: palavras vazias em pedaços de papel.

Antes da CF de 1988, em pequeno e grande livro¹⁷, Aroldo Plínio Gonçalves defendia a tese de que - apesar das aparências - o prazo prescricional não corria no curso do contrato, pois a lei não o afirmava e o princípio do acesso à justiça apontava em sentido contrário. Dizia ele que, na Itália, travara-se a mesma discussão, e a Corte Constitucional decidira exatamente assim¹⁸. Mas a tese não vingou, embora vários doutrinadores a defendessem *de lege ferenda*.

Assim, entre nós, apenas no caso do rurícola as coisas eram diferentes: por força de dispositivo constitucional, a prescrição só corria depois de extinto o contrato. A razão dessa desigualdade de tratamento, porém, não era a existência do poder diretivo constrangendo o empregado (já que isso acontecia também na cidade), mas outros fatores (importantes, mas não tanto), como o baixo nível de instrução, as longas distâncias e as dificuldades de transporte na zona rural.

¹⁴ A expressão é do mestre *Ribeiro de Vilhena*.

¹⁵ O caráter *definitivo* do prejuízo se nota com mais clareza na chamada “prescrição total”: a lesão ao contrato se consolida, transformando em verdadeira cláusula o ato unilateral (e ilícito) praticado pelo empregador. Como nos fez notar um aluno (*Thiago Lemos de Andrade*, da Faculdade de Direito da UFMG), o que morre, aqui, é *mais* do que a ação que protegeria as sucessivas prestações, ao longo do tempo: a ordem jurídica passa a desconsiderar o *ajuste* que as faria nascer, e, nesse sentido, *é o próprio direito* que morre.

¹⁶ Note-se que o trabalho é pago não só com o salário-base, mas com várias outras verbas - como o 13º salário, o FGTS e os adicionais, só para citar alguns exemplos.

¹⁷ *A Prescrição no Processo do Trabalho*, Del Rey, Belo Horizonte, 1983, *passim*.

¹⁸ No mesmo sentido, *Antônio Álvares da Silva (Prescrição Trabalhista na Nova Constituição*, Aide, Belo Horizonte, 1990, p. 153).

Note-se que não havia diferença quanto ao *dies a quo* para o ajuizamento da ação. Tanto no caso do urbano, como no caso do rurícola, o direito de ação existia - em termos formais - a partir do momento em que o trabalhador tinha ciência do prejuízo. A diferença é que, para o rurícola, o contrato impedia o fluir do prazo prescricional. Para ele, portanto, o marco inicial da ação só coincidia com o da prescrição quando se tratava de verba rescisória.

6. A FALSIDADE DOS ARGUMENTOS

Como vimos, a nova emenda equipara as situações do rurícola e do urbano. Ao mesmo tempo, revoga o art. 233, da CF, que previa a comprovação quinquenal dos pagamentos feitos ao rurícola, com a conseqüente liberação do empregador.

Na justificativa da PEC que originou a emenda, alega-se que os empregadores se sentiam “inseguros” a respeito de direitos “eventualmente remanescentes num contrato de 20 anos, por exemplo”. Fala-se também em “privilégio” e conclui-se que a proteção que se dava era apenas aparente, pois acaba incentivando o desemprego.

Mas os argumentos são falsos. De um lado, porque, como lembramos, a própria Constituição, no art. 233, permitia a liberação do empregador adimplente. Assim, quem cumpria as suas obrigações nada tinha a temer¹⁹. Por outro lado, não faz sentido precarizar a relação de emprego a pretexto de combater o desemprego: é como abrir leitos nos hospitais matando os doentes...

É verdade que o pequeno produtor rural também sofre os efeitos da crise, e tende a ser *engolido*, cada vez mais, pelas grandes corporações. Mas a solução para o seu problema não está na institucionalização (disfarçada) do enriquecimento sem causa, e sim na adoção de políticas econômicas que o apoiem.

Com a nova emenda, estende-se ao campo a farsa que já havia nas cidades: enquanto o trabalhador está empregado, tem direitos, mas não os pode defender; se por acaso perde o emprego, só pode recuperar os prejuízos dos últimos cinco anos. Assim, os direitos fundamentais que a Constituição lhe assegura recebem tratamento menor do que os menos importantes dos direitos civis. São, na verdade, meios-direitos, direitos mancos, amputados: exemplo vivo de como as proclamações solenes servem, muitas vezes, para mascarar a realidade.

7. DIREITO INTERTEMPORAL

Embora o inciso XXIX, do art. 7º, não diga que o prazo prescricional corre a partir da violação do direito, a emenda praticamente enterrou a tese defendida por Aroldo Plínio Gonçalves. Assim, vamos pôr os pés no chão e partir da premissa de que pode haver prescrição... sem direito (real) de ação. Ou seja: às vezes, a Justiça é mesmo cega, e passa a golpear as pessoas que deveria proteger.

¹⁹ A propósito deste detalhe e para outros enfoques sobre o tema, v. o artigo *Prescrição: uma crítica à proposta de unificação dos prazos prescricionais do direito de ação dos trabalhadores rurais e urbanos*, VIDOTTI, Tarcio J. de, e GONÇALVES, Bento J. In *Suplemento Trabalhista LTr*, ano 35, 128/99, pp. 675-679.

Naturalmente, a lei nova tem aplicação imediata. Mas o que significaria isso, realmente? Vamos imaginar que um lavrador, há dez anos numa fazenda, nunca tenha recebido os 13^º salários. Pela lei antiga, podia reclamá-los todos, com êxito. Mas e com a emenda? Se ingressar hoje em juízo, só receberá *os últimos cinco*?

Há quatro possibilidades de interpretação.

1) A primeira entende que os direitos situados *para além* dos cinco anos estão desprotegidos. Assim, a lei nova se abstrairia por completo da antiga, como se esta inexistisse.

Como se vê, essa corrente não se limita a adotar a ficção (*científica?*) do próprio legislador, de que o empregado (enquanto tal) tem acesso à Justiça. Dá um passo além, e cobra dele um comportamento passado: em última análise, pune-o por não ter agido numa época em que *podia* não agir, sem maiores conseqüências.

Maior incoerência, *data venia*, é difícil. Se a prescrição, como tanto se alardeia, tem o propósito de garantir segurança, como poderia semear tamanha insegurança? Na verdade, a se entender assim, a lei nova não teria efeito *imediato*, mas *retroativo*.

Dizem alguns - e é verdade - que a Constituição não é obrigada a respeitar direitos adquiridos. Mas a Constituição não se reduz a um artigo, ou a meia dúzia de artigos: é um *sistema*, e é especialmente um corpo de princípios, dentre os quais os que pregam a dignidade humana e a valorização do trabalho. E se é harmônica, deve ser interpretada com harmonia.

2) A segunda possibilidade é a de entendermos que a nova regra incide apenas nas ações propostas após a edição da emenda. Mas também ela pega de surpresa milhares ou milhões de trabalhadores rurais, ceifando direitos, como uma foice. Como a primeira, age no presente, mas é como se cobrasse comportamentos passados. Além disso, abstrai-se do fato de que, se a prescrição "toca" o processo, é matéria que também se liga ao direito material.

3) A terceira possibilidade de interpretação é diametralmente oposta às duas primeiras. Ela defende a idéia de que a nova regra só se aplica às violações de direito *subseqüentes*. É a tese que melhor se adapta à realidade dos fatos, corrigindo um pouco a absurda distorção da lei.

Como fundamentá-la?

Ensina Câmara Leal que o momento inicial do prazo prescricional se regula pela lei da *época* e não pela lei nova.

Pergunta-se: *época de quê?*

A nosso ver, *da lesão do direito*. É essa lesão que justifica a ação, é ela que indica o interesse de agir e é também ela que faz desencadear o prazo prescricional. Logo, é ela o centro gravitacional do instituto.

Direito, lesão e prescrição se interligam. Se a lesão do direito aconteceu *antes*, a resposta do Estado deve ser também *a de antes*. Assim, não pode a lei nova se abstrair do que a lei velha dizia no tempo em que o direito foi violado.

Voltando ao exemplo: se o trabalhador nunca recebeu 13^º salários, poderia reclamá-los *todos*, com sucesso, até dois anos após a extinção do contrato, pois na

época em que sofreu as repetidas lesões a regra lhe permitia fazê-lo. Só para as lesões de direito ocorridas *após* a edição da nova Emenda é que a nova regra deve operar.

Como dizíamos, essa é a interpretação que melhor se ajusta ao Direito do Trabalho, que lida com uma lógica inversa à do crédito civil - a construção do *devedor* sobre o credor - e tutela créditos de natureza alimentar, que afetam a sobrevivência do trabalhador e de sua família.

É bom lembrar, a propósito, que - mesmo sendo efetivamente livre para propor ou não a ação - o credor civil tem prazos prescricionais muito maiores, em regra, que os trabalhistas... Os relativos a direitos patrimoniais, por exemplo, prescrevem em 20 anos²⁰!

4) Por fim, a quarta possibilidade de interpretação nos diz que é o novo prazo que flui, mas *a partir da vigência da nova norma*.

É a posição de Batalha, citando Roubier: "... a lei que adianta o ponto de partida do prazo deve ser tratada [...] como uma lei que reduz o prazo: o prazo legal correrá a partir do dia da entrada em vigor da lei nova...²¹".

Entenda-se: o que os dois autores estão dizendo é que, para as antigas violações de direitos, o novo prazo se conta *não a partir delas*, mas a partir *da própria lei*. Ou seja: o início de vigência da nova lei é que marcaria o ponto de partida.

No mesmo sentido, Pontes de Miranda, ao analisar hipótese análoga:

"A lei nova não pode ter o efeito de considerar interruptivo da prescrição fato que, ao tempo em que ocorreu, não era, nem considerar não interruptivo um fato que, ao tempo em que ocorreu, era interruptivo [...] Mas, ainda aí, é preciso atender-se a que toda lei é dominante *no seu tempo*, de modo que fato passado pode ser causa de interrupção a qualquer momento *a partir da lei nova*. O que não lhe é dado é estabelecer efeitos *no passado*, porque não lhe é dado fazer o fato ocorrido *ter entrado* no mundo jurídico [...] Se a lei nova suprime causa que a lei antiga conhecia, a prescrição recomeçará a correr, sem que se conte no prazo da prescrição o tempo que correu²²".

Com tamanho suporte doutrinário, é provável que essa tese se torne vencedora. Aliás, não há como criticá-la, em termos lógicos. O problema é que foi cunhada para o *direito civil*, ou mais precisamente para a *prescrição civil*, que - como dizíamos - tem muito pouco a ver com a prescrição trabalhista. Assim, considera uma outra realidade, parte de outras premissas e gera conseqüências muito menores.

²⁰ A observação, muito oportuna, foi-nos feita pelo colega Márcio Flávio Salem Vidigal, da 3ª Região.

²¹ BATALHA, Campos. *Direito Intertemporal*, Forense, Rio, 1980, p. 251.

²² Citado por BATALHA, Campos. *Op. cit.*, p. 254.

De todo modo, a se adotá-la, surge a dúvida: se a prescrição, para as lesões passadas, corre *a partir da lei nova*, ela incidirá ano a ano, ou *em bloco*?

Tomemos o mesmo exemplo acima. Se o empregado rural não recebe 13º salários desde 1990, o que acontecerá *um ano* após a entrada em vigor da nova lei? Ele perderá o de 1990? E em seguida, a cada ano, perderá mais um²³?

Não nos parece lógica essa saída. O mais sensato será considerar os 13º salários *em bloco*, como se se tratassem de um único e mesmo direito; assim, o empregado os perderia também em bloco, se não os reclamasse dentro de cinco anos.

Em outras palavras: para esses casos de transição, *se ainda vigente* o contrato, aplicar-se-á a mesma lógica antes usada para o contrato *já rompido*. Ou seja: o empregado passa a ter um prazo fatal para reclamar *todos* os seus créditos anteriores. A diferença é que esse prazo não será de dois, mas de cinco anos.

Pergunta-se: e o que acontecerá se o contrato já tiver sido rompido?

Se o empregado não tiver ingressado em juízo nos dois anos subseqüentes, terá havido prescrição total - tal como acontecia antes. A regra, no particular, não mudou.

Se o prazo de dois anos estiver em curso, nada muda também. Ou seja: ele poderá reclamar, com êxito, o pagamento de todas as verbas passadas.

Mas há outro ponto importante.

Seja qual for a corrente que se adote, é preciso que evitemos outra ficção - a de que todos conhecem a lei. Para os nossos camponeses, saber o que seja "prescrição" já é difícil - que dirá saber que a prescrição mudou... Ainda que, na prática, talvez não faça grande diferença, é preciso que todos sejam efetivamente informados de que, agora, os seus direitos podem morrer, e de forma tão fulminante quanto picada de cobra²⁴.

8. A SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL

8.1. Campo de abrangência

É claro que o problema da prescrição seria bem menor numa economia de pleno emprego e salários melhores (que fariam aumentar também o valor das indenizações). Mas o que o operador do direito pode fazer, numa economia toda ao contrário?

Há pelo menos *três* caminhos, em tese.

1) O primeiro, e mais óbvio, seria tentar inverter o processo, através de nova emenda que impedisse a prescrição na vigência de qualquer contrato de trabalho. Naturalmente, essa solução bate de frente com o atual contexto político e econômico, e por isso só teria alguma chance a longo prazo.

²³ Falamos em "perda" para simplificar a exposição, já que a prescrição, como se diz, não atinge o direito, mas a ação. Aliás, na prática, trata-se mesmo de "perda" de um direito.

²⁴ Idem, quanto à "morte" do direito.

2) O segundo caminho seria proteger o emprego, impedindo-se *realmente* as despedidas arbitrárias. Mas - pela mesma razão - trata-se também de uma utopia, como o prova a denúncia da Convenção 158, da OIT.

3) A terceira opção, mais viável, exige apenas uma releitura do instituto da substituição processual, sob a ótica trabalhista.

Com efeito.

Até hoje, tem-se repetido sempre que a substituição processual é por natureza *anômala* - não só no sentido de que foge à normalidade, como no de que as suas hipóteses devem estar previstas em lei, de forma expressa.

A razão é simples. Se o processo tenta resolver uma situação de conflito, é natural que os sujeitos desse conflito sejam também os sujeitos da relação processual. Afinal, vivemos numa democracia, e o mínimo que se espera de cada homem é que ele defenda, por si mesmo, os seus direitos.

Essa corrente atravessou décadas sem sofrer contestações. No campo trabalhista, porém, sentiu um forte abalo quando a CF/88, em seu art. 8º, inc. III, assegurou ao sindicato:

“... a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

De fato, muitos passaram a entender que a norma transformava em *ordinária* a legitimação que era antes *extraordinária*.

Mas a chama de luz foi fugaz. Depois de alguns embates doutrinários, prevaleceu a idéia de que a norma constitucional nada trouxera de novo. Simplesmente repetia o velho art. 513, “a”, da CLT, segundo o qual cabe ao sindicato:

“representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias, os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou os interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida.”

Como se sabe, essa linha de interpretação acabou convencendo o C. TST, cujo Enunciado n. 310, em seu item I, declara:

“O art. 8º, III, da Constituição da República, não assegura a substituição processual pelo sindicato.”

Em outras palavras, isso significa que só caberia substituição processual nos casos de adicionais de insalubridade e periculosidade (art. 195, § 2º, da CLT), falta ou irregularidade de depósitos do FGTS (art. 25, da Lei n. 8.036), nas ações de cumprimento e nos antigos reajustes salariais determinados por lei. Mesmo a hipótese de descumprimento de convenção coletiva ficaria de fora - como diz outro Enunciado, o de n. 286.

Pois bem: seria esta a interpretação mais exata?

Como já escrevemos em outras paragens, raras vezes tem a norma apenas um sentido *correto*, a ser “descoberto” pelo operador do direito. Em princípio, vários caminhos são possíveis... É que, ao contrário do que possa parecer, a norma jurídica “não é o *pressuposto*, mas o *resultado* do processo interpretativo”. Tal como acontece na elaboração da lei, “a interpretação incorpora uma dimensão volitiva²⁵”.

O que pode haver é uma interpretação mais humana, mais próxima à realidade, mais comprometida com a igualdade social. Numa palavra, mais *transformadora*, como têm enfatizado os juizes do trabalho, em sucessivos congressos. E isso significa, no caso presente, tomar direção *contrária* à do entendimento dominante.

A propósito, já dizia o grande Délio Maranhão que ao *particularismo* do Direito do Trabalho corresponde o *particularismo* do seu Direito Processual. Um se relaciona com o outro. Um *exige* o outro.

Ora: não devemos confundir a substituição processual *civil* com a *trabalhista*. A primeira só se limita a algumas hipóteses específicas, porque só nelas o credor vê dificultado, de algum modo, o seu acesso à Justiça. É o que acontece, por exemplo, na gestão de negócios, ou quando os parentes querem anular casamento de menor²⁶. Na generalidade dos casos, e refletindo o espírito do próprio direito que instrumentaliza, o processo civil supõe homens livres e iguais, senhores de seu destino.

Já a substituição processual trabalhista parte de outra lógica, de outra realidade. Opera numa esfera em que as partes são tragicamente desiguais, tão desiguais que uma delas não pode sequer acionar a outra na pendência do vínculo que as une. E essa situação atinge a *toda* a classe trabalhadora: não é exceção, mas regra geral.

Assim, no plano trabalhista, a substituição processual não vem apenas *facilitar*, mas *viabilizar* o acesso real à Justiça. E só deve ser vista como *anômala* no sentido de que o autor da ação não corresponde ao sujeito da relação de direito material. Assim, tal como a prescrição, é quase um *outro* instituto; do direito comum guarda apenas alguns traços formais.

Seu objetivo básico - desde sempre, mas sobretudo hoje - é o de permitir a defesa *real* dos direitos trabalhistas, tão enfatizados pela Constituição e tão violados, impunemente, a cada dia. Vem na mesma linha do mandado de segurança coletivo, da ação civil pública e do mandado de injunção - também este, aliás, virtualmente *implodido* pelos tribunais.

Mas a substituição processual trabalhista tem outro sinal peculiar. Ela não protege direitos fragmentados, restritos ao pequeno universo de cada um, como são (em geral) os direitos civis, mas interesses *transindividuais*. E essa é uma razão a mais para que a tratemos de forma diferente.

²⁵ *O novo rito...*, cit., p. 141. O texto transcrito contém citações de Perez Nuño.

²⁶ Pode acontecer, também, que o substituto tenha interesse próprio na causa, como ensina Pallares: “*la sustitución activa descansa en un principio que se expresa con el proloquio latino, deudor deudoris est deudor meus: el deudor de mi deudor es mi deudor*” (*Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Porrúa, Mexico, 1956, p. 633).

Pergunta-se: e qual seria a importância prática de se adotar essa tese ampliativa?

Como dizíamos, o empregado que procura a Justiça no curso do contrato pode até ganhar a causa, mas perde fatalmente o emprego. Com o sindicato, naturalmente, isso não acontece... Por isso, se lhe for reconhecida a possibilidade de defender em nome próprio os direitos dos trabalhadores, nada o impedirá de fazê-lo. E as normas trabalhistas se tornarão muito mais efetivas.

Note-se que tanto o STJ como o próprio STF parecem adotar essa corrente²⁷. E, recentemente, um dos integrantes do próprio TST, o Min. Ronaldo Lopes Leal, defendeu a revisão do Enunciado 310, argumentando, em síntese, que:

1. O art. 8º, inc. III, da CF outorga ao sindicato a defesa de direitos individuais homogêneos, ou seja, de origem comum;
2. Em consequência, a ação correspondente é a civil coletiva, regulada pela Lei n. 8.078/90;
3. Aplicam-se à matéria as normas procedimentais previstas no Código de Defesa do Consumidor²⁸.

8.2. Substituição e renúncia

Outro problema, igualmente importante, diz respeito à (in)disponibilidade da ação, por parte do substituído.

É que, segundo aquele mesmo Enunciado, o trabalhador tem a faculdade de:

“VI - [...] acordar, transigir e renunciar, independentemente de autorização ou anuência do substituto²⁹”.

Com isso, a emenda pode sair pior que o soneto: o sindicato ajuíza a ação e o trabalhador se despoja para sempre de seu direito... Não é à-toa que muitos sindicatos que antes ingressavam em juízo como substitutos já não o fazem mais.

E não é só. O Enunciado exige a identificação de cada substituído, mais uma vez o tratando como se ele fosse parte na ação:

²⁷ Como se vê, por ex., no MI 3475/400, de maio/93, Rel. Min. Néri da Silveira.

²⁸ O autor desce a detalhes interessantes que merecem leitura. Para tanto, cf. LEAL, Ronaldo L. A substituição processual do artigo 8º, III, da Constituição Federal - aplicação ao processo do trabalho das normas de procedimento das Leis n. 7.347/85 e 8.079/90 (*Código de Defesa do Consumidor*), in *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, ano 66, n. 1, Síntese, Porto Alegre, 2000, pp. 15-19.

²⁹ O Enunciado n. 255 /TST acrescenta a essas hipóteses a desistência.

“V - Em qualquer ação proposta pelo sindicato como substituto processual, todos os substituídos serão individualizados na petição inicial e, para o início da execução, devidamente identificados pelo número da Carteira de Trabalho e Previdência Social ou de qualquer documento de identidade³⁰.”

Ou seja: abrem-se as portas para todo tipo de retaliações. Basta que saiba da ação para que, já no dia seguinte, o empregador corra uma lista na empresa, recolhendo desistências, transações e até renúncias...

Ora: um dos princípios mais marcantes do Direito do Trabalho é o da irrenunciabilidade de direitos. Outro, igualmente importante, é o da primazia da realidade. Como será possível compatibilizá-los com o Enunciado?

De mais a mais, se os interesses são *transindividuais*, não faz sentido permitir que o indivíduo os negue, minando a força do grupo. Tome-se como exemplo o salário: se o empregador o reduz, e alguns empregados se calam, a reação dos outros fica mais difícil. A efetividade dos direitos de todos depende, em grande parte, da luta de cada um.

Assim, também nesse ponto se impõe uma nova leitura do instituto.

³⁰ O Enunciado também desestimula a ação do sindicato, ao dispor que: “VIII - Quando o sindicato for o autor da ação na condição de substituto processual, não serão devidos honorários advocatícios.”