

SINGULARIDADES DA LEGISLAÇÃO DO TRABALHO DOMÉSTICO

Homero Batista Mateus da Silva¹

Plano de trabalho. 1. Introdução. 2. A Lei do Trabalho Doméstico de 1972. 3. O impacto da Constituição Federal de 1988. 4. O fracasso da lei do trabalho doméstico de 2006. 5. Importância das Convenções 182 e 189 da Organização Internacional do Trabalho. 6. Panorama da Emenda Constitucional 72, de 3 de abril de 2013. 7. Cenários para a próxima geração.

1. Introdução.

Os trabalhadores domésticos historicamente não despertam muito interesse do legislador brasileiro. O esforço histórico deste artigo apontará que apenas algumas normas esparsas cuidam do tema do trabalho prestado para o âmbito do lar, nada obstante envolverem milhões de empregados na área.

Mesmo a tão comentada Emenda Constitucional 72, de 3 de abril de 2013, ainda deixa em aberto um número excessivo de questões básicas, como o direito ao intervalo para refeição e descanso, a sindicalização patronal e a contagem dos prazos de prescrição, tudo a revelar o descaso.

Há pouco a festejar.

Várias teses procuram justificar o atraso do legislador trabalhista na apreciação do trabalho doméstico, quase todas no campo da sociologia, porque, na verdade, não há um fator determinante para que numerosas profissões obtenham direitos e garantias do legislador, enquanto outras profissões – o trabalho doméstico em particular – fiquem na dependência da boa vontade alheia.

O fato de o Brasil ter sido o último país do Ocidente a abolir a escravidão certamente assume parte dessa responsabilidade. Se a força do passado escravocrata se faz sentir até nos tempos presentes, não será surpresa que em 1943 a Consolidação das Leis do Trabalho tenha expressamente excluído o trabalho doméstico de seu alcance (artigo 7º, a).

.....

¹ Juiz titular da 88ª Vara do Trabalho de São Paulo. Professor doutor da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (Departamento de Direito do Trabalho e Seguridade Social). Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas e da Academia Paulista de Direito do Trabalho. Autor da coleção Curso de Direito do Trabalho Aplicado (dez volumes), pela Editora Elsevier.

A tolerância da sociedade brasileira à presença de um prestador de serviços na intimidade do lar, privado de direitos trabalhistas e de acesso à previdência social, igualmente concorreu para que as casas legislativas – formadas também elas por tomadores de serviços domésticos – considerassem o tema de baixa relevância.

Impossível não se lembrar do uso da palavra “agregado”, presente na literatura brasileira para se referir ao ente do núcleo familiar, que, com ou sem laços consanguíneos, dedicava a vida inteira a servir ao lar, sem perspectiva alguma de incremento dos estudos ou da profissão – sem horizontes fora do âmbito do lar, enfim.

A figura do agregado é elemento chave para se entender, por exemplo, por que razão a previdência social não podia ser acessada pelos empregados domésticos, possivelmente porque se acreditava que todas as famílias iriam amparar sua velhice e, portanto, não havia necessidade de acesso ao seguro social. Premissas bastantes frágeis e presunções bastante relativas sustentavam essa estrutura do trabalho doméstico nas primeiras décadas do século XX.

2. A Lei do Trabalho Doméstico de 1972.

A Lei 5.859/1972 foi o primeiro grande diploma legislativo a tratar especificamente do tema do trabalho doméstico²: embora tímida, a lei representa marco histórico a figurar em qualquer estudo sobre a profissão. De concreto, traz apenas três elementos:

- inserção dos domésticos na previdência social;
- direito a férias de vinte dias úteis;
- inclusão da exigência de que o trabalho tenha natureza contínua.

O primeiro elemento permitiu o registro da atividade em Carteira de Trabalho, a efetivação dos recolhimentos previdenciários e o acesso a algumas das prestações previdenciárias, notadamente a aposentado-

.....

² O Código Civil de 1916 previa prazo prescricional de cinco anos para as pretensões dos “serviçais, operários e jornaleiros”, havendo quem enxergue nesse dispositivo uma referência remota ao trabalho doméstico. A palavra jornaleiros, à época, era utilizada como sinônimo de diaristas, dada sua origem na palavra francesa jour, que significa dia. Mais significativa era a referência feita pelo artigo 1569, VII, ao privilégio geral, em concurso de credores, dos salários “dos criados e mais pessoas de serviço doméstico do devedor, nos seus derradeiros seis meses de vida”, deixando inequívoco o reconhecimento pelo legislador de que a classe dos trabalhadores domésticos existia de fato e de direito. O artigo 1570 arrematava dizendo que os mestres, que ensinavam aos descendentes menores do devedor, eram também considerados trabalhadores domésticos. O Código Comercial de 1850 tinha semelhante dispositivo no tocante à garantia de salários para os domésticos em caso de insolvência do empregador (artigo 876, item 3).

ria. Como ocorre até a atualidade, nem todas as prestações serão acasadas pelos empregados domésticos, por falta de custeio.

O segundo elemento gerou bastante dificuldade prática. Não havia motivo determinante para se separarem 30 dias corridos de férias para todos e 20 dias úteis para o doméstico. A deturpação somente seria corrigida em 2006 – quando finalmente a expressão foi revogada.

Afora a expressão confusa de vinte dias úteis, os domésticos ficaram num limbo jurídico de décadas, porque a lei delegou à Presidência da República a regulamentação das férias e esta, ao elaborar o Decreto 71.885, em 1973, cometeu um lapso imperdoável: ao invés de tecer alguns comentários sobre a concretização do direito às férias, o que poderia ser feito em 3 ou 4 artigos, preferiu remeter a regulamentação para o capítulo de férias da CLT.

Resultado: durante décadas, manteve-se forte o entendimento de que os domésticos não tinham direito a férias dobradas (em caso de demora pela família em sua concessão) nem a férias proporcionais, tudo porque a CLT havia vetado o acesso dos domésticos aos direitos dos trabalhadores urbanos. Considerou-se que o Decreto 71.885 usurpou seus poderes ao chamar a CLT de regulamento das férias dos domésticos.

Na verdade, pode-se relevar a gafe da Presidência da República, interpretando-se o Decreto 71.885/1973 como sendo uma regulamentação “preguiçosa”, ou seja, ao invés de transcrever o capítulo das férias da CLT para seu texto, fez menção ao nome da CLT de modo singular, sem esperar a forte reação quanto a essa técnica legislativa.

Mas o fato é que ninguém obtém o direito a férias (de trinta dias ou de vinte dias úteis) sem ter regulamentação: quem conhece o direito a férias ou quem trabalha em departamento pessoal sabe que há um sem número de questões minuciosas para o aviso prévio da concessão, a fixação da data, o cálculo, o pagamento, a perda do direito às férias, a natureza jurídica, a conversão de uma parcela em pecúnia e assim sucessivamente.

Era melhor, portanto, reconhecer o cochilo do Decreto 71.885/1973 e estender aos domésticos o direito às férias e toda sua disciplina contida na CLT.

O terceiro tema da Lei 5.859/1972 foi ainda mais infeliz do que as férias claudicantes: trata-se da inserção da sutil exigência do trabalho de “natureza contínua” para fins do enquadramento como doméstico.

Essa exigência não constava da definição da própria CLT, cujo artigo 7º, a, refere apenas os que prestam serviços de natureza não econômica à pessoa ou família, no âmbito residencial destas.

Ao referir à natureza contínua, o legislador da 1972 abalou o conceito de trabalho doméstico e conseguiu criar, com ajuda de jurisprudência resiliente, uma sub-categoria de trabalhadores domésticos, cuja condição será ainda mais penosa: a figura do diarista.

Que o direito conviva com trabalhos ocasionais, atividades esparsas e serviços eventuais, sem acesso às normas trabalhistas destinadas aos trabalhos duradouros, não vai aí nenhuma surpresa. Numerosas legislações separam o fugaz do duradouro e também a CLT vai nesse sentido.

O que se critica é o grau de exigência que se fez com o trabalho doméstico – e somente com o trabalho doméstico – quando se passou a interpretar trabalho contínuo como sendo aquele prestado cinco ou seis dias por semana. Trabalhos prestados em um ou dois dias por semana, mesmo que em dias fixos e ao longo de décadas, receberam o rótulo de não contínuos, e como tal, foram expelidos das leis trabalhistas. Ganham apenas a diária ajustada.

Curioso notar que diversos contratos de trabalho existem com frequência de um ou dois dias por semana, sem que isso gere espanto e sem que se alegue que o trabalho foi eventual. Basta lembrar o professor de ensino médio ou fundamental, que comparece a determinada escola toda segunda-feira, ou o médico plantonista que dá expediente toda terça-feira no hospital, e nem por isso são rotulados de descontínuos ou de eventuais.

Ao que parece, o legislador de 1972 usou a expressão trabalho contínuo como sinônimo daquilo que a CLT de 1943 chamou de trabalho não eventual, mas não foi essa a interpretação prevalecente. Entendeu-se que trabalho contínuo é aquele realizado todos os dias e não aquele realizado com habitualidade – ou seja, com repetição razoavelmente esperada, e não a frequência integral de todas as horas e todos os dias.

Houvesse a jurisprudência sido mais equânime na leitura dos adjetivos “contínuo” e “não eventual”, hoje não teríamos a anomalia das “diaristas habituais”.

Os domésticos ficariam os próximos dezesseis anos sem nenhuma novidade legislativa, exceto pela referência feita na Lei do Vale Transporte (Lei 7.418/1985).

3. O impacto da Constituição Federal de 1988.

No Congresso Constituinte de 1987-1988, os domésticos perceberam o momento adequado para exigir alguns direitos e fizeram valer

algum grau de persuasão naquela época histórica.

Não que os direitos dos domésticos devessem figurar numa norma constitucional; há quem diga que não existe paralelo em nenhuma outra Constituição; mas aquela era a oportunidade ideal e, ao cabo das negociações, os domésticos foram autorizados a inserir dez direitos no parágrafo único do artigo 7º.

São eles:

- direito ao salário-mínimo;
- irredutibilidade salarial;
- décimo terceiro salário;
- descansos semanais remunerados;
- gozo de férias anuais acrescidas de um terço;
- licença-maternidade de 120 dias;
- licença-paternidade;
- aviso-prévio;
- aposentadoria;
- previdência social.

Embora numerosa, a lista de dez itens contém apenas 3 ou 4 novidades para os domésticos, como o décimo terceiro salário, os descansos semanais remunerados e o aviso prévio indenizado. Os demais itens eram sustentáveis para os domésticos por força do acesso ao regime geral da previdência social, autorizado desde 1972, ou por força dos princípios que norteiam o direito do trabalho – por exemplo, o princípio protetor e sua ênfase na irredutibilidade salarial.

Não se deve desdenhar a conquista dos trabalhadores domésticos de 1988 nem se esquecer de que a inserção no patamar constitucional tem a vantagem de tornar qualquer alteração mais complexa, tornando menos vulnerável o acervo jurídico.

No entanto, notam-se muitas ausências no repertório de 1988:

- estabilidade da gestante;
- fundo de garantia;
- seguro desemprego;
- piso salarial;
- adicional noturno;
- salário-família;
- limitação à jornada de trabalho;
- normas de saúde e segurança do trabalho;
- normas de proteção ao trabalho infanto-juvenil;
- fixação de prazos prescricionais.

Alguns assuntos foram resolvidos por força de interpretações jurisprudenciais. Por exemplo, entendeu-se que a prescrição dos urbanos e rurais (cinco anos de modo geral até dois anos após a rescisão) se aplicava também aos trabalhadores domésticos, apesar de não haver referência expressa desse dispositivo no repertório do trabalho doméstico. Entendeu-se que eram prazos de acesso à Justiça do Trabalho em geral, para se contornar a omissão do legislador.

Treze anos se passaram até que houvesse a aprovação da Lei 10.208/2001, voltada para a concessão de fundo de garantia e de seguro desemprego, mas em caráter facultativo – evidentemente, a adesão foi baixíssima. Essa lei de 2001 caiu no esquecimento³.

Nova rodada de negociações seria feita nos anos subsequentes, depositando-se grandes expectativas sobre o que viria a ser a Lei 11.324/2006.

4. O fracasso da nova lei do trabalho doméstico de 2006.

Em 2006, acreditava-se que a sociedade já estaria madura o bastante para reconhecer o valor do trabalho doméstico – mas ainda não era chegada a hora.

Há cinco pontos centrais na Lei 11.324/2006:

- criação de pequeno incentivo fiscal;
- vedação de descontos salariais de alimentação e higiene;
- padronização das férias em trinta dias corridos;
- reconhecimento do direito ao feriado (revogação do dispositivo que vedava o acesso do doméstico à Lei 605/1949)⁴; e

.....

³ Podemos incluir, numa listagem mais minuciosa, também a referência ao trabalho doméstico encontrada na Lei 8.009/1990, a propósito do bem de família. O assunto, pouco comentado, tende a render debates intensos nos próximos anos, quando começarem a transitar condenações expressivas a título de horas extras, por exemplo. O artigo 3º, I, da Lei 8.009/1990, admite a penhora do único imóvel da família, se o propósito for o pagamento dos créditos dos empregados da residência e seus recolhimentos previdenciários. Certamente haverá alegação de colisão de direitos fundamentais, entre, digamos, a moradia do empregador doméstico idoso e as horas extras do empregado doméstico.

⁴ Era possível sustentar que os domésticos já haviam adquirido o direito ao descanso em feriado a partir de outubro de 1988, quando a Constituição Federal lhes estendeu o inciso XV do artigo 7º, a saber, o inciso dos repousos semanais remunerados. Isso ocorre porque o legislador ordinário – no caso, a Lei 605/1949 –, ao definir os repousos, faz menção tanto aos domingos quanto aos feriados, no bojo do mesmo conceito. É como se dissesse que os descansos serão, no mínimo, semanais, podendo haver dois ou mais na mesma semana. No entanto, como não havia consenso sobre o conceito preciso dos descansos semanais remunerados e como se voltava insistentemente àquele impasse sobre como operacionalizar um direito constitucionalmente assegurado sem uma lei ordinária que o acompanhe, muitos domésticos se viram privados do direito ao descanso em

- reconhecimento da garantia de emprego de cinco meses após o parto da gestante doméstica.

O incentivo fiscal, no particular, corresponde ao direito do empregador pessoa física, abater do imposto de renda os gastos realizados com os recolhimentos previdenciários, mas tomando por base de cálculo o salário-mínimo, independentemente de quanto é pago ao doméstico, bem assim mediante outras restrições aplicáveis. Há críticas de ambos os lados: para uns, o incentivo é muito tímido; para outros, é imoral que se use o imposto de renda para estimular o empregador a cumprir nada menos do que sua obrigação de registrar o empregado doméstico e recolher os encargos legais.

A vedação de descontos salariais e a padronização das férias em trinta dias corridos vieram tarde. De maneira geral, são procedimentos que já vinham sendo praticados nas relações domésticas, até mesmo pela maior facilidade nas negociações.

Mas, de tudo o que acima constou, a Lei 11.324/2006 impactou mais no que diz respeito à estabilidade da gestante⁵. A Constituição Federal de 1988 faz menção ao direito à licença-maternidade (inciso XVIII do artigo 7º) mas não elencou, no rol dos direitos dos domésticos, a relação de emprego protegida contra a dispensa arbitrária ou sem justa causa (inciso I do artigo 7º)⁶.

Nada obstante os cinco pontos centrais frisados por este artigo, a Lei 11.324/2006 ficou mais conhecida por aquilo que ela não contemplou. Melhor dizendo, são os vetos do Presidente Lula que até hoje são comentados e não os direitos veiculados pela lei de 2006⁷: o veto ao

feriados, fazendo-se necessário que a lei ordinária de 2006 estabelecesse, de uma vez por todas, que os domésticos têm acesso à Lei 605/1949, com suas vantagens – direito aos descansos – e desvantagens – perda do descanso em caso de atrasos e ausências, regras específicas para justificar as ausências etc.

⁵ Não é a primeira vez que uma lei ordinária dispõe sobre garantia de emprego, apesar de o artigo 7º, I, da Constituição Federal de 1988, fazer expressa referência à lei complementar como instrumento adequado para esta matéria. Tal como aconteceu com o artigo 118 da Lei 8.213/1991 (garantia de emprego para o empregado acidentado), entendeu-se que a lei ordinária pode criar garantias momentâneas e específicas para um determinado grupo de trabalhadores, ao passo que somente a lei complementar pode criar estabilidade duradoura para todos os trabalhadores. Neste passo, a Lei 11.324/2006 não padece de vício de inconstitucionalidade.

⁶ Assim fazendo, o Constituinte inibiu o acesso dos domésticos ao artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – que vem a ser precisamente o dispositivo das garantias de emprego das gestantes, dos membros da CIPA e da ampliação da indenização do fundo de garantia de 10% para 40% em caso de rescisão por iniciativa do empregador, sem justa causa. Como o doméstico não tem acesso ao fundo de garantia e não integra processo eletivo de CIPA, esses temas não fizeram tanta falta quanto foi a falta de estabilidade para as gestantes.

⁷ O veto ao salário-família não provocou repercussão porque se fundamenta no argumento constitucional de que não pode haver benefício sem fonte de custeio prévia. Na verdade, a lei

fundo de garantia obrigatório se tornou célebre porque foi fundamentado no receio de aumento da informalidade e por onerar demais o empregador. Esses mesmos argumentos utilizados em 2006 foram considerados irrelevantes nos debates sobre a Emenda Constitucional 72, entre 2012 e 2013, como abaixo se apreciará.

Antes, porém, convém lembrar que dois tratados internacionais influenciaram diretamente as relações de trabalho doméstico no Brasil.

5. Importância das Convenções 182 e 189 da Organização Internacional do Trabalho.

Poucos iriam pesquisar temas de trabalho doméstico na Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho, porque esta diz respeito à busca da erradicação das piores formas de trabalho infantil.

Ocorre que o Brasil, apesar de ser signatário de primeira hora deste tratado internacional, desde fevereiro de 2000, não elaborou, no primeiro momento, uma lista adequada de quais seriam as piores formas de trabalho infantil, deixando a Convenção 182 um tanto desfalcada em sua aplicabilidade nacional.

Foi assim que, após o constrangimento inicial de tentar conciliar um tratado de 2000 com um anexo de profissões de 1943⁸, a Presidência da República elaborou o Decreto 6.481/2008, de onde se extrai uma lista atualizada e abrangente sobre atividades inadequadas para o trabalho do jovem, seja o aprendiz a partir de 14 anos, seja o empregado de 16 a 18 anos.

Já quase ao final da lista, aparece a proibição ao trabalho doméstico.

Portanto, no Brasil é proibida a atividade doméstica para os jovens de 16 a 18 anos, apesar de essa informação não ter obtido a notoriedade desejada. Parte desse desconhecimento se explica pela informalidade das relações domésticas, ou seja, considerando-se que largos contingentes de trabalhadores domésticos deixam de ser registrados, pouco importa se a mão de obra clandestina é jovem ou adulta.

Os argumentos utilizados pelo Decreto 6.481/2008 para vetar o trabalho adolescente doméstico são contundentes:

.....

também não dizia o contrário. Bastaria desenvolver a fonte de custeio, ainda que após uma fase de transição, mas, enfim, o direito foi vetado.

⁸ Dizia-se que a lista elaborada em 1943 pela Consolidação das Leis do Trabalho, para orientar a aplicação do artigo 405, seria suficiente para preencher as exigências do tratado, mas aquela lista estava historicamente superada, dando ênfase a questões de ordem moral e pouca atenção para trabalhos penosos, insalubres e perigosos.

- esforços físicos intensos,
- riscos de isolamento;
- riscos de abusos físicos, psicológicos e sexuais;
- longas jornadas de trabalho;
- possibilidade de atividades noturnas;
- exposição ao fogo, ao calor e a posições anti-ergonômicas;
- tracionamento da coluna vertebral;
- sobrecarga muscular e queda de nível.

Por seu turno, a Convenção 189, dedicada ao trabalho doméstico, foi aprovada em junho de 2011 e entrou em vigor mundial em 5 de setembro de 2013, data em que se completaram doze meses a contar do dia em que um segundo país a ratificou.

Em fevereiro de 2014, apenas 12 países⁹ a haviam ratificado¹⁰:

- África do Sul;
- Alemanha;
- Bolívia;
- Costa Rica;
- Equador;
- Filipinas;
- Guiana;
- Ilhas Maurício;
- Itália;
- Nicarágua;
- Paraguai;
- Uruguai.

O Brasil não ratificou o tratado, mas implementa medidas tendentes a obedecer a seus postulados. Da lista dos principais tópicos da Convenção 189, talvez o Brasil deixe mais a desejar no campo da regulamentação das agências de colocação de mão de obra doméstica e na proteção ao empregado doméstico imigrante. Itens sensíveis como o acesso ao Poder Judiciário e ao regime geral da previdência já se encontram bem evoluídos. Itens relacionados à clareza nos termos da contratação e estipulação de duração máxima para o expediente, apesar de alguns solavancos, se encontram em caminho adequado.

.....

⁹ No entanto, é relevante notar que a lista inclui países mais e menos desenvolvidos, de todos os continentes, menos Oceania, sendo seis da América Latina.

¹⁰ Vale lembrar que alguns países não ratificam formalmente as Convenções, mas implementam medidas eficazes para sua concretização, principalmente aqueles de tradição anglo-saxã, de sorte que a lista ostenta apenas aqueles que formalmente assinaram o tratado e não aqueles que adotaram eficazmente seus preceitos.

Mas talvez o efeito mais forte produzido pela Convenção 189 – bem assim a excelente Recomendação 201, que a acompanha – foi justamente impulsionar o Congresso Nacional a agilizar os procedimentos do que viria a ser conhecido como Emenda 72, dado que o tratado internacional, mesmo não ratificado pelo país, representa desde logo um patamar mínimo mundial e fonte de interpretações e de padronização normativa.

6. Panorama da Emenda Constitucional 72, de 3 de abril de 2013.

Sob o influxo da Convenção 189 da Organização Internacional do Trabalho, promulga o Congresso Nacional a Emenda 72 em 3 de abril de 2013.

A data deve ser memorizada, porque a Emenda pega o contrato de trabalho em andamento, embora não retroaja. Eventual pedido de horas extras, portanto, será limitado pelo magistrado ao período posterior a 3 de abril de 2013, ainda que não haja contestação do empregador, dado que, anteriormente àquela data, o direito não estava assegurado pelo legislador¹¹.

A Emenda 72, no entanto, não facilita sua interpretação nem sua concretização. É claramente um enigma para esta e para as próximas gerações, deixando mais dúvidas do que respostas. Não foi o melhor caminho para se estenderem direitos à classe dos domésticos, porque oferece apenas palavras e frases curtas, sem nenhuma pista para sua operacionalização. Novamente esse papel será exercido pelo Poder Judiciário, o que não parece ser a via mais adequada de regulamentação do direito do trabalho.

Dificulta ainda mais a compreensão o fato de a Emenda 72 ter separado os direitos em três blocos:

- direitos de exercício imediato (que subiram de dez para dezoito);
- direitos carentes de lei regulamentadora (sete grandes temas);
- direitos omitidos (oito tópicos).

No primeiro plano, consideram-se direitos imediatos aqueles previstos nos incisos do artigo 7º transpostos para o parágrafo único, sem

¹¹ Desnecessário frisar que aqui se fala de horas extras em sentido estrito e não das outras teses que chegam ao tema das horas extras por outros caminhos, tais como as teses que propugnavam o direito às horas extras pela dignidade do ser humano ou pelo abuso do direito praticado pelo empregador, ou, ainda, pela quebra do equilíbrio contratual quando a jornada foi expandida demasiadamente no curso da relação. Essas teses, fruto do vazio normativo brasileiro, no tocante à duração do expediente doméstico, tendem a desaparecer com a contundência da Emenda 72.

qualquer ressalva. Além dos dez itens acima já transcritos no comentário ao texto de 1988, acrescentaram-se:

- salário-mínimo para quem ganha por produção, como o comissionista ou o tarefeiro (uma ficção para o ambiente do lar);
- proteção ao salário contra retenção dolosa (outra ficção, porque nem os trabalhadores urbanos conseguiram a lei ordinária necessária para a tipificação penal, passados 25 anos da Constituição Federal de 1988);
- jornada de oito horas, módulo semanal de 44 horas, autorizando-se a compensação;
- adicional de 50% para as horas extras;
- acesso a normas de saúde, higiene e segurança do trabalho (o que será ficção se o legislador ordinário e as portarias do Ministério do Trabalho e Emprego não se movimentarem logo);
- acesso à negociação coletiva (sendo questão de alta indagação saber sobre a viabilidade da formação de sindicato patronal desprovido de atividade econômica);
- não discriminação por gênero, idade, cor e estado civil (o que já se poderia sustentar antes da Emenda por outros dispositivos constitucionais);
- não discriminação da pessoa portadora de deficiência (idem);
- idade mínima de dezesseis anos para ingresso na profissão (dispositivo tardio e obsoleto, porque, como acima visto, o Brasil se comprometeu em tratado internacional a fixar em dezoito anos a idade mínima para o trabalho doméstico).

Um dos temas centrais, no tocante às horas extras, que está longe de ser equacionado, é a forma de comprovar as horas extras, dado que o ambiente do lar é naturalmente de recato e de menor movimento do que o ambiente de uma fábrica ou de um escritório, de modo que a tendência é que haja pouca ou nenhuma testemunha presencial. Reforça ainda mais essa percepção a orientação do Ministério do Trabalho e Emprego para que os auditores fiscais não entrem em residências, pela preservação da privacidade do lar.

Trabalhadores de grandes residências levam vantagem neste quesito, pela possibilidade de talvez contarem uns com os outros, mas normalmente esses grandes lares já se organizam como pequenas empresas e possuem suas escalas de folga e seus plantões, cenário muito diverso da pequena moradia com um único empregado.

Moradores de condomínios edifícios ficaram assustados com a perspectiva de o zelador ou o porteiro servirem de testemunha para

jornadas extensas dos empregados domésticos, mas também não há garantia de que a jurisprudência aceitará, sem questionamento, a confirmação da passagem pela portaria do prédio como suficiente para a contagem do tempo de jornada daquele dia. Em casos análogos, como o do marinheiro embarcado, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho foi no sentido de que a mera presença do trabalhador nos domínios do empregador não gera a presunção de trabalho efetivo nem de tempo à disposição do empregador¹².

Considerando-se, por outro lado, a maior vulnerabilidade do empregado doméstico, há uma percepção inicial de que o ônus da prova do não trabalho ficará a cargo do empregador, que teria maior aptidão para esse encargo. Diante dessa perspectiva, diversas famílias instituíram o cartão de ponto. No entanto, documentos não ostentam presunção absoluta no processo do trabalho desde seus primórdios, não havendo segurança de que sua elaboração possa encerrar o debate¹³.

A Emenda pode ter tido o benefício de inibir as jornadas abusivas, a interrupção constante do repouso do empregado e a ideia, felizmente minoritária, de que o doméstico ainda seja um agregado à disposição da família em período integral. Demais particularidades da jornada de trabalho do doméstico, como o intervalo para refeição e descanso de uma hora não citado pelo legislador, a pausa de onze horas para o repouso noturno, o uso de banco de horas, a adoção do regime 12x36 e o controle dos cartões de ponto, ficarão para a sociedade em geral e o Judiciário em particular resolverem. Não é o desejável, mas foi o possível.

Questão ainda mais sensível apanhou as famílias que, antecipando-se à Emenda, haviam majorado espontaneamente o salário, para fazer frente à jornada superior ao padrão de oito horas. Isso acontecia com cuidadores de idosos e de crianças, caseiros e demais funções domésticas que normalmente excedem das oito horas e que em muitos casos já não se contentam mais com o salário-mínimo.

.....

¹² Súmula 96 do Tribunal Superior do Trabalho: "A permanência do tripulante a bordo do navio, no período de repouso, além da jornada, não importa presunção de que esteja à disposição do empregador ou em regime de prorrogação de horário, circunstâncias que devem resultar provadas, dada a natureza do serviço".

¹³ Aliás, a própria adoção do cartão de ponto já é por si só uma burocratização das relações domésticas que talvez não tenha sido imaginada pela Emenda 72, porque ali não está escrito que se aplica ao doméstico o capítulo da duração da jornada da Consolidação das Leis do Trabalho, ou seja, o artigo 74 da lei trabalhista, que dispõe sobre cartões de ponto obrigatórios para empregadores com mais de dez empregados, não é uma norma consensualmente aplicada aos domésticos – que dirá para as famílias com menos de dez empregados.

Empregado e empregador podem ter ajustado o pagamento de dois ou três salários-mínimos para fazer frente à maior complexidade da função e, também, para fazer frente à jornada de doze horas, por exemplo.

Achando-se esse valor, no entanto, “embutido” na remuneração e sendo o contrato de trabalho apanhado pela Emenda em abril de 2013, o direito do trabalho não se sensibiliza com os termos das tratativas e considera inválida a tentativa de “desembutir” o valor para que as horas extras sejam calculadas, digamos, sobre o salário-mínimo. Casos de maior complexidade, em que os salários eram bem mais altos do que aqueles pagos pelo mercado de trabalho e as jornadas bem maiores do que oito horas, somente conseguiram ser resolvidos mediante a rescisão do contrato de trabalho, o que é esdrúxulo mas não impensável¹⁴.

Neste sentido, a Emenda é implacável e não houve regra de transição¹⁵.

Na sequência, assinalem-se os direitos futuros, assim entendidos aqueles que carecem de regulamentação, que terão as condições estabelecidas em lei e cujas normas deverão respeitar as peculiaridades do trabalho doméstico e a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias:

- estabilidades;
- acesso ao regime do fundo de garantia e seguro-desemprego (os mesmos que foram vetados pela Presidência da República quando da promulgação da Lei 10.208/2001, agora sob a força de imposição constitucional);
- adicional noturno (que não necessariamente seguirá os parâmetros da CLT);
- salário-família, creche e seguro de acidente de trabalho (que dependem muito mais da criação das fontes de custeio e que são mais afetos aos Poderes Públicos do que ao empregador doméstico propriamente dito; talvez sejam os que mais tardarão).

Por fim, apresenta-se o rol dos direitos não assegurados, que, agora, dificilmente serão oferecidos ao empregado doméstico se sua pró-

.....

¹⁴ Isso supondo que a família estivesse em condições de dispensar aquele profissional, normalmente de difícil substituição e de ligação afetiva com a pessoa sobre quem os cuidados recaíam.

¹⁵ Haverá certamente casos que serão levados às mais altas esferas do Judiciário para se saber se a família pode repactuar os direitos, com alegações sobre a boa-fé e a primazia da realidade, mas a nosso sentir essa é uma causa perdida: historicamente, o argumento de que a legislação superveniente deveria ser excepcionada para quem pagava maiores salários não é um tema acolhido pelos tribunais.

pria previsão foi expelida do artigo 7º, parágrafo único, da Constituição Federal:

- piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho, conhecido pela expressão equivocada de salário-mínimo estadual (curiosamente, os governos estaduais, por demagogia ou ignorância, normalmente inserem os trabalhadores domésticos na lista do salário-mínimo estadual, sem questionamento, mas o inciso V do artigo 7º não era nem foi inserido no rol dos direitos assegurados; fica na categoria da norma mais benéfica quando espontaneamente oferecido pelo Estado-membro);
- participação nos lucros e resultados (o que parece ser uma iniciativa correta da Emenda 72 revela profundo preconceito, pois um sistema de premiação por resultados pode e deve envolver outros temas que não o lucro, como praticado com êxito em casas de caridade, clubes recreativos e membros da administração pública, empregadores que não visam ao lucro mas que podem envolver os trabalhadores num projeto único; os lares, mesmo querendo, não poderão);
- jornada de seis horas em turno ininterrupto de revezamento (o que nada teria de anormal, bastando lembrar-se da figura do folguista, por exemplo, que se ativa pela manhã, tarde e noite, nas folgas de motoristas, porteiros de grandes residências ou em outros afazeres domiciliares; o prejuízo, aqui, é irreparável);
- proteção do mercado de trabalho da mulher (hoje, uma ficção; no entanto, as empregadas domésticas ficarão vulneráveis quando o legislador ordinário resolver equacionar o dispositivo constitucional);
- adicional de insalubridade e adicional de periculosidade (uma incongruência a exclusão desse dispositivo, que corresponde ao inciso XXIII do artigo 7º, se lembrarmos que o inciso XXII foi inserido no rol dos direitos assegurados; nada impede que as condições de trabalho no lar possam ser enquadradas em alguma norma do Ministério do Trabalho e Emprego, presente ou futura, mas a remuneração do adicional ficou barrada);
- proteção contra a automação;
- prazo prescricional (o legislador insiste em ignorar o tema sensível da prescrição para as pretensões dos domésticos; a realidade ignora o legislador e aplica o prazo prescricional de cinco anos,

até o limite de dois após a rescisão do contrato de trabalho, para todo e qualquer contrato de trabalho);

- não discriminação entre o trabalho manual e o intelectual (a exclusão desse inciso para o âmbito doméstico é inapelavelmente preconceituosa).

7. Cenários para a próxima geração.

A Emenda 72 não provocou o desemprego em massa que chegou a ser propalado, nem se conseguiu substituir o trabalho humano pelos eletrodomésticos.

O Brasil ainda carrega extensa tradição do uso da mão de obra doméstica para liberar as pessoas da casa para o trabalho econômico externo, dito trabalho produtivo, de modo que eventual reversão desse padrão ainda depende de escoamento de muitos anos, com substituição de processos produtivos e alteração do modo de operar o próprio lar.

Isso não será resolvido pelo direito, evidentemente. Há elementos dos mais variados nessa equação, como a redistribuição das tarefas do lar, o papel dos gêneros na convivência familiar, o envolvimento das crianças, adolescentes e jovens, a diminuição do desperdício de mantimentos e o uso racional dos recursos naturais, sem prejuízo das inovações tecnológicas.

As gerações futuras terão necessariamente que se confrontar com o reconhecimento de que o trabalho doméstico gera renda para o país, no exato momento em que libera uma ou mais pessoas para a produção da renda formal, contabilizada e valorizada pela sociedade. Esse reconhecimento abrange tanto o empregado doméstico quanto àque-la pessoa da família que, abdicando de outros talentos e predicados, dedica-se integralmente ao funcionamento do lar, para o conforto dos demais entes queridos.

A inserção do trabalho doméstico no cálculo do Produto Interno Bruto, além de desejável, já é praticada em alguns países e lhe devolve um mínimo de dignidade para o desenvolvimento pessoal e profissional do trabalhador.

E, por fim, talvez ainda mais outra geração será preciso, mas o caminho inevitavelmente passa pelo rompimento do ciclo da feminização da pobreza e especialmente da velhice pobre.