

Da razão prescricional na transposição de regime de trabalho

CARLOS ROBERTO PELLEGRINO

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Da transposição de regime de trabalho. 3. Transmutação do vínculo laboral. 4. Do termo da prescrição.

1. Introdução

Não sendo fim em si mesmo, a prescrição é meio para se atingir a estabilidade das relações jurídicas em virtude do decurso do tempo.

Este instituto, como salienta o lúcido Antônio Alvares da Silva (*Prescrição Trabalhista na Nova Constituição*, Ed. Aide, Rio, 1990), traz no seu conteúdo a contradição axiológica, porquanto, na variedade, pode-se atingir a unidade. É assim é porque

“A perda do direito, na prescrição extintiva, e a aquisição, na prescrição aquisitiva, ambas importando no desfalque de direitos de um titular pelo simples decurso do tempo, são acolhidas pelos ordenamentos jurídicos em nome da estabilidade das relações jurídicas, valor que preponderou sobre a manutenção do direito ao titular inerte por tempo indefinido” (op. cit., p. 103).

É relevante o ensinamento de Alfredo Buzaid no que concerne à evidenciação do que poderíamos chamar de *substrato filosófico da prescrição*.

“O fundamento da prescrição não é um castigo imposto ao titular do direito pela sua incúria, e sim a necessidade social de fazer cessar a incerteza dos direitos, consolidando pelo mero decurso do tempo e reconhecendo caráter jurídico a um estado de fato inicialmente contrário ao direito. A prescrição opera assim

Carlos Roberto Pellegrino é “Docteur d’Etat”, pela França, Professor Titular da UnB e Advogado em Brasília.

uma mudança de um estado de fato inicialmente contrário ao direito em um estado jurídico, subsistente e consolidado, não mais impugnável. Na prescrição, porém, não há antinomia entre o conceito puro de justiça e a idéia de segurança do direito. Muitas vezes, não sendo possível estabelecer o que é justo, deve ao menos ser possível fixar o que ficará sendo o direito. A positividade do direito vem a ser assim, ela própria, um pressuposto de sua certeza. Por isso a paz e a segurança são os primeiros benefícios que o direito deve proporcionar-nos. Ora, a segurança social exige que se consolidem, com o decurso do tempo, fatos contrários ao direito. Destruí-los seria lançar a perturbação na vida social, ou já tem neles elementos de vida, de que se não pode despojar sem dilaceração". (*A Ação Declaratória no Direito Brasileiro*, 2ª ed., Saraiva, São Paulo, 1986, p. 274).

A prescrição constitui-se, portanto visto, num instrumento de acomodação social, e cuja regulamentação, nos vários ramos do Direito positivo, importa em definições seguras de política jurídica em estreita relação com o conteúdo de cada uma dessas disciplinas.

No que respeita ao domínio específico do Direito do Trabalho a atenção que se empresta ao instituto da prescrição aflora com ainda maior intensidade, porque da relação jurídica laboral resulta, para muitos, questão da própria subsistência. Havemos também de considerar o fato de que, em razão do afloramento de conflitos de interesses de natureza política, os mais diversos e de características as mais complexas, faz com que o argumento da estabilidade e certeza das relações jurídicas sofra abalos quando comparado com o direito do empregado a receber o salário.

Sem embargo da razão primeira do instituto da prescrição ser, como salientado por Buzaid, a estabilidade das relações sociais, a questão moral com relação a esse instituto assume proporções drásticas, tendo-se em vista a sua natureza alimentar e o locupletamento do empregador através do único bem que o empregado dispõe, ou seja, a sua própria força de trabalho. Admitir que sem restrições incida a prescrição sobre o único meio que o empregado tem para sobreviver é o mesmo que condená-lo a privações de ordem existencial. Sempre com razão, Antônio Alvares da Silva, tomando essa hipótese, ainda que extremada, mostra-se

de certo modo pessimista. A seu juízo "torna-se desta forma difícil crer na promessa constitucional de fundamentar nos 'valores sociais do trabalho' a República Federativa do Brasil" (op. cit., p. 104).

Não há dúvida que, por outro lado, a insegurança e a indeterminação de relações jurídicas podem causar profundos transtornos na vida empresarial, bloqueando a livre iniciativa, que também é preceito constitucional.

A sobrecarga do Judiciário, o problema da dificuldade de provas em relação a fatos distantes, os abusos e má-fé que daqui poderiam surgir levam à compreensão da necessidade de um ponto de equilíbrio que se interponha entre a imprescritibilidade absoluta e a prescritibilidade a certo prazo, como é a orientação do direito moderno dada a mobilidade e a constante transformação das normas estabelecidas por esta via.

2. Da transposição de regime de trabalho

A indagação tópica com a qual agora temos de nos ocupar, mas sempre na perspectiva da incidência da prescrição, cuida da análise dos traços característicos que nos levam à convicção sobre a continuidade do vínculo obrigacional, que se mantém entre a administração pública e os seus funcionários que, admitidos ainda sob a égide do regime celetista, tiveram sua situação funcional transmutada para a condição de estatutários, alcançados, que foram, pela Lei nº 8.112, de 12 de dezembro de 1990.

Na perspectiva de que venham a ser definitivamente entendidos os critérios e as razões importantes sobre a incidência do lapso temporal da prescrição nessa sorte de relação jurídica, importa no exame preliminar dos elementos que estimo pertinentes para a elucidação da matéria.

Com esteio em Enneccerus/Kipp/Wolff, chamamos "relação jurídica" "a una relación de la vida ordenada por el derecho objetivo, y que consiste en una dirección jurídicamente eficaz de una persona hacia otras personas o hacia ciertos objetos (cosas o derechos)" (*Derecho Civil*, Ed. Bosch, Tomo 1 - 1ª, Barcelona, 1947, p. 285).

Comporta ainda lembrar Hans Nawiasky, para quem

"el hecho de expresar la norma jurídica una vinculación del destinatario revela la existencia de una relación entre éste y aquélla, que se puede denominar relación jurídica (Rechtsverhältnis)" - *Teoría General del Derecho*, Ed. Rialp, S.A., Madrid, 1962, p. 215.

Emilio Betti não é menos incisivo ao definir a relação jurídica como “una relación que el Derecho objetivo establece entre persona y persona, al atribuir á una un poder y imponer a la otra un vínculo correlativo”, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, s/d, p.9.

Constituída, portanto, a relação jurídica pela reunião de dois sujeitos, concernidos na disposição conseqüente de direitos e obrigações contrapostos, seus feitos se projetam até que ocorra um outro ato jurídico que o desconstitua. Tudo o quanto houver intermediariamente repercute apenas na característica da conservação ou da modificação do vínculo.

Mas tanto um quanto o outro, ou seja, tanto em havendo a conservação, quanto a modificação, ainda assim a relação jurídica se mantém com força plena, visto que a primeira confirma e a segunda tão-somente altera-lhe o conteúdo, sendo-lhe, no entanto, preservada a existência.

Na consideração de ordem prática, esse esquema tem a ver com o empregado (relação celetista) que passou a funcionário público (relação estatutária), na medida em que, se houve desconstituição da relação de trabalho, o desaparecimento do vínculo que existia provoca, *ipso facto*, o desaparecimento de toda responsabilidade obrigacional até então existente.

3. Transmutação do vínculo laboral

Não foi isso que ocorreu, quando do advento da Lei nº 8.112/90, com relação aos “empregados” até então regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. Muito ao contrário; “respeitou-se o tempo de serviço, o direito ao gozo de férias, a posição funcional, com a respectiva remuneração diferenciada”.

Parece-nos de bom alvitre a seguinte precisão de ordem hermenêutica: a consignação pela lei da expressão extinção do contrato não basta, por si só, para comportar qualquer enleamento conseqüente, entre o peso vocabular e a realidade técnico-jurídica desse modo de extinção do vínculo laboral. E é precisamente sobre essa distonia que trataremos.

Em manifestação de voto, no Resp. nº 33.700-1-CE (93.0009022-4- Ac. 6ª T., 28.6.93, o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, do Eg. Superior Tribunal de Justiça, externou com argúcia:

“*Data venia*, não comungo do entendimento de a Lei nº 8.112/90 haver operado despedida sem justa causa. Este instituto desconstitui a relação jurídica.”

E prossegue o insigne magistrado, dos mais doutos publicistas:

“O referido diploma legal evidencia que isso não aconteceu. Ao contrário, todos os direitos do então empregado foram projetados no novo status. Tanto assim, respeitado o tempo de serviço, o direito ao gozo de férias, a posição funcional, com a respectiva remuneração diferenciada.

Ocorreu, isso sim, modificação da relação jurídica. Conservaram-se sujeito ativo e sujeito passivo. O ato (contrato de trabalho) aceito como fato estatutariamente relevante.

A única alteração foi esta: o vínculo passou (atenção, não começou) de celetista a estatutário. Os direitos da primeira fase, diga-se assim, foram transpostos para a segunda.”

Ainda em outras oportunidades aquela Corte Superior, sem discrepância de entendimento, julgou no mesmo sentido, como indicam as ementas:

PROCESSUAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO CONVERSÃO DO REGIMENTO CELETISTA PARA O ESTATUTÁRIO. LIBERAÇÃO DAS QUANTIAS VINCULADAS AO FGTS. IMPOSSIBILIDADE, POR CONSTITUIR MOTIVAÇÃO DIVERSA DAQUELA DEFINIDA EM LEI. A CONVERSÃO DO REGIME JURÍDICO DO SERVIDOR PÚBLICO DE CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO, POR NÃO RESULTAR EM RESCISÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO, E NEM SE EQUIPARAR A DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA, NÃO VINCULADAS AO FGTS.

A LEI DE REGÊNCIA (LEI Nº 8.036, DE 11 DE MAIO DE 1990) ENUNCIA, DE FORMA PRECISA E TAXATIVA, OS CASOS EM QUE ESSAS QUANTIAS PODEM SER MOVIMENTADAS PELO EMPREGADO, E, DENTRE ESTES, NÃO INCLUI AQUELE PERTINENTE À TRANSFORMAÇÃO DO REGIME JURÍDICO. O SAQUE DO SALDO DA CONTA VINCULADA AO FGTS É EXPRESSAMENTE VEDADO, POR LEI, SOB PRETEXTO DA CONVERSÃO DO REGIME JURÍDICO (LEI Nº 8.162/91, ARTIGO 6º, § 1º) A MUDANÇA DO REGIME, NO SISTEMA JURÍDICO VIGENTE, NÃO SE

EQUIPARA, POR NÃO TER QUALQUER ASPECTO DE IDENTIDADE, À DESPEDIDA SEM "JUSTA CAUSA", POIS, DESTA, DECORRE A CESSAÇÃO DEFINITIVA DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO (COM A SUSPENSÃO DE PAGAMENTO DE SALÁRIOS E INTERRUÇÃO DAS OBRIGAÇÕES RECÍPROCAS ENTRE EMPREGADO E EMPREGADOR), DIFERENTEMENTE DAQUELA (CONVERSÃO DO REGIME) EM QUE NÃO HÁ QUEBRA DO VÍNCULO ENTRE A ADMINISTRAÇÃO E O SERVIDOR, SUBSTITUINDO OS DEVERES RECÍPROCOS, INCLUSIVE OS DA ASSIDUIDADE, SUBORDINAÇÃO E REMUNERAÇÃO.

INEXISTINDO LEI PREEEXISTENTE QUE ATRIBUÍSSE DIREITO AOS CELETISTAS, COM A SIMPLES ALTERAÇÃO DE SUA SITUAÇÃO FUNCIONAL, DE EFETUAR O SAQUE DA CONTA DO FGTS, INOCORRE, NA HIPÓTESE, DIREITO ADQUIRIDO. EMBARGOS RECEBIDOS. DECISÃO POR MAIORIA DE VOTOS".

(ERESP Nº 963/93-CE, DJ 16.5.94, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO).

ADMINISTRATIVO. MUDANÇA DE REGIME JURÍDICO. CELETISTA PARA O ESTATUTÁRIO. MOVIMENTAÇÃO DO FGTS. PARÁGRAFO 1º DO ART. 6º DA LEI Nº 8.162/91. LEI Nº 8.036/90, ART. 20, I - CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTE DO STF.

I - NÃO É INCONSTITUCIONAL O PARÁGRAFO 1º DO ART. 6º DA LEI Nº 8.162/91, QUE VEDA O SAQUE DO FGTS NO CASO DE MUDANÇA DE REGIME JURÍDICO CELETISTA PARA O ESTATUTÁRIO. A CONVERSÃO DOS REGIMES NÃO É FORMA DE EXTINÇÃO DA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA E NÃO PERMITE, EM DECORRÊNCIA, A MOVIMENTAÇÃO DOS SALDOS DO FGTS.

II - RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA PROVIDO. (ROMS Nº 2245/92-CE, 6ª T., Ministro ADHEMAR MACIEL).

Das vozes mais eminentes dentre os juristas pátrios não se ouve opinião diversa. Usando da franqueza por vezes cáustica que se permite àqueles que sabem, o douto Celso Antônio Bandeira

de Mello comenta o ocorrido na composição da política respeitante aos "servidores públicos civis", na esfera federal, em decorrência da Lei nº 8.112, de 11.12.90. Diz o mestre que:

"Por força dela, de um só golpe e *inconstitucionalmente* (a seu juízo) desapareceram os empregados (isto é, contratados pela CLT) da União, de suas autarquias e fundações públicas (bem como os estatutários destas últimas) sendo todos, indiscriminadamente - sem se fazer acepção de concursados e não concursados publicamente, estáveis e não estáveis - *convertidos* no equivalente de funcionário público e colocados sob um regime jurídico único, já agora sob uma nova e equívoca designação: 'servidores', simplesmente." (destaquei no texto) - (*Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta*, Ed. RT, 2ª ed., 1993, p. 13).

Quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 613-4-Distrito Federal, manifestou-se o professor e Ministro do Eg. Supremo Tribunal Federal, Francisco Rezek, nesses termos:

"Vejo um desarrazoado formalismo na tese de que a conversão de regime importa, de todo modo, uma 'resolução contratual', pelo que mal poderia distinguir-se de despedida do trabalhador pela empresa que não mais o deseja, ou por aquela que fecha as portas, lançando seus quadros no desemprego coletivo.

Com todas as vênias, penso que se agride a transparente natureza das coisas quando não se quer ver que a conversão do regime celetista para o estatutário não apenas preservou como fortaleceu - por razões tão óbvias que não valeria aqui lembrá-las - o vínculo entre a administração pública e seus até então chamados "empregados", em tudo se distinguindo - ou mais que isso, significando o exato avesso - daquela situação de abatimento moral e angústia financeira que o legislador pretendeu mitigar autorizando o levantamento do fundo de garantia. O que mudou, em 12 de dezembro de 1990, foi tão-somente a forma jurídica, com todas as vantagens para o servidor público outrora celetista, hoje estatutário."

Parece-nos, destarte, incomportáveis quaisquer outros comentários, ainda que

periféricos, sobre a natureza meramente “transitória” (no sentido de *trânsito, passagem*) de celetista a estatutário, resultante da vontade legal contida no mencionado diploma legal.

Apenas na força da argumentação, caso assim não tivesse sido e a União, além de liberar as contas do FGTS, haveria de ser chamada a suportar com o ônus decorrente das despedidas imotivadas, tudo como preconizado pelo art. 477, bem como os seus conseqüentários.

Assegurando-lhes, como fez, por via de conseqüência, o universo dos direitos trabalhistas, repercutiu também, por óbvio, aos “trabalhadores”, hoje “funcionários” (variante denominativa despida de real sentido – ou não seriam os funcionários públicos trabalhadores como todos aqueles que têm sua relação laboral regulada por norma especial), a aplicabilidade do lapso prescricional nos exatos termos do art. 7º, inciso XXIX, da Carta da República, que fez imprimir radical alteração no artigo 11 da CLT, a ponto de, por incompatível, revogar-lhe.

Admitida a hipótese da pura e simples “transposição” do regime celetista para o estatutário, com o rompimento do vínculo jurídico da relação laboral, por certo haveriam de ter sido prestadas as indenizações previstas na lei, visto estar, na circunstância, caracterizada a rescisão unilateral do contrato de trabalho. Os empregados não deram motivo para despedimento, também não lhes foi dado optar pela nova condição de “funcionário público estatutário”. O fato de os trabalhadores terem dormido a noite de 11 para 12 de dezembro de 1990 na condição jurídico-profissional de “empregado” celetista, e despertado no dia seguinte, transmudados em “servidor estatutário” não lhes exigiu qualquer manifestação. Tal metamorfoseamento jurídico aconteceu exclusivamente pela sorte da “magia administrativa”, e para a qual não lhes foi requerido o concurso.

De acordo com Mozart Victor Russomano (*Curso de Direito do Trabalho*, 4ª ed., Juruá, 1993) são seis as possibilidades de extinção do contrato de trabalho: a) mútuo consentimento, b) morte do trabalhador, c) morte do empregador, desde que esteja constituído em empresa individual, d) motivo de força maior (considerado como evento irresistível, para o qual o empregador não tenha concorrido (*sic*) nem direta, nem indiretamente – e que, sendo imprevisível, afete ou seja suscetível de afetar, profundamente, a estrutura econômica da empresa), e) em virtude de sentença do

juiz, f) aposentadoria do trabalhador, g) rescisão unilateral do contrato, por ato praticado pelo trabalhador ou pelo empregador – por justa causa, nas circunstâncias previstas no artigo 482, da CLT, ou sem motivo justificado.

Evidente está que a “transposição” do regime celetista para o estatutário não aconteceu por qualquer desses fatores; de conseqüente, não se há de falar em extinção do contrato. Em face do óbvio, tampouco se pode falar em manutenção do vínculo celetista. De conseqüente o que houve foi a mera transformação unilateral da natureza do vínculo, que singelamente transmudou-se da classe de celetista para a de estatutário.

Como já foi dito, a pensar diversamente, teria então havido despedimento arbitrário ou sem justa causa, o que faz empenhar a responsabilidade patrimonial do empregador pelo dano causado com a rescisão unilateral imotivada da relação empregatícia. “Causa: despedida arbitrária. Conseqüência: dano. Responsabilidade: ressarcimento patrimonial.” – (Cretella Jr. *Comentários à Constituição de 1988*, Forense Universitária, 1989, vol. II, p.908).

4. Do termo da prescrição

Do saudoso jurista Coqueijo Costa, luminar da processualística trabalhista, tem-se a lição primordial dando conta de que a prescrição se instala quando do nascimento da pretensão (*Anspruch*), que, por sua vez manifesta-se quando violado o direito subjetivo. É, pois, o princípio da *actio nata* o caracterizador do termo inicial da prescrição.

Portanto, para o trabalhador urbano, o lapso prescricional flui a partir da data da ciência da lesão do direito, que dá origem à pretensão. Aplicável o termo preconizado pelo art. 11, do diploma consolidado, o *dies a quo* para o fluir do tempo prescricional, haveria de sempre e unicamente de corresponder ao biênio anterior ao ajuizamento da reclamatória, quaisquer que fossem as circunstâncias. Mas, com o advento da Constituição de 1988, quedou diferenciada a hipótese de aplicação e contagem dos prazos prescricionais, a saber:

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

.....
XXIX-ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de:

a) cinco anos para o trabalhador

urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato;

b) até dois anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural ”.

Ora, conquanto, pela inteligência do princípio da irretroatividade das normas, não possa vir a ser ressuscitado direito já consumado pela prescrição prevista em lei anterior (art. 11, da CLT), mesmo tendo acontecido violação de direito trabalhista antes da data da promulgação daquela Lei Maior, mas não vencido o biênio prescricional, para reclamação referente a questão havida ao tempo de celetista, não vejo, à razão dos fundamentos expendidos, como descumprir o mandamento do art. 7^a, inciso XXIX, letra *a*, da Constituição Federal, com juízo diverso.

De ser acrescentado, à guisa de conclusão,

que embora a Carta Maior de 1988, ao entrar em vigor, embora não tenha transformado automaticamente os detentores de empregos públicos na administração direta em servidores públicos, pois a regra insculpida no art. 39, parágrafo 2^o da Constituição, de eficácia contida, condicionou essa transformação à implantação de um regime jurídico único, quanto ao lapso prescricional na extensão prevista no art. 7^a, XXIX, *a*, passou a ser aplicável ao reclamante até o advento da Lei n^o 8.112/90, que transformou o seu emprego público em cargo (art. 243, parágrafo 1^o da referida Lei), incidindo a norma excepcionante do art. 39, § 2^o da CF. Com o advento do Regime Jurídico Único, continuou a ser aplicável ao reclamante a prescrição quinquenal, desta feita por força do disposto no art. 110, I, da Lei n^o 8.112/90 e Decreto n^o 20.910/32.