

A SÚMULA 294, DO TST E SUA (IN) COMPATIBILIDADE COM O ARTIGO 7º, INCISO XXIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR

MANOEL PEDRO PINTO CARDOSO¹

ANA PAULA PAVELSKI²

RESUMO:

Este artigo apresenta a análise sobre a Súmula 294, do TST à luz da Constituição de 1988 e do princípio da proteção. Para tanto, discorre sobre o princípio da proteção e as fontes formais do Direito do Trabalho. Ainda, apresenta a distinção entre princípio e norma e expõe o conceito a prescrição. Em sequência aborda-se a prescrição na Constituição Federal, a prescrição parcial e a total no Direito do Trabalho e a prescrição na jurisprudência do TST. Para então, discutir a prescrição total da súmula 294, do TST e sua afronta ao artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal e ao princípio da proteção do trabalhador e, por fim, apresentar as críticas doutrinárias à referida Súmula 294.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho; Prescrição total e parcial; Princípios constitucionais e do Direito do Trabalho.

ABSTRACT:

An analysis of the Precedent 294 of the TST is presented in light of the current Brazilian Constitution and the principle of protection. Therefore this paper approaches to the principle of protection and formal sources of labor law. Moreover, principle and norm are distinguished and the prescription is conceptualized. After that, are addressed the prescription in the Brazilian Constitution, the partial and total prescriptions in the Labor Law and the prescription in jurisprudence of the TST. This paper discusses the full prescribing precedent 294 of the TST and how it affronts the Article 7, XXIX, of the Brazilian Constitution and the principle of protection of the worker. Ultimately, are presented the doctrinal criticism to that Precedent 294.

KEYWORDS: Labor Law, total and partial Prescription; Constitutional principles of labor law.

1 Pós-graduando em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pelo Centro Universitário Curitiba; Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba e advogado; Bacharel em Administração pelas Faculdades Integradas Santa Cruz de Curitiba; Pós-graduado em Administração pela FAE – Business School.

2 Mestra em Direito Empresarial e Cidadania e Especialista em Direito do Trabalho pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA; Professora no Centro Universitário Curitiba e na Faculdade Metropolitana de Curitiba; Advogada, sócia do escritório Zornig & Andrade Advogados Associados.

1 INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho trata da prescrição, previsto no artigo 7º, inciso XXIX da Constituição Brasileira³, no artigo 11 da Consolidação das Leis do Trabalho⁴. Além dessas previsões legais, através da Súmula 294, o Tribunal Superior do Trabalho⁵ criou a figura da prescrição total, em interpretação desfavorável ao trabalhador, restringindo o preceito constitucional e desconsiderando o princípio da proteção.

Este artigo discorrerá sobre a diretriz acerca da prescrição da Súmula 294 do TST, bastante controvertida doutrinariamente, e tema de suma importância nas demandas trabalhistas ao privilegiar o princípio da segurança jurídica ante a efetividade dos direitos dos trabalhadores e, ao ignorar o princípio da proteção, especialmente o da norma mais favorável ao trabalhador. Analisará o teor da Súmula visando responder a seguinte questão: a súmula 294, do TST é (in) compatível com o artigo 7º, inciso XXIX, da Constituição Federal e o princípio da proteção do trabalhador?

Inicialmente se discorrerá sobre o princípio da proteção do trabalhador, a seguir sobre o instituto da prescrição, abordando a prescrição na CF/88 e no Direito do Trabalho e na jurisprudência do TST, para então analisar a prescrição da Súmula 294 do TST, identificando, por fim, a partir de posições doutrinárias, sua afronta à Constituição Federal e ao princípio da proteção, ou seja, a sua (in) constitucionalidade.

2 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Antes de discorrer sobre este princípio necessário se faz a distinção entre princípio e norma, haja vista este artigo centrar-se no antagonismo da Súmula 294 do

3 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.

4 Art. 11 - O direito de ação quanto a créditos resultantes das relações de trabalho prescreve:

I - em cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato;

II - em dois anos, após a extinção do contrato de trabalho, para o trabalhador rural.

5 TST - Súmula 294. PRESCRIÇÃO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. TRABALHADOR URBANO (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 - Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.

TST (como regra jurídica) com o princípio da proteção e com princípios constitucionais.

2.1. PRINCÍPIO E NORMA – DISTINÇÃO

Alice Monteiro de Barros (2009, p. 177) propugna que norma (entendida como o dever-ser) abrange tanto os princípios como as regras, com as seguintes distinções: enquanto as regras prescrevem atos específicos, os princípios atos não-específicos; os princípios não geram direito subjetivo, já as regras geram direitos subjetivos e podem ser aplicadas diretamente; enquanto as regras são concisas, os princípios são de enunciação ampla, assim, abstratos.

Leciona Vólia Bomfim Cassar (2008, p. 165), que princípio é processo mental que conduz o intérprete a se posicionar desta ou daquela maneira. Serve de diretriz e de orientação para que a interpretação seja realizada de uma certa maneira, tendo, assim, função interpretativa. Ressalta que os princípios servem não só de parâmetro para a formação de novas regras jurídicas, mas de orientação para interpretar e aplicar as normas já existentes. Representam a estrutura de um sistema jurídico através de uma idéia central que ilumina e irradia as demais normas e pensamentos acerca da matéria. Explica que os princípios possuem generalidade e abstração superior à das regras, possuindo, assim, maior dimensão. (CASSAR, 2008, p. 165-166; 175)

José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1160-1161) sugere vários critérios para distinguir regras de princípios: grau de abstração - princípios possuem grau de abstração relativamente mais elevado dos que as regras de direito; grau de determinabilidade na aplicação ao caso concreto - os princípios por serem vagos e indeterminados não se prestam a mediações concretizadoras, enquanto as regras possuem aplicação direta; caráter de fundamentalidade - os princípios são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema de fontes; caráter de proximidade da idéia de direito - os princípios são juridicamente vinculantes, radicados na exigência de justiça ou na idéia de direito, já as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional; natureza normogenética - os princípios são fundamentos de outras regras, encontram-se na base de outras regras. Afirma que os princípios por constituírem exigências de otimização permitem balancear valores e interesses, não obedecendo como as regras à lógica do tudo ou nada. Os princípios apresentam

originam problemas de validade e peso (importância, ponderação e valores) enquanto as regras mostram apenas das questões de validade - se não corretas devem ser alteradas (CANOTILHO, 2003, p. 1161).

Robert Alexy registra a diferença entre regras e princípios jurídicos

O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios reside apenas em que os **princípios** são normas ordenadoras de que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são **mandatos de otimização**, caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, e a medida do seu cumprimento não depende apenas das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito dessas possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. As **regras**, ao contrário, só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Por conseguinte, as regras contêm **determinações** no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isto significa que as diferenças entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma ou é uma regra, ou é um princípio (ALEXY, 1993 *apud* Gilmar Mendes Et al, 2008, p.37 - **grifos do autor**).

Afirma Amauri Mascaro Nascimento (2009, p. 111) que “os princípios jurídicos são valores que o Direito reconhece como ideias fundantes do ordenamento jurídico, dos quais as regras jurídicas não devem afastar-se para que possam cumprir adequadamente os seus fins”.

Isto posto discorre-se sobre o princípio da proteção no Direito do Trabalho.

2.2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Visando a alcançar uma verdadeira igualdade substancial entre as partes (empregador e empregado), haja vista o trabalhador ser hipossuficiente em relação ao empregador consagrou-se no Direito do Trabalho o princípio da proteção do trabalhador. Este princípio caracteriza-se pela intensa intervenção estatal nas relações entre empregador e empregado, limitando a autonomia da vontade das partes (CASSAR, 2008, p. 182).

Cabe mencionar Barros (2009, p. 181), para quem o princípio da proteção consubstancia-se na norma e na condição mais favorável, seu fundamento subsume-se à essência do Direito do Trabalho. Tendo o propósito de corrigir desigualdades e criando uma condição de superioridade jurídica em prol do empregado em virtude de sua condição de hipossuficiente. O fundamento deste princípio é a existência de duas

ou mais normas, e, a preferência de aplicação é a da norma mais favorável, independentemente de sua hierarquia.

Américo Plá Rodriguez (1978, p. 28) ensina que este princípio remete ao critério fundamental que orienta o Direito do Trabalho que, ao invés de inspirar-se num propósito de igualdade pretende estabelecer um amparo preferencial a uma das partes: o trabalhador. Enquanto no direito comum há uma constante preocupação em assegurar a igualdade jurídica entre os contratantes, no Direito do Trabalho o objetivo maior é proteger uma das partes visando a alcançar uma igualdade substancial e verdadeira entre as partes. Isto ocorre através do princípio da proteção. Este primado está ligado à própria razão de ser do Direito do Trabalho, o qual surgiu, historicamente, em consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais resultava em diferentes formas de exploração, as mais abusivas e iníquas. Assim, o legislador não mais podendo manter a ficção de igualdade entre empregador e empregado optou por uma compensação dessa desigualdade econômica desfavorável ao trabalhador, via uma proteção jurídica mais favorável (PLÁ RODRIGUEZ, 1978, p. 30).

Sob o mesmo enfoque, Plá Rodriguez (1978, p. 42-43), distingue três formas de aplicação deste princípio:

- a. A regra *in dubio pro operario* - entre vários sentidos possíveis de uma norma o juiz deve utilizar a que seja mais favorável ao trabalhador;
- b. A regra da norma mais favorável - determinando que, caso haja mais de uma norma aplicável, deve-se optar pela mais favorável, mesmo que não corresponda aos critérios clássico de hierarquia da normas;
- c. A regra da condição mais benéfica - pela qual jamais uma norma trabalhista deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava um trabalhador.

No mesmo sentido, Nascimento (2009, p. 57), registra que

O direito protetor, fim para o qual nasceu o direito do trabalho, expressa-se na permanência necessária de suas bases fundantes que encontram suporte na proteção do mais fraco para compensar a sua posição debitória, na prevalência da norma mais favorável como regra de hierarquia entre as normas que integram o ordenamento jurídico, na preservação da condição mais benéfica conquistada pelo trabalhador, que é a defesa jurídica da manutenção de suas

conquistas pára que não sejam reduzidas, no *in dubio pro operário* na interpretação dos casos concretos, na irrenunciabilidade dos direitos pelo seu portador, no combate à discriminação, ao trabalho escravo, à exploração do trabalho infantil, a defesa dos direitos de personalidade (...).

No tocante à regra *in dubio pro operario*, afirma Plá Rodriguez (1978, p. 45)

(...) a regra que estamos examinando, como sua similar do direito penal, pressupõe uma dúvida autêntica, ou seja, que só se deve aplicá-la quando efetivamente uma norma é susceptível de ser interpretada de diversas maneiras, isto é, quando há uma verdadeira dúvida.

Não se trata de corrigir a norma, nem sequer de integrá-la: somente cabe utilizar esta regra quando existe uma norma e unicamente para determinar-lhe o verdadeiro sentido, entre os vários possíveis. De sorte que, quando uma norma não existe, não é possível recorrer a este procedimento para substituir o legislador e muito menos é possível usar esta regra para afastar-se do significado claro da norma. Ou para atribuir-lhe um sentido que de modo nenhum se pode deduzir de seu texto ou de seu contexto.

O princípio da norma mais favorável - é explicitado por Maurício Godinho Delgado (2009, p. 184-185)

(...) O presente princípio dispõe que o operador do Direito do Trabalho deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações ou dimensões distintas: **no instante da elaboração da regra** (princípio orientador da ação legislativa, portanto) ou **no contexto de confronto entre regras concorrentes** (princípio orientador do processo de hierarquização de norma trabalhistas) ou, por fim, **no contexto de interpretação das regras jurídicas** (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista).

(...) Na fase pré-jurídica (isto é, na fase essencialmente política) age como critério de política legislativa, influenciando no processo de construção desse ramo jurídico especializado.

(...) Na fase jurídica (após construída a regra, portanto), o mesmo princípio atua quer como critério de hierarquia de regras jurídicas, quer como princípio de interpretação de tais regras. Como **critério de hierarquia**, permite eleger como regra prevalente, em uma dada situação, aquela que for mais favorável ao trabalhador, observados certos procedimentos objetivos orientadores, evidentemente.

Como **princípio de interpretação** do Direito, permite a escolha da interpretação mais favorável ao trabalhador, caso antepostas ao intérprete uma ou mais consistentes alternativas de interpretação em face de uma regra jurídica enfocada. Ou seja, informa esse princípio que, no processo e aplicação e interpretação do Direito, o operador jurídico, situado perante um quadro de conflito de regras ou de interpretações consistentes a seu respeito, deverá escolher aquela mais favorável ao trabalhador, a que melhor realize o sentido teleológico essencial do Direito do Trabalho. (**grifos do autor**).

Nessa busca da norma mais favorável, no que concerne ao processo de **hierarquização de normas**, não poderá o operador jurídico permitir que o seu uso comprometa o caráter sistemático da ordem jurídica; não se pode acumular preceitos favoráveis ao empregado e criar ordens jurídicas próprias e provisórias em cada caso concreto, como resulta da proposta da teoria da acumulação. A busca da regra mais favorável deve ser buscada enfocando globalmente o conjunto de regras do sistema, discriminando, ao máximo, os preceitos em função da matéria, evitando a perda, ao longo desse processo, do caráter sistemático da ordem jurídica. Quanto ao **processo de interpretação de normas**, não pode o operador jurídico optar superficialmente pela condição mais benéfica ao trabalhador, sem atentar para os critérios científicos da hermenêutica jurídica na busca do sentido das normas examinadas (DELGADO, 2009, p. 185-186 - grifos do autor).

Nascimento (2009, p. 104), ao se referir ao princípio da norma mais favorável, ressalta o aspecto peculiar do direito do trabalho, e que a sua finalidade não é igual à do direito comum. No direito do trabalho o objetivo maior é social, a promoção da melhoria das condições do trabalhador, assim a União, competente para legislar sobre a matéria, permite, salvo exceções que ressalva, que normas e condições mais vantajosas aos trabalhadores, conferindo direitos além do que previu a Constituição, sejam criadas por normas inferiores do ordenamento jurídico.

Pontua Nascimento (2009, p.104) que esse aspecto, influenciou na criação de um princípio próprio do direito do trabalho sobrepujando a hierarquia das normas. É o **princípio da norma mais favorável ao trabalhador** (grifos do autor), segundo o qual, havendo duas ou mais normas sobre a matéria, será aplicada a mais benéfica para o trabalhador. Assim o direito do trabalho não acolhe o sistema clássico, mas sim o princípio da hierarquia dinâmica as normas, o qual consiste na aplicação prioritária de uma norma fundamental que será sempre a mais favorável ao trabalhador, excetuando-se disposições estatais imperativas ou de ordem pública.

Quanto ao princípio da condição mais benéfica - Cassar (2008, p. 184), explica que toda circunstância mais vantajosa em que o empregado se encontrar habitualmente prevalecerá sobre a situação anterior, independentemente da origem: se da lei, do contrato, do regulamento da empresa ou de norma coletiva. Ou seja, todo tratamento

favorável concedido ao trabalhador, tacitamente, de modo habitual não pode ser suprimido, sempre prevalecendo, pois que incorporado ao seu patrimônio, como cláusula contratual ajustada tacitamente. Entretanto se concedido expressamente é desnecessário a habitualidade, eis que trata-se de cláusula contratual acordada entre as partes, devendo o empregador cumprir o pactuado.

Plá Rodriguez (1978, p. 60) explica que esta regra, embora relacionada com as duas anteriores, distingue-se de ambas. Da primeira, *in dúbio pro operario*, por ser mais geral e aparecer na realidade como manifestação da mesma, tendo formulação jurídico-positiva expressa. Da segunda, da norma mais favorável, ao acarretar uma aplicação de norma de favor, conquanto não referida à caracterização geral, mas a uma situação concreta e determinada.

Segundo Barros (2009, p. 182, a condição mais benéfica de destina a proteger situações pessoais mais vantajosas que se incorporaram ao patrimônio do empregado, através do contrato, seja de forma expressa, seja de forma tácita, esta consistindo em fornecimento habituais de vantagens.

Murilo Carvalho Sampaio Oliveira (2009, p. 110, 111) explica que a legislação constitucional e a infraconstitucional trabalhista confirmam a intervenção do Estado nas relações trabalhistas, estabelecendo obrigações e direitos mínimos para tais relações, com atributos de imperatividade e inderrogabilidade. Tal intervenção é necessária para evitar excessos exploratórios devido à relação desigual, seja fática, seja econômica entre empregador e empregado. Essa intervenção decorre da hipossuficiência do trabalhador frente ao poder do empregador, sendo indispensável recorrer ao princípio da proteção em defesa do mais fraco e desprotegido.

3 O INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO

Ensina Amaral (2006, p. 561-562) que o tempo se traduz em um fato jurídico natural, de suma importância nas relações jurídicas devido à influência que acarreta na gênese, exercício e perda dos respectivos direitos. E, desde a concepção do ser humano o tempo influi nas relações jurídicas de que participa. Até o nascimento o ser em potência já é centro autônomo de direitos e sujeito de direitos, para parte da doutrina e da legislação atual já possui personalidade jurídica. Até completar 16 anos é

absolutamente incapaz, atingindo a plena capacidade de fato aos 18, podendo ser antecipada pela emancipação. Também na esfera penal se visualizam seus efeitos: menor com menos de 18 anos é inimputável. Na aplicação da pena a idade é atenuante para os menores de 21 anos e maiores de 70 anos. Mesmo sendo tais condições, na maioria, de direito público, é na esfera do direito privado que a influência do tempo é mais notada, seja no nascimento seja no exercício e extinção dos direitos. Esta influência é objeto de três institutos de direito civil: a prescrição aquisitiva ou usucapião (aquisição de direitos), a prescrição extintiva e a decadência que acarretam a extinção de direitos.

A seguir registra-se conceituação, a finalidade e natureza jurídica e, posteriormente os fundamentos da prescrição.

3.1 CONCEITO

Amaral (2006, p. 565-566) conceitua prescrição como a perda da pretensão em virtude da inércia do seu titular no prazo fixado em lei.

Ari Pedro Lorenzetti (2009, p. 21) assim expressa: “prescrição é a perda da prerrogativa de exigir o cumprimento de uma obrigação, por não tê-lo feito no prazo fixado em lei”. Informa que o conceito pode ser assim expresso “prescrição é a perda da eficácia da pretensão por não ter sido exercida no prazo legal”.

Por sua vez, Delgado (2009, p. 231) ensina que é “a perda da exigibilidade judicial de um direito em consequência de não ter sido exigido pelo credor ao devedor durante certo lapso de tempo”.

Praticamente a mesma é a definição de Sérgio Pinto MARTINS (2013, p. 749): “prescrição é a perda da pretensão da exigibilidade do direito, em razão da falta do exercício dentro de um determinado período”. Aduz, ainda, que não se trata da perda do direito da ação, mas da perda da exigibilidade do direito ou da pretensão desse direito.

Plá Rodriguez (1978, p. 114) declara que mesmo cada sujeito de direito tendo a liberdade de decidir quando irá exercer seus direitos, tal liberdade encontra limites. Isto é, o tempo em que se exercita o direito nem sempre é indiferente sob a ótica da eficácia do próprio direito. Assim ao não exercitar seu direito no tempo aprazado, ocorre a

prescrição desse direito. Então a prescrição consiste na perda da ação emergente de um direito, devido ao transcurso de dado prazo, durante o qual o direito não foi exercido.

Registre-se o posicionamento de Eduardo Milléo Baracat (2007, p. 24), para quem, sendo “a inércia o fundamento da prescrição, esta não pode ter como objeto imediato o direito, porque o direito subjetivo, em si, não sofre extinção pela inércia do seu titular”. Explica que o princípio da *actio nata* é imprescindível ao conceituar-se prescrição, porém se adequadamente compreendida no sentido de pretensão. Então *actio nata* significa pretensão nascida. Ou seja, a prescrição atinge não o direito previsto em lei, mas a pretensão, a faculdade que tem o credor de exigir o cumprimento de uma prestação (BARACAT, 2007, p. 134).

3.2 FINALIDADE E NATUREZA JURÍDICA

Afirma Cassar (2008, p. 1223), que sua finalidade, de ordem pública, “é dar segurança jurídica às relações, certeza e tranqüilidade, impedindo que a insegurança acarrete conseqüências gravosas sobre a sociedade e seus indivíduos”. A possibilidade do devedor de ser cobrado indefinidamente acarreta insegurança jurídica e conflitos sociais, assim a prescrição visa a pacificar tais conflitos (Cassar, 2008, p. 1223)

Quanto a natureza jurídica, Barros (2009, p. 1035), expõe a posição de duas correntes doutrinárias. Uma defendendo o caráter público da prescrição, ao sacrificar o interesse individual do titular do direito pelo interesse público da harmonia social, a qual exige a estabilidade do direito tornado incerto. Já outra vertente se inclina por uma natureza mista, ao mesmo tempo pública e privada, pois as relações jurídicas disciplinadas pela prescrição no âmbito trabalhista são estabelecidas entre particulares, ou seja, tem caráter privado. Explica que se trata de figura jurídica criada objetivando no campo obrigacional certeza e tranquilidade aos contratantes, tendo como medida de política jurídica, a paz social.

Para Amaral (2006, p. 666) a prescrição justifica-se pela necessidade de paz, ordem, segurança e certeza jurídica.

3.3 FUNDAMENTOS

Barros (2009, p. 1035) elenca vários fundamentos jurídicos deste instituto, entre

os quais: o da ação destruidora do tempo (de Coviello); o do castigo à negligência, de Savigny; o da presunção de abandono ou renúncia (M.I. Carvalho de Mendonça); o da diminuição das demandas (de Savigny); o do interesse social, pela estabilidade das relações jurídicas (adotado pela maioria da doutrina), etc.

Ensina Lorenzetti (2009, p. 26 a 31) que as justificativas da prescrição se agrupam em torno de três idéias básicas: castigo à negligência; presunção de pagamento ou perdão da dívida; e, regra de segurança e paz social.

No que ao castigo à negligência, Lorenzetti cita o posicionamento de Antônio Luís da Câmara Leal (1959, p. 31) para quem a inércia do titular é um mal social, permitindo que persista um direito violado, isto é, um estado antijurídico, daí que o mal imposto pela prescrição ao credor negligente é uma repressão ao descumprimento de um dever social. Assim, a prescrição apresenta-se como uma pena.

Amaral (2006, p. 566) reforça que com a prescrição pune-se também a negligência do titular do direito subjetivo lesado.

Segundo Lorenzetti (1959, p. 28), o caráter punitivo pode ter sido um argumento útil no passado, de modo a justificar, moralmente, a prescrição, a qual pode representar um prêmio ao devedor relapso. Atualmente a legitimidade da prescrição independe de explicações da natureza.

Quanto à idéia de presunção de pagamento ou perdão da dívida, Lorenzetti (1959, p. 29) ensina que a adesão de alguns juristas a essa corrente deve-se ao fato de se amoldar aos princípios da autonomia da vontade. Assim, se as obrigações nascem de um ato de vontade, essa também deve ser a causa de seu desaparecimento. Outros doutrinadores divergem desse fundamento. Afirma Lorenzetti (p. 30), que não se permite confundir com a prescrição eventual presunção, citando o exemplo, do empregador que tendo comprovado o pagamento dos salários de determinado período, também o tenha feito quanto aos períodos remanescentes, cujos recibos não foram apresentados. Esse exemplo não é de inexigibilidade do crédito, mas de presunção relativa de pagamento, ou seja, de extinção da dívida. Trata-se da prescrição presuntiva constante do direito italiano. Neste caso, a prescrição é presuntiva e aplica-se às relações da vida em que o costume é fazer o pagamento imediato, sendo habitual não passar recibo, considerando-se que o crédito foi satisfeito se não alegada a falta de

pagamento dentro de um curto lapso de tempo fixado em lei. Porém, mesmo transcorrido esse prazo, se o credor provar que não recebeu o pagamento, é permitido exigí-lo. Mesmo o devedor negando que a dívida exista ou tenha existido, está confessando, indiretamente, que não efetuou o pagamento devido, quando fica afastada a prescrição presuntiva.

A regra de segurança e paz social trata-se de argumento que encontra apoio na maioria dos doutrinadores, embora por diferentes critérios: necessidade social, segurança jurídica, interesse público, interesse social etc. (Lorenzetti, 1959, p. 30). Afirma que a segurança social se materializa na proteção daquele que é indicado como devedor da prestação exigida. Através deste devedor que a lei defende a sociedade como um todo. Para os demais membros da sociedade a existência da prescrição só importa na medida em que lhes possibilita a certeza de que ninguém poderá acusá-los alegando um crédito antigo o suficiente que impossibilitem demonstrar-lhe a existência. Então, mesmo renunciando aos efeitos deste instituto, o que seria beneficiário pela prescrição não prejudica os demais membros da sociedade, pois, embora dispensando essa proteção a si próprio, o demandado não a retira dos demais (LORENZETTI, 1959, p. 31).

Também para Amaral (2006, p. 566) a justificativa da prescrição é a necessidade de paz, ordem, segurança e certeza jurídica. Inexistindo tal instituto a qualquer momento as superadas pretensões e antigos litígios poderiam retornar.

Carlos Maximiliano revela que a prescrição não pretende proteger um indivíduo ou punir a inércia de outro. Sua finalidade é eminentemente social, de ordem pública. Funda-se na necessidade imperiosa de não ficarem as relações jurídicas perpetuamente incertas, como se as ações não fossem temporárias. (MAXIMILIANO, 1955 *apud* LORENZETTI, 2009, p.31,32).

Arnoldo Ward, lembrando que a prescrição sacrifica a justiça em prol da ordem, destaca que a ordem social e a segurança nas relações jurídicas também são finalidades do Direito, o qual não se limita a distribuir justiça, mas quer, também, garantir a estabilidade nas relações econômicas e sociais. Então, se o Direito não estabelecesse um limite ao exercício das pretensões contrariaria seus fins (WARD, 1989 *apud* LORENZETTI, 2009, p. 31, 32).

3.4 PRESCRIÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A prescrição encontra seu fundamento constitucional no artigo 7º, inciso XXIX, ao tratar dos direitos dos trabalhadores e dispor sobre a prescrição quinquenal limitada a dois anos após a extinção do contrato laboral.

No entendimento de Cassar (2008, p. 1227) verifica-se o instituto da prescrição extintiva, que diz respeito à pretensão, à exigibilidade do direito. Começa a fluir após a extinção do pacto, independente de ter ou não ocorrido alguma lesão. Seu prazo é de dois anos, conforme o artigo 7º citado. Assim, extinto o contrato de trabalho o empregado tem dois anos para ajuizar ação trabalhista visando a reparação de qualquer lesão verificada na vigência do contrato. Transcorrido tal prazo (2 anos), sem o exercício de seu direito, a pretensão está prescrita. Explica, ainda, que “a prescrição bialenal distingue-se das demais porque seu prazo não começa a fluir da lesão e sim da desconstituição do contrato, peculiaridade da decadência”.

Ressalte-se a lição de Baracat (2007, p. 19), para quem a Súmula 294 do TST, ao procurar calibrar a efetividade do artigo em comento e do art. 11 da CLT, no tocante à prescrição em caso de lesão ao direito decorrente de prestações sucessivas inadimplidas, tem caráter axiológico no sentido de limitar a eficácia do direito previsto no contrato de trabalho. Limite este não contemplado constitucionalmente.

Delgado (2009, p. 231) define que a prescrição extintiva constitucional do artigo 7º, inciso XXIX, constrói-se sob a ótica do titular do direito atingido, sendo conceituada como a perda da ação (no sentido material) de um direito em virtude do fim do prazo para seu exercício. Ou, ainda, a perda da exigibilidade, via Judiciário, de um direito devido a não exigência pelo credor ao devedor durante certo lapso de tempo. Informa, quanto a esta prescrição, que a jurisprudência elaborou muitas súmulas entre as quais, as Súmulas 114, 153, 156, 206, 268, 274, 294, 308, 326, 327, 350 e 362 do TST (DELGADO, 2009, p. 232).

Lorenzetti (2009, p.153) esclarece a regra dos prazos prescricionais aplicáveis aos direitos do empregado, consoante o art. 7º, XXIX, da CF. Inicialmente há o prazo prescricional de cinco anos. Entretanto, extinto o contrato de trabalho, o prazo passa a ser de dois anos. Assim, se decorridos dois anos da cessação do contrato de trabalho

sem que haja reclamação junto ao Judiciário, mesmo os créditos exigíveis nos últimos 5 anos deixam de sê-lo, haja vista a consumação da prescrição bienal. Trata-se de inércia do titular do direito lesado após dois anos da interrupção do contrato, e não da aplicação da prescrição total da Súmula 294.

3.5 PRESCRIÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

A prescrição no Direito do Trabalho tem regra própria instituída constitucionalmente, conforme já tratado no item 3.4. Assim cabe descrever suas especificidades, distinguir prescrição total de parcial e registrar a prescrição trabalhista na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho.

3.5.1 ESPECIFICIDADES

Segundo Plá Rodriguez (1978, p. 116), em um primeiro momento não parece próprio que a prescrição tenha valor no Direito do Trabalho. Recorrendo à parte da doutrina estrangeira, este autor (1978, p. 117-118) expõe vários argumentos: a incoerência de que se tutelem direitos tornando-os indisponíveis e, ao mesmo tempo, admitindo que seu não exercício em certo lapso temporal acarrete sua perda; ainda propicia ao empregador um meio para que, devido ao simples decorrer do tempo, se exima de cumprir obrigações que leis de ordem pública que lhe são impostas; recorre a Nicolielo que sustenta que os direitos do trabalhador são insuscetíveis de prescrição, pois protegidos pela ordem pública, além de protegidos constitucionalmente, portanto inalienáveis, irrenunciáveis e incessionáveis, sendo assim, imprescritíveis.

Entretanto, prossegue Plá Rodriguez (1978, p. 118), muitos dos doutrinadores que reputam a prescrição de imprópria ao Direito do Trabalho, explicam os motivos pelos quais a prescrição é aceita em matéria trabalhista. O principal argumento é a necessidade da segurança jurídica, um valor que, na maioria das vezes, clama pelo sacrifício ou a postergação do valor justiça, o que ocorre, por exemplo, no instituto da coisa julgada, em que a necessidade de segurança prepondera sobre a busca da justiça.

Outra peculiaridade da prescrição em matéria trabalhista se refere à inércia do titular. Lorenzetti (2009, p. 63), explica que a hesitação do empregado em reivindicar

seus direitos na vigência do contrato de trabalho decorre, na maioria das vezes, do temor de ser despedido, eis que o empregador detém o direito potestativo de dispensar quem queira e quando bem entender. E, para caracterizar a inércia faz-e necessário que o credor tenha conhecimento da lesão, caso contrário não se poderá considerar iniciado o prazo da prescrição.

Na lição da Baracat (2007, p. 20), a concepção de segurança, em que o empregador não pode ficar *ad eternum* à espera do empregado buscar a Justiça do Trabalho em busca de seus direitos, obedece a uma lógica perversa para o trabalhador, que só toma consciência da lesão havida após a extinção do contrato de trabalho, pois se buscar a decretação da nulidade do ato violador de seu direito subjetivo durante o contrato será dispensado sem justa causa. Então, o empregado encontra-se impossibilitado de ajuizar reclamationária no prazo prescricional, e, consoante o teor da Súmula 294 do TST, observa o perecimento de seu crédito, com receio de perder o emprego, fonte de sustento familiar. O empregado perde o direito subjetivo sem ter existido a possibilidade de postular o seu cumprimento.

Como já descrito, o prazo prescricional constitucional em matéria trabalhista é de 5 anos, até o limite de dois anos após a extinção do contrato. Porém, quanto ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), a Lei nº 8.036/90, estabeleceu o prazo prescricional trintenário com relação aos depósitos desse Fundo, sem olvidar o prazo de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, (DELGADO, 2009, p. 249).

O Direito do Trabalho, na explicação da CASSAR (2008, p. 1226-1227) não reconheceu a prescrição aquisitiva (usucapião) por incompatível com seus elementos essenciais. Assim, só a prescrição extintiva se aplica na seara trabalhista e se divide em quatro espécies: a extintiva (propriamente dita) = 2 anos; a total = 5 anos; a parcial = 5 anos e a intercorrente = 2 anos (Súmula 150 do STF). Como o escopo deste artigo centra-se na prescrição total e na parcial, disciplinadas pela Súmula 294 do TST, serão ignoradas as demais espécies (a extintiva propriamente dita e a intercorrente).

3.5.2 PRESCRIÇÃO TOTAL E PRESCRIÇÃO PARCIAL

Na seara trabalhista identificam-se duas formas prescricionais: a total e a parcial. Na lição de Delgado (2009, p. 264) a jurisprudência na área trabalhista diferencia

prescrição total de prescrição parcial recorrendo ao teor da Súmula 294 do TST, onde “tratando-se de demanda que envolva pedido de prestações sucessivas decorrentes de alteração do pactuado a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei”. Informa que tal diferenciação é produzida em função do título jurídico a conferir fundamento e validade à parcela que se pretende se decorrente de preceito de lei ou não.

Assim, se o título jurídico da parcela não estiver assegurada por preceito de lei, há a prescrição total cujo prazo de contagem se inicia desde o surgimento da lesão e se consumindo no prazo quinquenal subsequente. Entretanto, ao contrário, se o título jurídico da parcela estiver assegurado por preceito de lei, a *actio nata* incide sobre cada parcela lesionada, ou seja, torna parcial a prescrição, iniciando a contagem de prazo do vencimento de cada prestação periódica resultante do direito protegido legalmente (DELGADO, 2009, p. 264).

Aqui cabe um parêntesis sobre a definição de *actio nata*, recorrendo-se a Delgado (2009, p. 239), que ao tratar das causas impeditivas da prescrição trabalhista (aqui não abordadas por fugir ao escopo do artigo) cita o critério da *actio nata* que prevalece em nosso Direito nacional. A prescrição só inicia seu curso no instante em que nasce a ação para o titular do direito, ou seja, antes de poder este exigir do devedor o seu direito, não há que se falar em início da prescrição. Na lição de Baracat (2007, p. 134), este princípio (da *actio nata*) é imprescindível no conceito de prescrição, mas deve ser adequadamente compreendido, isto é, no sentido de pretensão. Logo, significa ação de direito material nascida, ou seja, pretensão nascida.

Na distinção entre prescrição total e prescrição parcial, Baracat (2007, p. 42) cita o artigo 7º, XXIX, da Constituição prevendo a disciplina geral da prescrição quinquenal respeitado o limite de dois anos após a extinção do contrato e explica que a prescrição é total se o ato ilícito não foi impugnado neste quinquênio legal. Já a regra especial do art. 119 da CLT dispõe sobre a prescrição no caso de violação de direito assegurado por preceito imperativo, ocorrendo a prescrição parcial, quando o lapso prescricional deve ser contado da data inicial de ocorrência de cada lesão específica. Assim, a prescrição será total se a lesão não for impugnada no prazo de cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação, exceto se o ato ilícito atinge direito garantido por preceito

legal, quando a prescrição será parcial.

Lorenzetti (2009, p. 167) informa que a prescrição é total se alcançar todos os créditos decorrentes da relação de trabalho ou todas as prestações de mesma natureza. É o que ocorre após decorridos dois anos da extinção do contrato ou se a prescrição atingir todos os créditos relativos a determinada verba trabalhista e seus reflexos. Porém, se a prescrição atingir apenas algumas parcelas dos créditos pleiteados, a prescrição é parcial. Afirma que essa divisão entre prescrição total e parcial não significa a criação de duas espécies prescricionais, apenas distingue os efeitos da aplicação das mesmas regras consoante o seu alcance no tocante aos direitos sobre os quais incidem.

Inúmeros outros doutrinadores discorrem sobre prescrição total e prescrição parcial, sem controvérsias acerca do critério. A exemplo de Sérgio Pinto Martins (2013, p. 759), que praticamente reproduz o contido na Súmula 294 do TST, ao dizer que se a demanda compreender pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, excetuando-se quando o direito à parcela estiver assegurado por preceito legal.

Para Cassar (2008, p. 1228-1229) a prescrição total aplica-se às lesões contratuais há muito iniciadas e que findaram há mais de cinco anos do ajuizamento da ação. Então seu prazo é de cinco anos contados da lesão. Relaciona-se, ainda, com o ato único ocorrido há mais de cinco anos. Ato único entendido como aquele que não perdura no tempo, citando como exemplos o dano moral e o não pagamento da indenização prevista na Súmula 291 do TST. Ato único é lesão única, que ocorre uma vez apenas, não repercutindo mês a mês, sem efeito de trato sucessivo. A prescrição parcial por sua vez é de cinco anos o que torna inexigíveis as parcelas anteriores a cinco anos da data do ajuizamento da ação. Isto é, retroage-se cinco anos da data em que a ação foi ajuizada.

Indiscutível a aplicação do instituto da prescrição em matéria trabalhista, à luz do disposto no art. 7º, Inciso XXIX, da Constituição Federal, do teor do artigo 11, além dos artigos 119, 149 e 440 da CLT e diversas jurisprudências sumuladas no TST, como as Súmulas 156, 268, 275, 294, etc. Discute-se o teor da súmula 294, a qual será objeto de análise no tópico 4, visando demonstrar sua inconstitucionalidade.

3.5.3 PRESCRIÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO TST

O instituto da prescrição é tema recorrente na elaboração de Súmulas do TST, além de objeto de várias Orientações Jurisprudenciais das Seções de Dissídios Individuais I e II, do mesmo órgão. Descrevem-se apenas algumas das Súmulas inerentes ao tema, visando demonstrar o espírito de legislativo que impera no TST, redundando em prejuízos ao trabalhador.

A arguição da prescrição deve ocorrer na instância ordinária, conforme disposição da Súmula 153, eis que se não prequestionada impede a análise do recurso de revista (Súmula 297 do TST).

A contagem do prazo prescricional no tocante a soma de períodos descontínuos de trabalho se inicia da extinção do último contrato de trabalho, segundo a Súmula 156.

Recorrendo a Barros (2009, p. 1049), somam-se os períodos descontínuos de trabalho e sobre os anteriores não flui a prescrição, pois se tornam uma relação jurídica única, cujos efeitos se contam da última dissolução. A Súmula 206 dispõe que, apesar da prescrição trintenária do FGTS, sobre o recolhimento das verbas a esse fundo a prescrição é quinquenal, ou seja, é o mesmo prazo prescricional das parcelas remuneratórias questionadas, eis que se trata de obrigação acessória às verbas inadimplidas. Nas palavras de Delgado (2009, p. 249), sem olvidar o prazo de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, isto é, transcorridos dois anos da extinção do contrato de trabalho opera-se a prescrição total no tocante à reclamação em Juízo do não recolhimento do FGTS.

Entre as causas de interrupção da prescrição encontra-se o arquivamento da ação trabalhista, apenas para pedidos idênticos, é o que consta da Súmula 268. Explica Cassar (2008, p. 1234) que o arquivamento da reclamação equivale à extinção do processo sem resolução do mérito, assim interrompendo a prescrição, desde que tenha existido citação válida.

No que se refere ao reenquadramento em planos de cargos e em casos de desvio de função, a prescrição consta da Súmula 275. Assim, esclarece Barros (2009, p. 1047) a prescrição é total quanto ao reenquadramento em plano de classificação de salários, isto é, opera-se a prescrição quinquenal a partir da data do reenquadramento.

Já nas questões que pretendam corrigir desvio de função, a prescrição é parcial, atingindo as diferenças salariais vencidas nos cinco anos anteriores ao ajuizamento.

A forma de contagem da prescrição quinquenal, respeitada a prescrição bienal, é objeto da Súmula 308.

Nesse ponto cabe mencionar as críticas de Gustavo Pereira Farah (2007, p.13-14) à edição das Súmulas pelo TST, ao mencionar que este órgão edita súmulas que são verdadeiros textos legislativos, com aplicação geral e abstrata, vinculando os órgãos do Judiciário e a Administração Pública, por meio de uma estrutura jurídica subordinante, que não permite resistir ao seu cumprimento, se baseando nos trâmites e fundamentos do direito do trabalho. Além de uniformização da jurisprudência, ao pacificar entendimentos controversos, o Tribunal trabalhista permite a várias de suas súmulas a particularidade de criar, modificar e extinguir direitos. Toda esta jurisprudência sumular não sofre nenhum constrangimento, nenhum controle, pois a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) não se presta ao questionamento das súmulas. Assim é o próprio TST que julga as próprias leis (súmulas) que edita, sendo seu poder de criação e a aplicação ao caso concreto isentos de quaisquer ressalvas, eis que restam apenas a indignação e o sentimento de impotência diante desse instituto (súmulas), inexistindo qualquer mecanismo que possa se contrapor ao teor das súmulas trabalhistas. Advoga Farah (2007, p. 15) a necessidade de um controle interno pelo STF a incidir sobre as súmulas do TST.

4 A SÚMULA 294, DO TST E SUA (IN) COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR

Como já explanado, a Súmula 294 do TST disciplina o instituto da prescrição total e da prescrição parcial, com reflexos prejudiciais ao trabalhador, em prol de uma discutível segurança jurídica, além de impedir o acesso à Justiça, ao vedar o exame do recurso de revista em questões que discutam o instituto da prescrição e contrariando o princípio basilar do Direito do Trabalho, que é o a proteção do trabalhador.

Embora, no ensinamento de Lorenzetti (2009, p. 37), ao tratar de prazos prescricionais, constatar-se que alguns operadores do Direito do Trabalho sejam

compelidos a decretar a prescrição, em nome de um suposto interesse público, argumento este que serve de estímulo a empregadores inescrupulosos, não se deterá na apresentação de posicionamentos favoráveis à prescrição trabalhista descrita na Súmula 2194 do TST.

Porém, antes de adentrar nos artigos constitucionais e no princípio protetor do empregado, se faz imperioso descrever as fontes formais do Direito do Trabalho e respectiva hierarquia, com o fito de registrar a preponderância dos princípios ante as normas jurídicas.

4.1. FONTES FORMAIS DO DIREITO DO TRABALHO

Barros (2009, p. 102), define fonte, no aspecto jurídico, como origem do direito, incluindo fatores sociais, econômicos e históricos e, sendo, ainda, a exteriorização do direito. A fonte pressupõe um conjunto de normas com as de maior hierarquia constituindo-se em fonte das de hierarquia inferior. Para Cassar (2008, p. 52), fonte significa meio pelo qual o Direito se forma, se origina e estabelece suas normas jurídicas.

Fontes formais, no entendimento de Cassar (2008, p. 54) caracterizam-se por seu caráter geral abstrato, impessoal e imperativo, confundindo-se com o conceito de norma. Barros (2009, p. 103), ensina que as fontes formais apresentam a exteriorização dos fatos através da regra jurídica, podendo ser imposta de forma coercitiva, obrigando a todos. Ainda o artigo 8º da CLT⁶, elenca as fontes formais de que deve lançar mão a Justiça do Trabalho para decisões nos casos concretos.

4.2 HIERARQUIA DAS FONTES FORMAIS DO DIREITO DO TRABALHO

Na visão de Cassar (2008, p. 57-58), as fontes classificam-se na seguinte ordem: 1º - Constituição; 2º - Leis; 3º - Decreto (expedido pelo Executivo); 4º - Sentença Normativa; 5º - Convenção Coletiva e Acordo Coletivo; 6º - Regulamento de Empresa;

6 Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Parágrafo único - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste.

7º - Súmula Vinculante; 8º - Costume.

Orlando Gomes apresenta outra hierarquia, em ordem decrescente: Convênios e Recomendações Internacionais (Tratados e Convenções); Constituição; Leis; Regulamento (expedição pelo Executivo); Sentença Normativa; Convenção Coletiva e Acordo Coletivo; Regulamento Empresarial e Contrato de Trabalho (GOMES, 1995 *apud* Cassar, 2008, p. 58)

Cassar (2008, p. 54) não inclui o contrato de trabalho entre as fontes formais de direito, argumentando que fonte deve ter o caráter geral, abstrato e impessoal, enquanto o contrato de trabalho é pessoal, concreto e específico. Ressalta (2008, p. 96) que não pode ser considerado como fonte formal autônoma de Direito de Trabalho por lhe faltarem a abstração, a generalidade e a impessoalidade, requisitos inerentes à fonte.

Segundo Farah (2007, p. 66), as fontes formais, manifestando-se por *medium* coercitivo ou regulatório, classificam-se em: Constituição, leis, atos normativos em geral, sentença normativa, convenções e acordos coletivos, contratos individuais de trabalho e os regulamentos da empresa. Não excluindo os usos e costumes com sua existência se justificando pelo princípio da primazia da realidade e seu cumprimento pela habitualidade e exigibilidade de sua prática. Ao contrário de Cassar, Farah (2007, p. 67) inclui o contrato de trabalho entre as fontes formais do Direito do Trabalho, por criar direitos e deveres entre os envolvidos por suas disposições e, embora não possuindo forma de norma primária, por falta de procedimento legislativo que o legitime, assumem forma de norma secundária. Porém, Farah não considera as súmulas como fonte de direito.

Quanto a Constituição, inexistente qualquer discussão ou dúvida, seja doutrinária, seja jurisprudencial sobre a prevalência da Constituição sobre quaisquer outras normas jurídicas. Cassar (2008, p. 58) afirma que a Constituição encontra-se no ápice das normas jurídicas, pois confere fundamento e eficácia a todas as demais regras existentes no país. Na seara trabalhista a Constituição garante, em seu artigo 7º, os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Canotilho (2003, p. 1147) leciona que a constituição é uma lei com características especiais, caracterizando-se pela sua posição hierárquico-normativa superior em

relação a todas as demais normas do ordenamento jurídico. Tal primazia decorre de ser uma lei superior, cujo fundamento de validade encontra-se em si mesma; de tratar-se de fonte de produção jurídica de outras normas e, essa superioridade normativa implica no princípio da conformidade de todos os atos dos poderes públicos com a Constituição.

A lei, para Cassar (2008, p. 62) é toda regra escrita, abstrata, geral e permanente, com força coercitiva sobre os agentes sociais, emanada do Poder Público competente para produzi-la. Em sentido estrito emanam do Poder Legislativo e são sancionadas e promulgadas pelo Presidente da República. No mesmo sentido Barros (2009, p. 140) explica que a norma jurídica constituinte do teor da lei é um comando abstrato, hipotético, coercitivo e genérico. Cita a CLT - Consolidação das Leis Trabalhistas como exemplo de lei. Conceitua lei como uma declaração jurídica revestida da forma escrita, com conteúdo de uma norma (comando abstrato, hipotético, coercitivo e genérico) e proveniente de órgãos estatais competentes (BARROS, 2009, p. 105).

Anélia Li Chum (2012, p. 927), explica que o Brasil, como todos os países de tradição romano-germânica elegem a lei como a principal fonte de direito, com a jurisprudência servindo apenas como elemento de persuasão do juiz.

O decreto (expedido pelo Executivo) ou regulamentos, no entendimento de Barros (2009, p. 110) são atos com origem no Poder Executivo, exteriorizando-se por meio de decretos visando que a legislação possa ser cumprida de forma fiel.

Cassar (2008, p. 69) cita os decretos de execução, que visam especificar e pormenorizar regras que foram genericamente criadas, traçadas e delimitadas, pela lei, mas que dependem do decreto para organizar, executar e especificar a decisão legislativa. São apenas fontes procedimentais do direito, mas não sua criação em si. Já os decretos autônomos equiparam-se à lei, já que expedidos para dispor sobre matérias ainda não disciplinadas em lei ou em suas lacunas.

Quanto as sentenças normativas, Barros (2009, p. 121) explica são proferidas pelos Tribunais Regionais do Trabalho ou Tribunal Superior do Trabalho, nos dissídios coletivos, podendo ter natureza jurídica ou natureza econômica. A natureza jurídica dos dissídios caracteriza-se pela interpretação de norma preexistente e, a natureza econômica objetiva estipular novas condições de trabalho. No mesmo diapasão, Cassar

(2008, p. 70) informa que são proferidas nos dissídios coletivos, com vigência máxima de 4 anos, conforme artigo 868, da CLT⁷ e, normalmente, se aplicam apenas sobre a base territorial dos sindicatos que participam do dissídio.

Nascimento (2009, p. 96) leciona que inexistente unanimidade quanto ao poder normativo da Justiça Trabalhista, devido à invasão da competência do Legislativo pelo Judiciário. Em outros países não se atribui tal poder ao Judiciário, pelo princípio segundo o qual a função jurisdicional é aplicar a lei e não criar normas e condições trabalhistas através de sentenças nos conflitos coletivos.

Quanto à convenção coletiva e acordo coletivo, disciplinados pelo art. 611, *caput* e § 1º, da CLT, informa Cassar (2008, p. 71) que, com vigência máxima de 2 anos, artigo 614, §3º da CLT⁸, são pactos coletivos extrajudiciais estabelecendo norma de caráter abstrato e impessoal, acordados entre sindicatos de empregados e sindicato de empregados (convenção coletiva) ou entre sindicato da categoria profissional e uma ou mais empresas (acordo coletivo). São fontes de direito apenas as cláusulas normativas, pois destinadas aos membros das categorias, já as demais cláusulas são destinadas aos sindicatos ou partes formais do convênio coletivo.

Barros (2009, p. 122) destaca as convenções e acordos coletivos como fontes peculiares ao Direito do Trabalho. As convenções, representando acordos entre sindicatos de empregadores e de empregados, estabelecem novas condições de trabalho, com eficácia extensível a todos os integrantes da categoria profissional ou econômica signatária da negociação, isto é, efeito *erga omnes*. Já os acordos são celebrados entre empregados com assistência do sindicato e a empresa com efeito interpartes.

7 Art. 868 - Em caso de dissídio coletivo que tenha por motivo novas condições de trabalho e no qual figure como parte apenas uma fração de empregados de uma empresa, poderá o Tribunal competente, na própria decisão, estender tais condições de trabalho, se julgar justo e conveniente, aos demais empregados da empresa que forem da mesma profissão dos dissidentes.

Parágrafo único - O Tribunal fixará a data em que a decisão deve entrar em execução, bem como o prazo de sua vigência, o qual não poderá ser superior a 4 (quatro) anos.

8 Art. 614 - Os Sindicatos convenientes ou as empresas acordantes promoverão, conjunta ou separadamente, dentro de 8 (oito) dias da assinatura da Convenção ou Acordo, o depósito de uma via do mesmo, para fins de registro e arquivo, no Departamento Nacional do Trabalho, em se tratando de instrumento de caráter nacional ou interestadual, ou nos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, nos demais casos.

[...]

§ 3º Não será permitido estipular duração de Convenção ou Acordo superior a 2 (dois) anos.

O regulamento de empresa é ato jurídico decorrente do poder diretivo do empregador, sendo o conjunto de normas confeccionadas, espontaneamente, a fim de estruturar e organizar internamente a empresa. Apenas quando o regimento interno de uma empresa contiver cláusulas garantidoras de direitos gerais, abstratos e impessoais direcionados aos seus trabalhadores será considerado fonte de direito segundo Cassar (2008, p. 94). Na explicação de Delgado (2009, p. 156, 157), os dispositivos dos regulamentos empresariais têm a aparência de regra jurídica, eis que gerais, abstratos e impessoais, porém o Direito trabalhista brasileiro, em ampla jurisprudência, nega tal natureza e respectivos efeitos. Isto advém do regulamento ser produzido tão-somente pela vontade privada do empregador, unilateralmente, sem que haja processo de negociação privada coletiva.

Para Nascimento (2009, p. 94), a eficácia do regulamento empresarial depende da adesão dos empregados sem qualquer outra exigência, podendo ser expressa ou tácita. Porém, se o regulamento contiver disposições menos vantajosas do que a convenção coletiva, a sentença normativa ou a lei, não prevalecerão estas cláusulas desvantajosas, por contrariarem o princípio da hierarquia das normas jurídicas trabalhistas.

No tocante à súmula vinculante, informa Cassar (2008, p. 74) que a doutrina dominante não aceita a jurisprudência como fonte de direito, nem mesmo as reiteradas, ou súmulas, as quais refletem o entendimento dominante dos tribunais a respeito de uma matéria controvertida. Assim, as orientações jurisprudenciais ou algumas jurisprudências não são fontes de direito, exceto se vinculantes. Entretanto se demonstrarem um comportamento adotado pelos agentes sociais, adotando espontaneamente aquela regra, se torna um costume e, assim será fonte de direito.

Explica Barros (2009, p. 157), que mesmo destituídas de força vinculante as inúmeras súmulas trabalhistas acabam por ser consideradas o direito positivo aplicável. Entende ser imprescindível aos tribunais reverem os posicionamentos sempre que se alterarem os fatores que deram origem a edição de determinada súmula, de vez que o trabalho os juízes não visa a substituir a atividade legislativa (BARROS, 2009, p. 159).

Nessa seara das súmulas, registre-se o posicionamento de Farah (2007, p. 59) considerando as súmulas do TST inconstitucionais. Explica que a súmula pode ser

hierarquicamente superior à lei federal, sem que seja, porém, passível de ser declarada inconstitucional. Pois, segundo determinação do STF, a súmula não se sujeita a nenhum controle senão o do próprio TST.

O costume, outra fonte formal, é a adoção reiterada de uma determinada postura jurídica, em certa época, por determinado grupo, normalmente não tem intervenção estatal, constituindo-se em fonte autônoma do Direito do Trabalho, na explicação de Cassar (2009. p. 72).

Para Barros (2009, p. 166) o costume é regra advinda do uso, de atos repetidos para solucionar dadas situações. Sua importância no Direito do Trabalho advém da existência de peculiaridades profissionais, contudo sua evolução tem sido reduzida devido ao caráter intervencionista de suas normas e da predominância das convenções coletivas.

No tocante à jurisprudência, ensina Delgado (2009, p. 157, 158) que no sistema romano-germânico, ao qual se inclui o Brasil, existem duas correntes acerca da classificação da jurisprudência: uma, a dominante, não acata a jurisprudência como fonte de normas jurídicas: outra, mais moderna, pondera que a jurisprudência tem um importante papel na criação do Direito. No Direito do Trabalho a jurisprudência tem papel determinante para compreender a própria estrutura e dinâmica do conjunto desse ramo jurídico. Afirma que essa corrente mais moderna se funda menos sobre a abstração teórica em torno da natureza jurídica da jurisprudência do que sobre um exame sistemático da dinâmica jurídica concreta. Embora as decisões não sejam fontes de Direito ao lhes faltar impessoalidade, abstração e generalidade, as posições judiciais adotadas reiteradamente pelos tribunais adquirem autoridade de atos-regra na ordem jurídica, afirmando-se, ao longo da dinâmica jurídica, como preceitos gerais, impessoais e válidos *ad futurum*, características das fontes normativas típicas. Na seara trabalhista as diretrizes jurisprudenciais, embora não obedecendo ao princípio estrito da reserva legal, possuem inquestionável força jurídica. (DELGADO, 2009, p. 158, 159).

4.3 POSICIONAMENTOS CONTRÁRIOS À SÚMULA 294.

Visando a demonstrar a inconstitucionalidade desta súmula, a sua incompatibilidade com a Constituição Federal e o princípio citado, apresentam-se

argumentos e críticas desfavoráveis à Súmula 294.

4.3.1 NA SEARA CONSTITUCIONAL

A fundamentação primeira calca-se na ofensa aos princípios fundamentais constitucionais do artigo 1º, especificamente ao inciso IV, de nossa Constituição Federal e, acrescido do inciso III, do mesmo artigo 1º, referente à dignidade da pessoa humana⁹: e o inciso IV, ao prescrever que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Ou seja, englobando trabalho e empresa em um mesmo inciso, o que, aparentemente não apresenta primazia de um sobre outro, estando equiparados. Porém, não é o que ocorre na realidade com o poder do empregador sendo muito superior ao do empregado, dado o poder diretivo daquele sobre este. Assim, no Direito do Trabalho o princípio da proteção visa a diminuir esse poder quase ilimitado do patrão sobre o empregado.

No inciso III, da dignidade da pessoa humana, que não pode ser afrontada em prol de um argumento antitrabalhador, qual seja o da segurança jurídica. Assim, recorre-se a Ana Paula Pavelski (2009, p.25-26) para quem o trabalho acarreta a transformação do homem, com o trabalhador alterando sua visão do mundo e de si próprio, relacionando-se com seus pares, descortinando outros horizontes, conceitos, concepções, aprendendo e produzindo conhecimento. Então ao trabalhar surge o sentido de humanização da natureza e do próprio homem. Prossegue, ao tratar da função social da propriedade e da livre iniciativa, se a primeira deve ser exercida consoante essa função social e a segunda estar ligada ao valor social do trabalho, as relações empregatícias devem revestir-se do arcabouço constitucional do solidarismo e da dignidade humana (PAVELSKI , 2009, p. 118).

Joselita Nepomuceno Borba (2011, p. 1355) leciona que “o valor social do trabalho e livre iniciativa são, portanto, dois princípios que, por opção do legislador, constituem fundamentos do Estado brasileiro”. Ao tratar da relação de poder e

9 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

subordinação, argumenta que a vulnerabilidade nessa relação (de poder e subordinação) propicia um alto grau de proteção que faz, nas situações de fato e jurídicas existentes, assomar o princípio da dignidade humana, colocando em plano inferior o princípio da livre iniciativa (BORBA, 2011, p. 1356).

Para Lorenzetti (2009, p. 162-163), nunca é demais ressaltar que os prazos prescricionais previstos no artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal devem ser aplicados a todos os créditos resultantes das relações de trabalho. Entender que a prescrição trabalhista aplique-se somente aos créditos salariais significa conferir ao Direito do Trabalho um caráter essencialmente patrimonial, descompromissado com seu objetivo maior, qual seja, a promoção dos direitos da personalidade do trabalhador, especialmente sua dignidade.

Ainda o artigo 6º, caput, da Carta Magna¹⁰, inclui o trabalho entre os direitos sociais constitucionais, denotando o tratamento especial dispensado ao empregado. Pode-se aliar este artigo com o já comentado inciso III, do artigo 1º, alçando a dignidade humana entre os pilares de nossa República Federativa. Aqui pertinente a colocação da mestra Pavelski (2009, p. 151) para quem a atividade empresarial, calcada na livre iniciativa deve resguardar a dignidade da pessoa humana.

Na mesma seara os ensinamentos de Gilmar Mendes et al (2008, p. 713) afirmando que “[...] quando mais não seja por força do *princípio da dignidade da pessoa humana*, que, sendo o valor-fonte dos demais valores, está acima de quaisquer outros, acaso positivados nos textos constitucionais”. Saliente-se, tratar-se o valor social do trabalho uma cláusula pétrea, isto é, sem possibilidade de alteração, na lição Mendes et al de (2008, p. 224), ao fundamentar que os direitos sociais (artigo 6º ao 9º, da Constituição) são cláusulas pétreas, pois o título referente ao valor social do trabalho, falando em sociedade justa e solidária, erradicação da pobreza e marginalização, em redução das desigualdades sociais, indica que tais direitos fundamentais sociais são parte da essência do Estado concebida por nossa Carta Magna. E, como as cláusulas pétreas servem como preservação dos princípios fundamentais concebidos pelo constituinte originário e este, expressamente em título próprio da Constituição, citou tais

10 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

princípios fundamentais, colocando os direitos sociais como centrais para sua idéia de Estado democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados como cláusulas pétreas. Logo, uma simples Súmula do Judiciário não tem o condão de sobrepor-se a uma cláusula pétrea, como a do valor social do trabalho ao pretender eleger um princípio vinculado à livre iniciativa (segurança jurídica do empregador) como superior.

Outro argumento da inconstitucionalidade da Súmula 294 do TST encontra seu ápice no enunciado do artigo 7º, caput e inciso XXIX, da Constituição, já citado anteriormente, ao dispor sobre os direitos dos trabalhadores, especificamente sobre os prazos prescricionais trabalhistas.

Claramente, a Constituição, no tocante à prescrição trabalhista, criou dois prazos prescricionais: o prescricional quinquenal combinado ao prazo bienal para ingressar com ação reclusatória em juízo. A prescrição parcial, de 5 anos, tornando inexigíveis todas as parcelas anteriores aos 5 anos da data do ajuizamento da ação, conforme a súmula 308, do TST¹¹. Nesta prescrição, denominada quinquenal, são abrangidos os cinco anos anteriores ao ingresso em juízo com a reclusatória trabalhista, não os cinco anos anteriores à extinção do contrato. Isto é, o empregado tem dois anos após a extinção do contrato de trabalho para ingressar com reclusatória, acaso não ingresse em juízo dentro desses dois anos consuma-se a prescrição bienal, fulminado todas as parcelas pretensamente exigíveis. Notar que se trata de inércia do titular do direito lesado após dois anos da interrupção do contrato, e não da aplicação da prescrição total da Súmula 294. Ou, em outras palavras, a Constituição, em seu Artigo 7º, inciso XXIX não dá margem à interpretação restritiva (dos prazos prescricionais) da Súmula em questão. Pois bem clara: até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

11 Súmula nº 308 do TST - PRESCRIÇÃO QÜINQÜENAL (incorporada a Orientação Jurisprudencial nº 204 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

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 reclusação e, não, às anteriores ao quinquênio da data da extinção do contrato. (ex-OJ nº 204 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

II. A norma constitucional que ampliou o prazo de prescrição da ação trabalhista para 5 (cinco) anos é de aplicação imediata e não atinge pretensões já alcançadas pela prescrição bienal quando da promulgação da CF/1988. (ex-Súmula nº 308 - Res. 6/1992, DJ 05.11.1992).

Nesse sentido, da prescrição bienal ocorrer após a desconstituição do contrato e não da lesão, já se verifica a inconstitucionalidade da prescrição da Súmula 294 do TST, ao considerar prescrita (prescrição total) eventual pretensão amparada na prescrição bienal constitucional. Em momento algum, o enunciado constitucional referente à prescrição trabalhista permite a interpretação elástica, extensiva (nova prescrição) criada pelo TST na edição da Súmula 294. Inexistem prescrições outras que não a quinquenal e a bienal. A total prevista na malfadada Súmula, portanto, agride, frontalmente, dispositivo constitucional, reputando-se de inconstitucional. Além de pretender modificar direitos sociais não modificáveis, pois o direito ao trabalho se inscreve entre os direitos sociais tratando-se de cláusula pétrea consoante a lição de Mendes, Coelho e Branco, já referida.

Segundo Lorenzetti (2009, p. 36-37), não há justificativa alguma para que o intérprete, por conta própria, venha a reduzir os prazos prescricionais, de vez que cabe ao legislador fixar parâmetros, sendo vedado ao aplicador do Direito criar novas regras, paralelas às emanadas pelo Poder competente, principalmente considerando que os prazos prescricionais trabalhistas não podem ser considerados excessivamente alongados. Prossegue Lorenzetti informando que não se trata de desconsiderar o instituto da prescrição, que é útil e necessário, fazendo-se presente em todas as legislações. Porém não se pode perder de vista é que sua regulamentação visa exatamente a correção das iniquidades que possam gerar, exigindo sua aplicação criteriosa. E, aplicação criteriosa não significa interpretar a prescrição restritivamente como fez o TST na Súmula 294, reduzindo direitos trabalhistas ao obstar o acesso ao Judiciário. Ou seja, também não pode ocorrer uma interpretação restritiva (de direitos) e extensiva como ocorre com a disposição contida na Súmula 294 do TST, criando uma norma, a prescrição total, em completa dissonância de preceito constitucional e prejudicando o trabalhador ao impedir, limitando o prazo, suas reivindicações nas lesões ao seu direito.

Foi precisamente o que ocorreu, sacrifício de direitos trabalhistas, como assinala Lorenzetti (2009, p. 195-196), pois a Súmula 294 do TST pode até ser vislumbrada como uma resposta da jurisprudência às exigências sociais e econômicas atuais. Porém, na ótica dos trabalhadores, jamais deixará de ser uma tentativa de desafogar o

Judiciário Trabalhista à custa do sacrifício de seus direitos, revelando-se uma incoerência total. Além de tudo contraria o disposto no artigo 468 da CLT, aspecto que muitos insistem em negar.

Plá Rodriguez (1978, p. 121-122) expõe vários argumentos quanto à vedação de se interpretar a prescrição extensivamente. Diz o doutrinador que, não só a prescrição, como também a decadência, devem ser interpretadas com critério restritivo, admitindo o menos possível e estritamente dentro dos limites indispensáveis. Já na determinação das datas de início da contagem, devem-se combinar e harmonizar os diversos critérios visando sua finalidade de preservar a segurança jurídica, sem descuidar da realidade que acarreta ao trabalhador dificuldades para exercer judicialmente seus direitos enquanto subsistir o estado de subordinação, característica da relação de trabalho. Por este motivo a doutrina sugere que o começo do prazo seja contado a partir do momento em ocorra a extinção de seu contrato de trabalho. Pois há o temor de que o ajuizamento da reclamatória acarrete seu emprego. Assim, a inatividade do trabalhador não deve ser-lhe imputada, não tendo o mesmo significado que em outras condições. Atribui-se ao legítimo interesse de manter o seu trabalho.

Conforme Delgado (2009, p. 254-255) deve ser realçada que a dualidade entre prescrição parcial e total, conforme o título jurídico correspondente à parcela reclamada merece críticas. De um lado importaria no acolhimento de uma diferenciação inexistente na Constituição Federal (art. 7º, XXIX), acentuando o efeito prescricional via prescrição total, afrontando a interpretação sugerida pelo princípio da norma mais favorável. Por outro lado, a teoria civilista leciona que as parcelas de trato sucessivo, como as oriundas do contrato de trabalho, independentemente do título jurídico que instituiu a parcela, submetem-se à prescrição parcial. A prescrição total incidiria apenas nas obrigações concentradas em um único ato, não se desdobrando no tempo. O argumento final centra-se no fato de que toda cláusula contratual ajustada encontra proteção na legislação heterônoma estatal, no caso o artigo 468 da CLT, conduzindo à imperativa incidência da prescrição parcial também nestes casos. Nessa toada há concordância com a posição de Lorenzetti, para quem a Súmula 294 contraria o disposto no artigo 468 da CLT.

Registre-se o entendimento de Cassar (2008, p.1228-1229), ao citar o exemplo

da gratificação de quebra de caixa concedida voluntariamente pelo empregador e recebida durante mensalmente, durante três anos, após o que foi suprimida. Ajuizada a ação cinco anos após a supressão, a pretensão está prescrita? A autora cita duas correntes: uma que defende a prescrição total, pois a parcela não está garantida por lei, enquadrando-se na Súmula 294 do TST. A segunda entende que a prescrição total só se aplica se o direito não estiver previsto em lei ou se o ato for único, adotando a interpretação restritiva da súmula, ignorando a expressão “parcela”. Prossegue Cassar afirmando, que o direito está previsto em lei - inalterabilidade contratual - art. 468 da CLT e a parcela era de trato sucessivo, incidindo a prescrição parcial e não a total. O trabalhador terá direito aos últimos cinco anos contados do ajuizamento da ação.

Claramente depara-se com nova afronta a princípio constitucional, se se aplicar a Súmula 294 do TST, qual seja, o previsto no artigo 7º, VI, da Constituição Federal, que veda a redução salarial. E, no exemplo acima ocorreu a redução salarial ao se interromper o pagamento da gratificação de quebra de caixa.

Já sob outra abordagem, Farah (2007, p. 175) advoga a inconstitucionalidade das súmulas legiferantes do TST, pois, enquanto a súmula regular e legítima não tem a natureza de um ato normativo (obrigatório, geral e abstrato), um ato jurídico, mas apenas afigurando-se como um ato interpretativo, por outro lado a legiferante é um ato normativo (obrigatório, geral e abstrato), guardando em seu conceito normativo todo o diferencial em relação à sumula interpretativa, com função ilegítima e anômala de ditar direito novo. Prossegue o mesmo autor (2007, p. 185) que

[...] o TST edita súmulas como verdadeiros textos normativos, com aplicação geral e futura, vincula os demais órgãos do poder judiciário do trabalho, julga as próprias leis que fabrica, afronta conseqüentemente a Constituição Federal e não sofre qualquer espécie de controle, uma vez que a ação específica (ADIn) não alcança, a princípio, estas normas de conduta originalmente alicerçadas em, leis preexistentes.

Fica cristalino que o TST extrapola seus limites constitucionais ao editar súmulas legiferantes (a exemplo da Súmula 294) e não meramente interpretativas, fazendo uso de um poder que não lhe pertence que é o de legislar. Nas palavras de Farah (2007, p. 190), a Constituição Federal autorizou o Poder Judiciário do Trabalho a normatizar apenas e tão-somente assuntos que digam respeito a dissídios coletivos. Então,

excetuando essa hipótese, a edição de outras normas por esse poder, criando, alterando ou extinguindo garantias individuais e coletivas, agride o Estado democrático de Direito, especificamente os princípios da separação de poderes e da legalidade, dentre outros.

Por fim, advoga Farah (2007, p. 202) que a pretensa segurança jurídica pretendida pelas súmulas vinculantes, e embora as do TST não levem esse nome, vinculam *erga omnes*, ao revés, acarretam a insegurança jurídica. Pois o TST fabricando súmula legiferante julga com base nela, dando a última palavra sobre a mesma súmula por ele criada, respaldado pela segurança de um sistema vinculante não-direto, porém infalível, garantindo a obrigatoriedade de seu cumprimento. As súmulas do TST vinculam de maneira informal devido à falta de previsão legal nesse sentido, e de forma indireta ao permitir, de forma ilusória, que instâncias inferiores as contrariem (FARAH, 2007, p. 216). O TST ao legislar e normatizar via súmula procede amparado por um cenário de impunidade e pela força do mecanismo de vinculação não permitindo contrariedade das instâncias abaixo. Eis que o art. 896 da CLT condiciona admissibilidade de recurso desde que obedecendo às Súmulas do TST (FARAH, 2007, p. 218).

A Súmula 294 do TST reputa-se como uma súmula legiferante, pois não exerce a função-meio das súmulas - a interpretação -, antes pretende legislar ao arrepio de princípios constitucionais e, afrontando em especial o art. 7º, XXIX, criando a figura de uma nova prescrição, a total, instituto não previsto constitucionalmente.

Registre-se a discordância da Súmula 294 do TST demonstrada por Baracat (2007, p. 22) ao assinalar que a característica principal desta Súmula origina-se da incompreensão de que a lei não é fonte direta das obrigações, enquanto o contrato de trabalho e a situação jurídica objetiva são fontes dessas obrigações (trabalhistas). Esclarece (2007, p. 137) que a parte final da Súmula 294, que trata de parcela que esteja assegurada por preceito de lei é incorreta, pois a lei não é fonte direta de nenhuma obrigação. A lei não cria por si só uma obrigação. O fato jurídico sobre o qual a lei incide é que propicia o surgimento de uma obrigação. Assim, a lei não cria obrigação, mas toda obrigação encontra seu fundamento na lei. O autor elenca uma série de decisões no próprio TST em que a imprecisão técnica da Súmula 294

acarretou entendimentos divergentes. Conclui Baracat, (2007, p. 146-147) que não tem fundamentação jurídica adequada a Súmula 294, já que, em última análise, toda a obrigação decorre diretamente do contrato de trabalho e apenas indiretamente da lei. Aqui mais um argumento sobre o equívoco da edição da Súmula 294, que, além de impedir o acesso do Judiciário também propicia insegurança jurídica ao não permitir ao próprio TST decisões uniformes quando de sua aplicação.

4.3.2 AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR

A súmula 294 do TST encontra outra limitação no princípio da proteção ao trabalhador. Princípio este norteador e fundante do Direito do Trabalho, que já foi tratado no item 2.3, mas cabe tecer outras considerações. Este princípio decorre da fragilidade do empregado ante o poder diretivo do empregador, nesse passo assinala Borba (2001, p. 1354) o Direito do Trabalho, desvincula-se do comum, surgindo para regular relações sociais de trabalho, onde é nítida a existência de relações privadas desiguais, com o trabalhador encontrando-se em condição de sujeição à vontade do contratante. Prossegue, reputando o princípio da dignidade da pessoa humana como o mais destacados de todos e, a partir desse núcleo intangível e inderrogável, o contrato de trabalho ganha nova feição e os princípios fundantes do Direito do Trabalho, como o princípio protetor, saem revitalizados. Quando se potencializa a carga de proteção de um valor (dignidade) o que se encontra em menor hierarquia - o da proteção - se sobressai. Assim, o contrato de trabalho, recebendo a carga dos direitos fundamentais, eleva seu status, por se tornar meio de busca de redução de desigualdades (BORBA, 2001, p. 1358).

No tocante à expressão “preceito de lei” da Súmula 294, explica Delgado (2007, p. 254-255), que a jurisprudência tem interpretação ampla dessa expressão, correspondendo a norma jurídica. Prevalecendo tal interpretação, a prescrição total atingiria apenas parcelas derivadas do contrato ou de ato unilateral do empregador (que não são normas). Fazendo-se a interpretação literal da expressão a prescrição total teria incidência ampliada, atingindo normas infralegais, como CCT, ACT. Não se pode perder de vista, entretanto, que deve preponderar a interpretação mais favorável, ao invés da literal e mais gravosa.

Leciona Mascaro (2009, p. 57) que o direito protetor, fim para o qual surgiu o direito do trabalho, encontra suas bases na proteção do mais fraco para compensar sua posição inferior, na prevalência da norma mais favorável, na preservação da condição mais vantajosa conquistada pelo trabalhador, visando a manter suas conquistas para que não sejam reduzidas, etc. Esclarece que o objetivo maior é o social, a melhoria das condições sociais do trabalhador, com a União tendo competência para legislar sobre a matéria, permitindo que normas e condições mais vantajosas para os trabalhadores sejam criadas por normas inferiores, mesmo que com direitos além do previsto constitucionalmente. Esse aspecto permitiu a criação de um direito próprio do direito do trabalho sobre a hierarquia de suas normas: o princípio da norma favorável ao trabalhador, e em havendo duas ou mais normas sobre o mesmo assunto, aplica-se, no caso concreto a mais benéfica ao trabalhador. Esse princípio integra o da proteção do trabalhador (MASCARO, 2009, p. 104).

Novamente cristalina a inconstitucionalidade da Súmula 294 do TST ao abdicar do princípio da norma mais favorável ao trabalhador em prol da redução de trabalho nos Tribunais Trabalhistas e da pretensa segurança jurídica ao empregador. Visualiza-se a imposição das súmulas trabalhistas na interpretação da norma, as quais nem sempre obedecem a este princípio protetor, a exemplo da Súmula nº 294 do TST, que claramente afronta o princípio da proteção.

Nas colocações anteriores observa-se a incoerência da Súmula 294 do TST: não propicia redução das desigualdades, desconsidera o princípio de proteção e o da norma mais vantajosa ao trabalhador, em suma, afronta princípios consagrados e fundantes do Direito do Trabalho. Ou seja, regras jurídicas e meras Súmulas expedidas pelo STJ devem subordinar-se aos princípios, jamais pretender substituí-los ou afrontá-los. Assim regras jurídicas que venham a restringir direitos dos trabalhadores, a exemplo da Súmula 294, não se sobrepõem de maneira alguma aos princípios. Esta Súmula contrapõe-se, frontalmente, ao princípio da proteção do trabalhador, ao restringir seu alcance ou mesmo ignorar dito princípio.

No mesmo sentido Cassar (2008, p. 183) informa que a proteção ao trabalhador fundamenta-se na desigualdade, diferente do Direito Civil, em que as partes contratantes, teoricamente, possuem igualdade patrimonial. No Direito do Trabalho

existe uma desigualdade natural, com o capital possuindo toda a força do poder econômico. Assim, a igualdade buscada pelo Direito do Trabalho é tratar os desiguais de forma desigual. O trabalhador, mercê de sua vulnerabilidade econômica e da dependência do emprego para sobreviver, entra na relação de emprego já em desvantagem e se percebe aceitando condições cada vez menos vantajosas temeroso da perda desse emprego. Então o Direito do Trabalho busca o equilíbrio entre empregador e empregado, tendo como fundamento este princípio.

A Súmula 294 do TST vem acentuar os desequilíbrios já existentes em desfavor do empregado ao impedir seu acesso ao Judiciário, reduzindo seus direitos a parcelas ditas prescritas por força de norma expedida sem respaldo constitucional. E, como já citado, não se admite uma interpretação restritiva (do preceito constitucional no tocante à prescrição trabalhista) como ocorre com a disposição contida na Súmula 294 do TST, criando uma norma, a prescrição total, em completa dissonância de preceito constitucional, contrariando o princípio de proteção e prejudicando o trabalhador ao impedir, limitando o prazo, suas reivindicações nas lesões ao seu direito. Nas sábias palavras de Martins (2013, p. 758), “o ideal seria que durante a vigência do contrato de trabalho não corresse prazo de prescrição, pois o empregado pode ser dispensado pelo empregador pelo fato de ajuizar a ação trabalhista”.

Para Renato Rua de Almeida (2012, p. 650) a Justiça do Trabalho tem responsabilidade constitucional e política na efetividade dos direitos fundamentais nas relações de trabalho, ou seja, sua eficácia deve ser assegurada, jamais afrontada ou ignorada ou mesmo afastada como pretende o TST na edição e utilização da Súmula 294.

No mesmo diapasão Luiz Otávio Linhares Renault e Marcella Pagani, (2012, p. 170) afirmam que a proteção alardeada pelo Direito do Trabalho necessita de uma releitura sob as lentes da Constituição federal, alargando sua teleologia, visando a atingir sua finalidade, em consonância com os objetivos pretendidos pelo legislador e exigidos pela sociedade. E, que as relações de trabalho não podem ser vislumbradas como meras relações mercantis, pois sua regulação e proteção devem se fundar na dignidade de vida do trabalhador. O Direito do Trabalho, fundado no princípio da proteção, deve ter efetiva participação no combate à marginalização social, e tornar-se

instrumento de justiça social, promovendo a inclusão socioeducacional do obreiro. Em outras palavras, o Direito do Trabalho é o mais importante instrumento de inserção e afirmação dos e humano na sociedade capitalista atual, cabendo a esse ramo do Direito, estender o manto protetor do princípio da proteção ao maior número possível de pessoas (RENAULT; PAGANI, 2012, p. 171-173).

Reafirma-se a imprescindibilidade desse princípio no Direito do Trabalho e que sua interpretação deve ocorrer à luz dos preceitos constitucionais, especialmente da dignidade do ser humano, não podendo e nem devendo ser afastado em prol de uma leitura sumular que privilegie a segurança jurídica ou mesmo a redução de demandas trabalhistas, como pretende o TST na edição e aplicação da Súmula 294.

Ainda na será do princípio protetor, registre-se a defesa de Flávio Bento (2011, p. 568) para quem a prevalência do princípio protetor é a opção de melhor justiça e equidade, ao discorrer sobre o afastamento, injustificável, desse princípio pelo Poder Judiciário nas questões envolvendo terceirizações ilícitas pela Administração Pública.

O que se depreende, na edição de súmulas legiferantes, é uma pretensão ao protagonismo do Judiciário em substituir o Legislativo, o que fica claro nas colocações de Ives Gandra da Silva Martins Filho (2012, p. 782), para quem a finalidade do Poder Judiciário é pacificar a sociedade, distribuindo justiça. No caso da Justiça do Trabalho é harmonizar as relações trabalhistas via justa distribuição dos frutos da produção entre capital e trabalho. Porém há um perigo real quando se trilha o caminho do ativismo judiciário: acirrar o conflito social e tornar a Justiça ideologizada e parcial. A invasão de competência legislativa pelo Judiciário implica em real atentado ao Estado Democrático de Direito, que se funda na separação do poderes, pois não serão os representantes eleitos pelo povo a inovar no ordenamento jurídico, antes a inovação ocorrerá por técnicos não sujeitos ao controle das urnas.

Palavras que se amoldam, de maneira certa, na inconstitucionalidade e agressão ao princípio da proteção do trabalhador à Súmula 294 do TST.

No mesmo diapasão registre-se a lição de Oliveira (2009, p.128, 129), que discorre sobre os princípios *in dubio pro operario*, condição mais benéfica e norma mais favorável (integrantes do princípio da proteção), para afirmar que este princípio está em crise, mercê da flexibilidade dos direitos trabalhistas e as conciliações judiciais negando

o atributo da irrenunciabilidade das regras trabalhistas realizam-se em um contexto desequilibrado, reafirmando a necessidade de proteção. E, mesmo na negociação coletiva a hipossuficiência persiste. Advoga que a crise do princípio protetivo não deve conduzir à sua negação, mas sim demonstra a necessidade de repensá-lo (OLIVEIRA, 2009, 136).

Afirma Oliveira (2009, p. 181) que o repensar o direito da proteção origina-se do fortalecimento de sua natureza original (sua essência), visando um objetivo maior: a construção de um novo Direito do Trabalho. Necessário o renascimento de uma disciplina laboral capaz de regular e proteger trabalhadores em todas as relações trabalhistas com hipossuficiência, mesmo que com tutelas diferenciadas. Proteger o trabalhador é o mesmo que proteger o homem e sua dignidade (OLIVEIRA, 2009, p. 188).

Não se questiona o princípio da segurança jurídica e sua importância para a paz social, o que se discute é sua preponderância, na seara trabalhista, ao princípio da proteção do trabalhador, como pretende o TST ao editar a Súmula 294.

5 CONCLUSÃO

A prescrição, instituto de relevante importância e imprescindível ao Direito, e plenamente aplicável ao Direito do Trabalho, na seara trabalhista é motivo de controvérsias, especificamente quanto ao teor da Súmula 294 do TST.

Prevista constitucionalmente, no Artigo 7º, XXIX da Constituição Federal, a prescrição trabalhista, devido à inovação da Súmula em comento criando uma nova espécie de prescrição (a total), vem provocando inúmeras críticas ao seu teor, em consequência de sua aplicação ocasionar perdas aos direitos trabalhistas lesionados. Inobstante observe um princípio constitucional, o da segurança jurídica, contraria vários outros princípios, sejam constitucionais, sejam da seara trabalhista.

Como demonstrado ao longo deste artigo, a Súmula contraria a própria previsão constitucional da prescrição trabalhista, que dispõe, em seu artigo 7º, XXIX, sobre o instituto, com duas figuras distintas: a prescrição bienal e a prescrição quinquenal. Ao criar a prescrição total, via Súmula 294, o TST não está interpretando este instituto, mas sim legislando, o que lhe é defeso.

A seguir, registrou-se a preponderância da segurança jurídica em detrimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, ao impedir que o trabalhador reivindique seus direitos e acesse aos Tribunais do Trabalho na ocorrência da criativa prescrição total, objeto da Súmula 294 do TST.

Também apontou-se que a aplicação dessa inovadora Súmula em pretensões trabalhistas acarreta a redução salarial, o que é vedado constitucionalmente, conforme o artigo 7º, VI da Constituição Federal.

No Direito do Trabalho propriamente dito, demonstrou-se a ocorrência do maior disparate cometido por essa Súmula, qual seja, a afronta ao princípio protetor, princípio esse fundante e o cerne do Direito trabalhista, além de ignorar o princípio da norma mais favorável. Ou seja, a malfadada Súmula ao invés de conceder mais tutela à parte hipossuficiente da relação trabalhista - o empregado - favorece, beneficia, apadrinha o mais poderoso, o mais aquinhado, qual seja o empregador, em uma total inversão interpretativa do princípio da proteção.

Como proposto neste artigo verifica-se que este princípio não foi observado quando da edição da Súmula nº 294, do TST, privilegiando a segurança jurídica, reduzindo o prazo para que o trabalhador venha reivindicar seus direitos e obstando o acesso à justiça ao impedir a análise de recurso de revista, com a conseqüente redução de trabalho nos Tribunais Superiores Trabalhistas, em total dissonância com o princípio protetor.

Sendo o papel da Justiça Trabalhista, como de resto de todos os ramos do Judiciário, a interpretação das leis e a pacificação social, especificamente nas discussões e desacordos entre empregador e trabalhador, não se pode olvidar do princípio protetor e suas ramificações: *in dubio pro operario*, da norma mais favorável e da condição mais benéfica, sob pena de relativizar ou mesmo afastar este princípio. O que, apontou este trabalho, ocorre com a aplicação da Súmula 294 do TST nas hostes trabalhistas.

Ora, uma mera Súmula não tem o poder de ignorar ou mesmo de criar uma norma que contrarie tal princípio, como se verifica no teor da Súmula 294 do TST, eis que não propicia situações mais benéficas ao trabalhador, antes atua restringindo seus direitos.

Assim, a conclusão óbvia, clara, cristalina que se impõe é a da revogação da Súmula 294 do TST por afrontar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da irredutibilidade salarial, da prescrição constitucional e do instituto da prescrição trabalhista e ignorar o primeiro e especial princípio do Direito do Trabalho: o princípio protetor do trabalhador e da norma mais favorável ao trabalhador.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renato Rua de. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, ano 76, n. 06, p. 647-650, jun. 2012.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil-Introdução**. 6. ed., rev. e aumentada. São Paulo: Renovar, 2006. p. 561-578.

BARACAT, Eduardo Milléo. **Prescrição trabalhista e a súmula n. 294 do TST**. São Paulo: LTr, 2007.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009. p.1025-1062.

BENTO, Flávio. O princípio da proteção e as súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, ano 75, n.05, p. 565-571, mai. 2011.

BORBA, Joselita Nepomuceno. Eficácia dos direitos fundamentais e a revalorização do contrato de trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, ano 75, n. 11, p. 1351-1359, nov. 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02 mar. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 02 mar. 2014.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Súmulas**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/>. Acesso em: 02 mar. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed., rev., ampl.e atual. Niterói: Impetus, 2008.

CHUM, Anélia Li. A jurisprudência brasileira tem colaborado com a empregabilidade?

Revista LTr, São Paulo, a. 76, n. 08, p. 927-9339, ago. 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8 ed. São Paulo: LTr, 2009.

FARAH, Gustavo Pereira. **As súmulas inconstitucionais do TST**. São Paulo: LTr, 2009.

LORENZETTI, Ari Pedro. **A prescrição e a decadência na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr: 2009

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 29 ed., São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. Os pilares do Direito do Trabalho - princípios e sua densidade normativa. **Revista LTr**, São Paulo, a. 76, n. 07, p. 775-782, jul. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gomes. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 35 ed., São Paulo: LTr, 2009.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. **(Re) pensando o princípio da proteção na contemporaneidade**. São Paulo: LTr, 2009.

PAVELSKI, Ana Paula. **Os direitos da personalidade do empregado: em face do exercício abusivo do poder diretivo do empregador**. Curitiba: Juruá, 2009.

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

RENAULT, Luiz Otávio Linhares; PAGANI, Marcella. Para uma proteção além do trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, a. 76, n. 02, p. 170-175, fev. 2012.