

PRESCRIÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS DO EMPREGADO DOMÉSTICO

Juiz Radson Rangel Ferreira Duarte *

"Encontrarás mais prazer na divergência inteligente do que na concordância passiva". BERTRAND RUSSEL, Decálogo Liberal, *apud* Iruny Ferrari, LTr 54 - 2/130.

1 - Intróito; 1.1 - incidência no direito laboral?. 2 - Aplicação no direito do trabalho brasileiro; 2.1- Generalidades; 2.2- Omissão juslaborista quanto aos empregados domésticos. 3 - Instabilidade da doutrina atual; 3.1- Visão celetista; 3.3- Visão constitucional; 3.3- Visão da competência. 4 - busca da fixação do prazo prescricional. 5 - Início do prazo prescricional. 6 - Conclusão.

1 - INTRÓITO.

Os círculos da moral e do direito nem sempre são coincidentes (Evaristo de Moraes Filho e Antônio Carlos Flores de Moraes, em Introdução ao Direito do Trabalho, 1991, 5ª ed., pág.173, Ed. LTr). Pelo contrário, por vezes a moral se manifesta como um fenômeno extra jurídico, isto é, não é "abraçada" pelas normas deste; outras vezes, o direito se apresenta contra a moral, sendo por demais conhecido jargão de que nem tudo é legal é legítimo. Este é o caso da prescrição: embora prejudicado em seu direito, após certo lapso temporal, o titular não poderá exercê-lo.

Entendida (isto para a maioria da doutrina) como "a perda do direito da ação em virtude do decurso do tempo", a prescrição conduz à impossibilidade de invocar uma relação jurídica, tendo em vista o desaparecimento do tegumento protetor desta relação - se observamos a prescrição no seu vértice extintivo. Tem como fundamento, de acordo com posição da doutrina majoritária, estabilizar as relações sociais, evitando a perpetuação de pendengas. Destarte, se o sujeito teve o seu direito infringido, terá que buscar uma forma de satisfazer esta agressão em juízo. Se não o faz, após certo lapso

* Juiz do Trabalho Substituto da 18ª Região.

temporal, aquele atentado convalesce, não podendo mais ser invocado seu pretense direito. A doutrina afirma, então, surgir uma obrigação natural (veja artigo de José Janguê B. Diniz, ilustre membro do Ministério Público do Trabalho da 6ª Reg., em Jornal Trabalhista, Nº. 587).

1. 1 - Incidência no direito laboral?

Existe tendência doutrinária a entender que a prescrição não tem seu campo de atuação estendida à seara trabalhista; argumenta que se trata de uma forma (tácita) de renúncia do direito material. Assim, se em um sistema que proíbe a renúncia expressa, com a mais razão deveria ser proibida a prescrição (mais detalhes Américo Plá Rodriguez, Princípios de Direito do Trabalho, LTr/Edusp. Trad. de Wagner D. Giglio, págs. 113 e segs., 1993).

Porém um imperativo de paz social supera o valor "justiça individual", o que torna aceitável a tese da prescritibilidade dos créditos trabalhista (entendemos porém que deve haver uma matização da incidência, admitindo a mesma após findo o contrato de emprego, tal qual o rural, isto em termos de *lege ferenda*). Com efeito, "É sempre com fundamento na ordem e na segurança que se explicam e justificam a prescrição e a decadência. Sobreleva a tudo a certeza das relações jurídicas, da sua titularidade, com seus direitos e deveres" (Evaristo de M. Filho e outro, ob. cit., pág. 173). Os autores acima citados afirmam ocorrer tal fenômeno porque no "cômputo geral das coisas, preferem-se a ordem e a segurança em detrimento de pequenas injustiças isoladas", embora concordem ante a lição de Radbruch, que há uma antinomia, pois "por sua invocação podem surgir e extinguir-se direitos subjetivos, num sistema positivo jurídico, por meio de fatos antijurídicos" (destaque nosso - *ibidem*).

Assim, respondendo à indagação sugerida no início, em sede de direito do trabalho é perfeitamente justificada a existência da prescrição.

2 - APLICAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

2. 1 - Generalidades.

O instituto da prescrição também é aplicável ao direito do trabalho brasileiro, sob o fundamento acima apresentado, qual seja, o de estabilizar as relações jurídicas.

Assim, os prazos prescricionais que

vigoram no direito trabalhista, em regra são: dois anos, se extinto o contrato de emprego; ou cinco anos, quando em vigor o vínculo empregatício. Tais regras são aplicadas somente aos empregados urbanos, pois aos rurais vigora a prescrição bienal, após a extinção da relação de emprego rural, salvo quando haja uma satisfatória prestação de contas, conforme inovação constitucional (art. 233).

2. 2 - Omissão juslaborista quanto aos empregados domésticos.

Em uma perfunctória análise da lei 5.859/72, o diploma legal que regula as relações empregatícias domésticas, salta aos olhos sua omissão quanto ao instituto da prescrição; o mesmo não traz uma única palavra que lembre a figura da prescrição. Com o objetivo de evitar a instabilidade jurídica quanto aos reflexos oriundos da relação de emprego doméstico, mister se faz a busca da fixação de lapso temporal, findo o qual ocorrerá a prescrição.

A Constituição Federal, como veremos, não é aplicável no tocante. Menos ainda a CLT. Ademais ante o desacordo que se acha dentro da doutrina e da jurisprudência, expomos nosso pensar.

3 - INSTABILIDADE DA DOCTRINA ATUAL.

A doutrina atual não chegou a um denominador comum sobre o instituto da prescrição em relação aos domésticos. Para confirmar nossa assertiva, podemos ver o denunciado por VALENTIN CARRION e MARIA SILVESTRE, verbis: "quanto à prescrição, continua a hesitação da doutrina e da jurisprudência: a) de dois anos, na forma de introdução à CLT, ou dois anos após o despedimento(art. 7,XXIX); ou b) a da CF, de cinco anos, vigente o contrato de trabalho ou dois, após o despedimento"(em Os Empregados Domésticos, na obra Noções Atuais de Direito de Trabalho - Estudos em Homenagem ao Professor Elson Gottschalk, LTr - saliente-se que não são apenas essas as hipóteses, conforme será visto adiante). O mestre RUSSOMANO é claro ao afirmar que "apesar de a prescrição - por sua natureza pública - exigir uma interpretação adstrita aos rigorosos termos da lei, não tem merecido atenção e apoio, quer da doutrina quer nas decisões dos tribunais" (em Comentários à

CLT, 13ª Ed., 1990, Forense, pág.52).

Deste modo, apresentaremos ilustrações de ensinamentos que dominam o atual cenário jurídico neste assunto.

3. 1 - Visão Celetista.

ROBERTO BARRETO PRADO defende esta corrente, afirmando que "sobre a prescrição, o silêncio da lei constitucional, no tocante aos domésticos, é total. No art. 7º, há referência expressa aos trabalhadores urbanos e rurais. Essa divisão não se aplica aos trabalhadores domésticos, os quais têm especificação própria e autônoma". Tal autor finaliza: "Concluimos com a maior segurança no sentido de que o prazo de prescrição dos direitos assegurados aos domésticos é de dois anos nos termos do artigo 11 da CLT, até que seja promulgada lei em contrário ou ordinária" (em LTr 54-2/171- grifo nosso).

Discordamos da conclusão do mestre.

Ocorre que o ordenamento trabalhista é expresso em afirmar que o disposto na CLT é inaplicável aos domésticos. Com efeito, o art. 7º, "a", CLT, dispõe neste sentido: "os preceitos constantes da presente consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinado o contrário, não se aplicam: a) aos empregados domésticos..." (grifo nosso). Ora, por tal dispositivo bem se vê que o empregado doméstico continua excluído da aplicação das normas trabalhistas previstas no texto consolidada, não lhe aplicando os dispositivos da CLT, exceto no capítulo referente às férias, por força do disposto no art. 2º, Decreto 71.885/73 (a esta exceção, entendemos, devem ser acrescentados os dispositivos da consolidação que regulam os direitos trabalhistas previstos na constituição, como é o caso do aviso prévio e outros).

Embora a relação trabalhista doméstica corresponda a uma relação de emprego, o legislador, em um preconceito sem cabimento, resolveu excluir os domésticos do raio de alcance da CLT. O mestre RUSSOMANO é peremptório: "Não nos parece plausível que, do texto do artigo 11 se extraia a conclusão de que a prescrição de dois anos se aplica a todos os direitos trabalhistas, a não ser que expressamente, a lei disponha em contrário. Ela é aplicável apenas, em nosso modo de ver, aos direitos trabalhistas definidos e reconhecidos pela consolidação" (ibidem).

Assim, entendemos que não se aplica o prazo previsto na CLT.

3. 2 - Visão constitucional.

É a corrente que tem mais adeptos, dentre os quais podemos apresentar os seguintes:

A) O mestre *ARNALDO SUSSEKIND*, em artigo publicado na revista *LTr* 53-9/1.022, expõe que "este [parágrafo único do art. 7º, CF, que relaciona os direitos dos domésticos] substitui o art. 11 da CLT, que se aplica aos domésticos, devendo suas regras serem aplicadas sempre que a ação judicial concernir a direitos oriundos das relações de trabalho", e conclui: "não tratou do inciso XXIX referente às prescrições dos 'créditos resultantes das relações de trabalho' E não teria de fazê-lo. Porque o certo é que versasse a matéria em artigo próprio, limitando o art. 7º a relacionar os direitos sociais, sem cogitar da prescrição do direito de ação"; no mesmo sentido é a posição de *OCTACÍLIO P. DA SILVA* e também *ALICE MONTEIRO*, na obra coletiva *Curso de Direito do Trabalho - Estudos em Memória de Célio Goyatá, vol. 1, LTr, 1997*.

Discordamos diametralmente do mestre-mor.

Não se pode dizer que o artigo sétimo da Constituição substituiu o artigo 11, CLT, no que tange ao doméstico. Isto porque este último dispositivo, como vimos acima, legalmente, nunca foi aplicado aos domésticos. Realmente, a CLT é bem expressa em excluí-los de seu âmbito de disposição.

Em relação ao argumento final, pensamos de forma diferente, com esteio em *RUSSOMANO*. Embora não seja um direito social em sentido estrito (art. 6º, CF), o instituto em tela apresenta um caráter eminentemente público, posto visar a uma estabilização das relações sociais. Como foi visto, a prescrição tem, como caráter teleológico, a busca de uma solidificação das relações intersubjetivas, evitando a perpetuação de cizânias. Ademais, se a Constituição não elenca a prescrição dentro do rol dos direitos dos domésticos porque essa foi a intenção do constituinte originário, no nosso ver.

B) Para *VALENTIM CARRION*, dever-se-á aplicar os prazos previstos na Constituição Federal pelo fato de que "*recorrer-se aos prazos extintivos prescricionais do código civil, tendo os do direito do trabalho, apresenta-se como ranço analógico*" (em *Comentários à CLT*,

pág. 77, 20ª Ed., 1995, Saraiva - destaque nosso).

Data venia, com tal preconceito proporcionado pelo ilustre autor, impossível é visualizar todo o sistema no qual se afigura o instituto em questão. Cediço é a utilização do direito comum, mormente a sua parte geral (com certas nuances é verdade, mas aplicável), como fonte subsidiária ao direito trabalhista; podemos presenciar a busca de uma integração das normas trabalhistas mediante o recurso de se utilizar, subsidiariamente, o direito privado comum quando a CLT, em seu artigo oitavo, parágrafo único, autoriza tal prática.

Acrescente-se o fato de que o direito do trabalho não possui prazos prescricionais próprios incidíveis sobre os domésticos, razão pela qual necessário se faz a busca de uma integração com as normas que nos são colocadas. Aplicar normas trabalhistas quando expressamente incabíveis é, isto si, infringir o ordenamento que busca proteger; tal prática consiste em um "ranço" autonomista inadmissível.

C) *AMAURI MASCARO NASCIMENTO* expõe "*que todo trabalhador que têm o direito de ação perante a justiça do trabalho é nesse sentido credor, não só o empregado em geral como os especiais, razão pela qual as ações do empregado doméstico também são regidas pela mesma regra do artigo 7º, XXIX, da constituição federal, sendo irrelevante não estar incluído esse dispositivo entre aqueles que o art. 7º, parágrafo único, manda aplicar ao doméstico*" (em *Curso de Direito Processual do Trabalho, Saraiva, 1993, 14ª ed.,* pág. 455).

Mais uma vez se manifesta a nossa discordância, *data venia*. Não negamos que os prazos estabelecidos na Constituição sejam aplicados aos empregados, porém, em relação aos domésticos, vai longe, conforme será visto no item 4, *supra*, pois àqueles que a Carta Magna quis negar, não poderá uma interpretação conceder. E, pela argumentação do mestre paulista forçoso é concluir que os domésticos não teriam a figura da prescrição. Destarte, chegaríamos a duas conclusões: a) voltar-se-ia ao período inicial do direito romano (cf. *ÍISIS DE OLIVEIRA*, em *Manual da Prescrição Trabalhista, 2ª Ed., 1994, LTr, pág. 17*), quando as ações eram perpétuas (salvo raras

hipóteses): inexistiria prazo máximo e, pois, eternamente o doméstico poderia buscar a tutela jurisdicional sobre um pretense direito infringido, gerando uma instabilidade perene; b) ou, caso contrário, o momento de bater às portas do judiciário seria o logo imediato à lesão, com inexistência de um intervalo temporal – o que produziria ajuizamentos de ações impensados e, talvez, precipitados.

3. 3 - Visão da competência.

Por visão da competência denominamos, de forma imprópria, a corrente exposta por CARLOS MOREIRA DE LUCA, na revista LTr 53/81-82, e defendida por RODOLFO PAMPLONA (em Prescrição Trabalhista – Questões Controvertidas, LTr, 1996) de que o prazo seria de dois anos, pois todas as ações trabalhistas, salvo disposição especial em contrário, prescreveriam neste prazo, conforme previsto no art. 101 do Decreto-Lei 1.237/39, que disciplinou a Justiça do Trabalho.

De uma forma proléptica (tendo em vista o nosso posicionamento), podemos dizer que havia o disposto no código civil (art. 178, parágrafo 10, V), como especialidade em relação àquele prazo, pelo que não fora revogado, já que ambos consistiam em disposições especiais.

Também, o artigo primeiro de tal Decreto-Lei mencionado estabelecia que os “os conflitos, oriundos das relações entre empregadores e empregados, regulados na legislação social, serão dirimidos pela justiça do trabalho” (apud De Luca, *ibidem*). Ora, ao que se sabe, o doméstico não era disciplinado por qualquer lei à qual se queira dar a feição de “direito social” (*sic*), isto é, o empregado doméstico não era regido por leis trabalhistas (*strictu sensu*). O único documento legal com tal fisionomia foi o decreto-lei 3.078/41, o qual não chegou a ser aplicado, tendo em vista a falta de regulamentação no prazo legal. Assim, como sustenta OCTACÍLIO P. DA SILVA, o decreto-lei caducou (*in op. cit.*, pág. 386).

Ademais, a doutrina sempre se digladiava sobre qual seria a “justiça” competente para dirimir os litígios entre empregadores e domésticos, conforme bem lembram WAGNER GIGLIO (Direito Processual do Trabalho, pág. 81, 9ª Ed., LTr) e OCTACÍLIO P. DA SILVA (*ob. cit.*, pág. 393). Externa bem tal pensamento o magistério do CRISTÓVÃO PIRAGIBES TOSTES

MALTA, *verbis*: “*interessa-nos mais de perto, entretanto, o problema da competência da justiça do trabalho para as reclamações onde litiguem domésticos e seus patrões com base na relação de emprego que os vincule... A negativa têm sido a resposta encontrada não só entre nós, como no plano internacional: 'hoy es evidente', manifesta-se J. MENENDEZ PIDAL, 'que el servicio doméstico no puede acudir a la magistratura del trabajo para resolver sus diferencias con los amos'*” (em Da Competência no Processo do Trabalho, 1960, Forense, pág. 231).

Deste modo, não é a definição de qual será o órgão solucionador dos problemas trabalhistas do doméstico (conforme sustenta os ilustres colegas carioca e baiano) que irá determinar o prazo prescricional.

4 - FIXAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL.

As disposições estatuídas no artigo sétimo da Constituição não se aplicam aos doméstico, face ao disposto no parágrafo único deste artigo. Com efeito, esse dispositivo é expresso em assegurar aos domésticos o salário mínimo, irredutibilidade salarial, décimo terceiro salário, descanso semanal remunerado, férias acrescidas de um terço, licenças maternidade e paternidade, aviso prévio e aposentadoria, além de integração à previdência social (tramita no Congresso Nacional projeto de lei que aumenta tal rol – não sabemos se menciona a prescrição). Apenas esses direitos são aplicados aos domésticos; todos os outros não ou mencionados não são aplicáveis a essa categoria. Isto porque a Carta Magna quis assegurar apenas aquele elenco supra mencionado; todos os outros excluídos daquela enumeração legal não são aplicados aos domésticos e, dentre os que não são, encontra-se a prescrição.

Não se poderá dizer que a não inclusão se deve a um lapso do constituinte e, como tal, deve ser suprido pelo aplicador do direito, fazendo uma integração legal. Não!. Aquela enumeração consiste em um *numerus clausus* relativo aos direitos dos domésticos, previstos constitucionalmente, pois houve aquilo que se chama “silêncio eloqüente”. A inclusão de um só implica a exclusão de quaisquer outros; temos que, quando a lei quis, determinou e

sobre o que não quis, guardou silêncio. Pertinentemente, observa EDUARDO GABRIEL SAAD que *"infere-se da norma sob estudo que as demais disposições do art. 7º. não se aplicam aos empregados domésticos e, entre elas, se encontra aquela que diz respeito à prescrição"* (em Constituição e Direito do Trabalho, 2ª Ed., 1989, pág. 176, LTr).

Afirmar que o direito do trabalho tem sua estrutura informativa no direito comum consiste em um truísmo, sem embargo da tendência da tendência autonomista daquele. RUSSOMANO é bem claro nesse sentido: *"o direito comum é fonte subsidiária do direito do trabalho, a não ser naquilo que seja incompatível com este, ou seja, naquilo que tiver de individualista. A prescrição é, porém, eminentemente, social"* (ob. cit., loc. cit.). Portanto, como a Constituição Federal silenciou-se relativamente à prescrição aplicável aos trabalhadores domésticos, mister se faz a determinação de um marco temporal, ultrapassado o qual ficam prescritas as ações de tais trabalhadores. Destarte, devemos buscar o auxílio que o direito privado comum possa nos fornecer na presente carência. Ensina SAAD que *"assim, é este ponto disciplinado pelo código civil"* (ibidem).

Realmente, o artigo 178, parágrafo 10, V, do código civil estatui que prescreverá em cinco anos a *"ação dos serviçais (sic), operários e jornaleiros, pelo pagamento de seus salários"*. Está claro, portanto, que o doméstico perderá o direito de ação após cinco anos da lesão de um pretense direito seu. De tal forma, invocando a tutela jurisdicional do Estado mediante o exercício do direito de ação previsto constitucionalmente. Não o exercendo dentro de tal prazo, aquela agressão será convalidada; juridicamente, o agressor não mais poderá ser obrigado a reverter o direito do empregado doméstico, e aí teremos aquela preferência jurídica à qual se refere o douto EVARISTO DE MORAES FILHO.

Não se poderá dizer que tal dispositivo (CC) não seja aplicável ao doméstico posto ter havido norma superveniente (Lei 5.859); a lei que regula a prestação de serviços domésticos, porém, omitiu-se quanto à prescrição. Dessa forma, continua em vigor o disposto no estatuto comum, principalmente face ao que traz o parágrafo primeiro do art. 2º, da LICC: *"a lei posterior revoga a anterior quando*

expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regula inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior". Vislumbra-se, de plano, que a Lei 5.859 não está incluída em nenhuma das três situações exigidas pelo diploma introdutório ao ordenamento jurídico nacional, não tendo, pois, o condão de revogar os dispositivos do código civil pertinente à prescrição.

Portanto, podemos concluir que nem a CLT tampouco a Lei 5.859 revogaram os dispositivos civis relativos aos Domésticos. Assim, o código civil, na parte que trata da prescrição, é inteiramente aplicável aos empregados domésticos - restrição talvez, quanto ao vocábulo "serviçais", de somenos importância. Destarte, entendemos, que o prazo prescricional incidível sobre os domésticos é de 5 anos, tal qual disciplinado há quase uma centúria.

5 - INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL.

Ao contrário do rural, o qual não possui prazo prescricional "correndo" enquanto em vigor o vínculo empregatício -, a prescrição dos domésticos inicia-se a partir da agressão, levando-nos à conclusão de que, na vigência da relação empregatícia doméstica, tem-se a atuação do prazo prescricional.

6 - CONCLUSÃO.

À guisa de conclusão, podemos afirmar que a prescrição relativa aos empregados domésticos ocorre em cinco anos após a lesão do direito, mesmo em plena vigência a relação empregatícia, tal qual como prevista no código civil, tendo em vista que a CF e a CLT não servem à presente hipótese. Concordar com as jurisprudência e doutrina dominantes é, com o devido respeito, estabelecer um prejuízo que a lei repugna, prejuízo este que só infringe seres já por natureza espoliados na lida diária e no ordenamento jurídico pátrio.

Excluídos da maioria dos direitos trabalhistas, o doméstico conta com uma seu favor (se é que pode ter como vantagem o tempo para buscar a satisfação de agressões): o prazo prescricional, que é mais longo. Pelo menos em algum item o doméstico será mais beneficiado do que o trabalhador comum!

É a nossa posição.