

Artigos

A relação de emprego doméstico e a Emenda Constitucional 72 - primeiras impressões

Luciano Augusto de Toledo Coelho

Juiz do trabalho em Curitiba, PR, Mestre em Direito pela PUC _ PR. Diretor Cultural da Associação dos Magistrados do Trabalho do Paraná.



A relação contratual de emprego doméstico sempre se diferenciou da relação de emprego comum em face de seu desenvolvimento no âmbito residencial com finalidade não lucrativa, para pessoa ou família. É o que preconiza o artigo 1º da Lei 5.859/72. Assim, diversas outras categorias profissionais, desde que exerçam as respectivas atividades em âmbito residencial, sem intuito de lucro, para pessoa ou família, inserem-se no conceito da lei. São exemplos de situações mais comuns os motoristas, vigias, enfermeiros, cuidadores de idosos, e outras.

Por outro lado, o conceito jurídico de âmbito residencial tem sido interpretado de forma mais abrangente, não ficando adstrito ao lugar de moradia, mas estendendo-se a outros locais dentro do círculo residencial familiar, que não necessariamente o domicílio.¹

Tal amplitude tem o efeito de definir como trabalho doméstico a situação de milhões de trabalhadores, como apontam levantamentos do IBGE realizados nas seis maiores regiões metropolitanas do país incluídas na Pesquisa Mensal de Empregos, São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Salvador, Belo Horizonte e Porto Alegre. Em março de 2006, a população de trabalhadores domésticos no agregado dessas seis regiões metropolitanas investigadas pela Pesquisa Mensal de Emprego chegava a 8,1%, dos quais 94,3% eram mulheres e 61,8% formada por pretos e pardos. O estudo mostrava ainda que a jornada de trabalho desempenhada pelos

¹ TRT-PR-22-08-2008 MARINHEIRO PARTICULAR. CONDIÇÃO DE DOMÉSTICO. Em que pese os serviços não terem sido prestados na residência do reclamado, isso não inibe a condição de doméstico, pois o conceito de âmbito residencial recebe interpretação mais elástica que a pretendida pelo recorrente, sem restringir-se à residência em sentido estrito, para abarcar situações outras em que o trabalhador se ativa em benefício do empregador e de sua família, inclusive na função de marinheiro particular, mormente porque incontroverso que o autor trabalhava em barco de propriedade do reclamado. Recurso ordinário a que se nega provimento. TRT-PR-02054-2006-022-09-00-1-ACO-29564-2008 - 1A. TURMA Relator: BENEDITO XAVIER DA SILVA Publicado no DJPR em 22-08-2008

trabalhadores domésticos, 37,6 horas, é inferior à observada para a média da população, 41,9 horas. Constatou-se também que as pessoas com até 17 anos de idade representavam apenas 1,9%.

Esse enorme contingente numa atividade laboral até a pouco à margem de muitos dos direitos reconhecidos aos demais empregados, deve-se às razões histórico-culturais decorrentes da memória e dos efeitos da sociedade escravocrata anterior à Lei Áurea. O serviço doméstico remunerado é ainda considerado uma das mais precárias formas de inserção no mercado de trabalho, pelos baixos índices de formalização e reduzidos níveis de rendimentos.².

O mesmo instituto constatou que, no ano de 2009, de um total de 39,5 milhões de mulheres com emprego, 17% eram domésticas (Pnad 2009). Tais dados demonstram o tremendo impacto social da mudança de estatuto produzida pela aprovação da Emenda Constitucional 72, não somente na condição social desses trabalhadores, como no conjunto da sociedade brasileira, ainda influenciada por uma ideologia que hierarquiza as pessoas segundo sua condição econômica.

É o seguinte o texto da Emenda:

“Artigo único. O parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 7º ... Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XVIII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.”(NR)

² http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pme_nova/perfil_trabalha_domesticos.pdf - acesso em 06.04.2013.

A origem da Emenda foi a proposta da Convenção 189 da OIT e Recomendação 201 (2011), as quais preveem que os trabalhadores domésticos devem ter os mesmos direitos básicos referentes aos demais trabalhadores, principalmente jornada de trabalho limitada e descanso semanal. De acordo com o artigo 3º da C-189, os países deverão adotar medidas que visem assegurar a proteção efetiva dos direitos humanos de todos os trabalhadores domésticos, promovendo e respeitando os princípios e direitos fundamentais do trabalho.

Tal normativa remete à Declaração de Princípios Fundamentais do Trabalho, de 1998, que buscou estabelecer um rol de direitos trabalhistas universais, garantindo que avanços sociais seguissem o progresso econômico. De acordo com tal declaração, estabeleceu a OIT que algumas das suas convenções passariam a ter um *status* „fundamental”, devendo ser observadas pelos países independentemente de ratificação, e prossegue, concluindo que chegada a hora de um dar um passo adiante na consolidação dos direitos dos trabalhadores domésticos em nosso país. Embora o país já possuísse legislação adequada a muitos dos temas regulamentados pela C-189 e pela R- 201, impunha-se a necessidade de implementar muitas das normativas desses documentos, a fim de proporcionar melhores condições aos trabalhadores domésticos de nosso país. Entre outras implementações necessárias, a limitação da jornada de trabalho, FGTS obrigatório e estabelecimento de contrato escrito. A EC 72 vem justamente atender ao contido na convenção 189 e recomendação 201, da OIT.³

Delaíde Arantes, Ministra do TST, também mencionava que não se pode falar em trabalho doméstico sem falar em discriminação da maior categoria de trabalhadores no país, com cerca de sete milhões de pessoas, ressaltando a proposta da OIT no IV Programa da Conferência Internacional como grande avanço no reconhecimento da igualdade de tratamento aos trabalhadores domésticos.⁴ E Nabuco Machado aduz que a marginalização e subvalorização do emprego doméstico tem raízes históricas advindas do fim da escravatura no Brasil, apresentando-se como odioso resquício

3 Von Bahten, Gustavo Luiz. **A Convenção 189 da OIT e os Sistemas Juslaborais Brasileiro e Uruguio: Uma análise de direito comparado.** In Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil, Curitiba, 2011, v. 15, pgs. 189-219. <http://apps.unibrasil.com.br/revista/index.php/direito/article/viewFile/772/660> acesso em 05.04.2013

4 ARANTES, Delaíde Alves Miranda. **A comemoração do Dia Internacional do Trabalho e os Trabalhadores Domésticos na Perspectiva do Art. 7º, da Constituição Federal.** In Santos, Jerônimo Jesus (coord.) **Temas Aplicados de Direito do Trabalho**, São Paulo, LTR, 2012 p. 472/476.

de uma época de que nossa sociedade deveria envergonhar-se; e, em atenção ao princípio da igualdade material, bem como o da dignidade da pessoa humana, conclui pela necessidade de alteração constitucional a fim de se promover a extensão dos direitos contemplados pelo art. 7º aos empregados domésticos, sem prejuízo da necessária regulamentação infraconstitucional, que levará em consideração as características próprias desta modalidade tão importante de trabalho⁵. No mesmo sentido caminhava a jurisprudência, indicando que cada vez mais tem se tornado insustentável a manutenção da desigualdade de direitos entre os empregados domésticos e os demais trabalhadores.⁶

Pois bem. Aprovada a Emenda, de imediato surgiram debates doutrinários acerca de sua aplicabilidade.

Em princípio, as emendas constitucionais entram em vigor na

5 MACHADO, Gustavo Nabuco. **Disciplina Jurídica Acerca do Emprego Doméstico no Brasil e Princípio da Igualdade Material**. In Santos, Jerônimo Jesus (coord.) Ob. cit. p. 226/239.

6 Conforme a ministra Maria Cristina Peduzzi, relatora, na Seção Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) do TST, de embargos de uma empregadora contra decisão da Quarta Turma do Tribunal, que reconheceu o direito de um empregado doméstico a receber em dobro os pagamentos relativos às férias concedidas após o prazo, ao fundamento de que é aplicável aos empregados domésticos a indenização prevista no artigo 137 da CLT. O acórdão da Quarta Turma ressaltou que o artigo 134 da CLT impõe a concessão das férias em um só período, nos doze meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito. *“Isso porque na gênese desse instituto, encontram-se fundamentos relacionados às demais formas de limitação do tempo de trabalho: de natureza biológica (combate aos problemas psicofisiológicos provenientes da fadiga e da excessiva racionalização do serviço); de caráter social (possibilita maior convívio familiar/social, práticas de atividades recreativas, culturais e físicas, essenciais à saúde física e mental do indivíduo); e de natureza econômica (o combate à fadiga resulta em maior quantidade e melhor qualidade de serviço, valendo salientar que o trabalhador estressado tem seu rendimento comprometido, por razões biológicas, uma vez que o ser humano não suporta carga superior à sua natureza, como destacado, incluindo-se, nesse item, maior número de empregos)”*, afirmou o redator do acórdão, ministro Ives Gandra Martins Filho. Diante dos inúmeros indicadores jurídicos, respaldados em estudos médicos e psicológicos, que apontam o desgaste do trabalhador após um ano contínuo de trabalho, realizando no mesmo ambiente tarefas repetitivas, normalmente sob o fator estressante da cobrança produtiva, a Quarta Turma destacou a preocupação do legislador em evitar que o benefício das férias se desvirtue, *“tanto pelo interesse do empregador quanto pelo do empregado, que por vezes procura negociar esse direito por um pseudo-benefício econômico incapaz de compensar o prejuízo causado, mesmo que a médio ou longo prazo, pela ausência do gozo regular das férias ou de outras formas de repouso previstas na legislação”*. A Turma concluiu que, mesmo que tenha havido o pagamento do salário mensal acrescido do terço constitucional, tendo sido constatada a não-concessão das férias no prazo legal, impõe-se o pagamento em dobro, sem prejuízo da remuneração, pois acima de tudo trata-se de direito decorrente de norma que tem a finalidade de proteger o trabalhador. ... A ministra Cristina Peduzzi assinalou que *“recentes modificações legislativas autorizam a conclusão de que há um movimento histórico que revela a tendência normativa de tornar cada vez mais equitativo os direitos dos trabalhadores domésticos em relação aos direitos usufruídos pelos demais empregados”*. Nesse sentido, citou a Lei nº 11.324/2006, que ampliou o período de férias daqueles empregados para 30 dias, em paridade com os demais trabalhadores, e estendeu às gestantes da categoria o direito à estabilidade desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Por sua vez, a Lei nº 10.208/2001 autorizou a inclusão facultativa do empregado no FGTS. (E-RR-13145-2000-652-09-00.8)

data da publicação. Embora no texto nada esteja expresso a tal título, essa menção é desnecessária, pois a emenda constitucional não requer sanção ou qualquer ato posterior, conformer declaração do presidente em exercício da Anamatra, João Bosco Coura: *“as novas regras valem a partir da publicação, inclusive para contratos antigos e não apenas para os novos, como afirmam alguns especialistas ... Do ponto de vista da técnica jurídica, os contratos de trabalho são relações de natureza continuativa. É natural que, ao longo do cumprimento de um contrato, haja alterações a partir do momento em que novas leis entram no mundo jurídico. Isso ocorre frequentemente e ninguém questiona se a mudança vai ocorrer só para os contratos posteriores”*.⁷

De qualquer forma, em face do princípio da proteção, a norma trabalhista benéfica tem incidência imediata aos contratos em vigor, ante o trato sucessivo da relação e os interesses em causa. Nenhum sentido haveria em se estabelecer dois tipos de empregados, os contratados antes e os contratados após a emenda, com direitos diversos.

Em nosso sentir, a EC 72 representa avanço social no sentido da melhoria das condições do trabalhador, sendo um marco civilizatório na sociedade brasileira.

Por outro lado, tem-se a figura do empregador doméstico, também numerosa, que foi profundamente afetada pela alteração. O empregador doméstico se diferencia, extremamente, da figura do empregador comum. Com efeito, o empregador doméstico também pode, perfeitamente, ser empregado em outra relação de emprego, utilizando-se de parte do próprio salário, de natureza alimentar, para pagar o salário de sua empregada doméstica ou de outros em situação idêntica.

Existe, o que também não é incomum, verdadeira relação de dependência cruzada, na qual o empregador depende dos serviços de um trabalhador doméstico para poder cumprir as obrigações contratuais em outro emprego assalariado. Casos ainda de famílias que dependem do trabalho doméstico de um cuidador de idosos ou enfermeiro, para proporcionarem uma vida digna a um parente, muitas vezes pagando salários em cotejo com outras pessoas da família. Não se pode afirmar, portanto, que a realidade do empregador doméstico seja equiparável à do

⁷ <http://www.tst.jus.br/noticias>. 28.11.2007 acesso em 5.4.2013 Entrevista no site da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA) <http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/trabalhadores-domesticos-presidente-em-exercicio-da-anamatra-afirma-que-contratos-antigos-terao-de-se-adaptar-as-mudancas> acesso em 5.4.2013

Uma das muitas questões que podem ser levantadas é acerca das possibilidades de se considerar o empregador doméstico como uma categoria.

empregador comum, mesmo porque a relação de confiança para com um empregado que convive diariamente dentro da residência é muito mais intensa.

Nesse aspecto, a emenda traz a previsão da simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades para aplicação de direitos como FGTS, seguro desemprego e auxílio creche.

Ocorre entretanto que, quanto ao FGTS, a Lei 10.208/2001 já autorizava a inclusão do empregado doméstico no sistema, motivo pelo qual entendemos que esse direito já se encontra regulamentado e plenamente em vigor, agora de forma obrigatória. Com relação às demais normas ainda a ser regulamentadas, além da necessidade de efetiva simplificação, a diminuição dos encargos e compensação para fins de pagamento de imposto de renda seriam medidas que estimulariam o empregador a manter uma regular e formal relação de emprego com o trabalhador doméstico.

Uma das muitas questões que podem ser levantadas é acerca das possibilidades de se considerar o empregador doméstico como uma categoria. Visto não se tratar de categoria econômica, do ponto de vista legal, dado o grau de indefinição relativamente às atividades idênticas, similares ou conexas do ponto de vista do empregador (artigo 511 parágrafo 1º, da CLT), a jurisprudência do TST inclina-se no sentido da impossibilidade jurídica de negociação coletiva pelo sindicato dos trabalhadores domésticos, negando-lhes por isso o direito ao ajuizamento de dissídio coletivo.⁸

Apesar de a EC 72 haver inserido também o inciso 7º, XXVI, que garante o reconhecimento das convenções e acordos coletivos, entendemos que a impossibilidade apontada pelo TST é insuperável, isso de um ponto de vista material, pois se mantém a mesma situação de incompatibilidade lógica.

Entendemos em princípio que acordos individuais entre o empregador doméstico e o empregado doméstico prescindem de qualquer chancela ou homologação sindical, pelos mesmos fundamentos acima, e porque o inciso I da Súmula 85 do TST aceita o acordo individual escrito, não se aplicando, portanto, a ressalva no inciso acerca da existência de norma coletiva em sentido contrário.

⁸ BARROS, Alice Monteiro. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p.210.

A questão, entretanto, poderá tomar tintas diversas com relação a acordos de jornadas que excedam em muito a legal, como 12 por 36 ou a duração semanal 48 por 40, aceitas com restrições pela jurisprudência, que vinha exigindo previsão convencional específica e cumprimento dos períodos de folga. A teor da Súmula 444 do TST, a jornada em escalas 12 X 36 só é válida mediante ajuste coletivo, em caráter excepcional e, ainda, com remuneração em dobro de feriados trabalhados. Registre-se que a realidade da jornada 12 X 36 é comum no trabalho doméstico em atividades de cuidadores de idosos e vigias. O entendimento acerca da validade de tais jornadas, sem previsão convencional, ao empregado doméstico, exigirá trabalho hermenêutico e, no momento, não há como prever qual será o entendimento a respeito.

A partir da emenda, embora o contrato de trabalho se revista de aspecto informal e se forme independentemente de qualquer acordo escrito, é desejável maior formalização das cláusulas contratuais, principalmente com relação à jornada, duração semanal e horários, a que o empregado estará sujeito, bem como das compensações de horas, adaptando, portanto, a exigências de acordo escrito preconizada pela Súmula 85 do TST.

Importante ainda que o empregador doméstico mantenha registro com os reais horários de jornada, para fins de prova na justiça do trabalho, uma vez que o entendimento jurisprudencial sumulado, agora aplicável ao contrato doméstico, é o de que horários invariáveis invertem o ônus da prova (Súmula 338 do TST).

Relativamente à aplicação dos dispositivos da CLT aos contratos de trabalho doméstico, a tendência jurisprudencial já vinha se afirmando no sentido da aplicação de todos os dispositivos compatíveis com a realidade da relação contratual doméstica, como, por exemplo, a exigência do intervalo previsto no artigo 71 da CLT, em face do artigo 7º, XXII⁹ da CF, estendido aos domésticos pela emenda. Isso não obstante, a jurisprudência não aceita a redução do intervalo por acordo ou convenção coletiva, consoante Súmula 437 do TST. Está fora, portanto, da possibilidade de as partes firmarem um acordo para que o empregado doméstico tenha um intervalo menor do que o legal. Mas a realidade prática expõe a extrema dificuldade de o empregador fiscalizar ou controlar a real fruição do intervalo no âmbito residencial.

⁹ Redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Do ponto de vista da atual jurisprudência aplicável às empresas, o empregado não poderá optar por reduzir o intervalo para sair antes do trabalho, a não ser por autorização do Ministério do Trabalho, situação incompatível para o empregador doméstico. Parece-nos, entretanto, que na casuística a razoabilidade deverá prevalecer no sentido de amenizar o rigor de tal exigência em relação ao intervalo, no que diz respeito ao trabalho doméstico, isso, convém repisar, caso sejam aplicáveis às normas referentes ao intervalo previstas na CLT.

Não é incomum que o empregado ou empregada doméstica fique sozinha (o) no ambiente residencial, enquanto os empregadores trabalham fora, e também não é incomum que, em períodos do dia não contemplados como de intervalo, o trabalhador faça uma pausa das tarefas formais.

Eis aí outra circunstância que exigirá trabalho doutrinário e jurisprudencial para adaptação e aplicação das novas regras: definir o que é atividade efetiva, o que é tempo à disposição ou sobreaviso, e o que é tempo não computado na jornada para fins do trabalho doméstico. Por exemplo: uma doméstica que seja a única pessoa a pernoitar na casa de um idoso, contratada para trabalhar até 21h, mas que por vezes acabe atendendo a pessoa no meio da noite, em situações emergenciais, uma ou duas vezes durante o contrato, pode o pernoite ser considerado como sobreaviso? Uma babá que durma na residência, e, mesmo após o horário formalizado em contrato, ainda “brinque” com a criança ao invés de ficar em seu local de repouso, ou fique na sala com a família assistindo televisão e acabe por fazer alguma atividade lúdica com a criança, continua em serviço?

Outro aspecto a ser levantado é a agregação de complexidade no contrato para o empregador, em face da necessidade de eventuais cálculos das horas extras a serem pagas e seus reflexos. Os divisores e fórmulas utilizados pelos especialistas não são do conhecimento da maioria da população leiga, e alguns deles são de grande complexidade, levando-se em conta uma pessoa que jamais teve contato com esse tipo de questão. Como exemplo, basta mencionar a apuração pela média física das horas extras habituais (Súmula 347 do TST) e seus reflexos em FGTS, repousos e a incidência de adicional noturno na base de cálculo de tais horas.

No que tange à homologação do termo rescisório, continuamos entendendo inaplicável tal exigência, em face da situação sindical do empregador doméstico mencionada acima. Entretanto, na esteira da

mesma tendência de aplicação da CLT, é possível que ao empregador doméstico que não quite as parcelas rescisórias no prazo do artigo 6º do artigo 477 da CLT, seja aplicável a multa lá preconizada, ressaltando-se que o parcelamento das verbas rescisórias não atende ao dispositivo em comento, incidindo a multa da mesma forma.

Em suma, a partir da exigibilidade de limitação de horas e necessidade da existência de um controle formal, inexigível ao empregador que conta com menos de dez empregados (artigo 74, parágrafo 2º, da CLT), embora desejável para controle do empregador e maior segurança em face de eventual prova perante a Justiça do Trabalho, a relação de trabalho doméstico passa a estar sujeita às mesmas questões jurídicas que aparecem diuturnamente nas lides trabalhistas. A título de exemplo, deve-se aludir à inclusão do tempo para troca de uniforme, controles de uso de celular durante o trabalho, descontos de atrasos e validade das normas referentes à compensação de jornada, seja por banco de horas, compensação sabatina ou jornada 12 por 36.

Um último aspecto a ser ressaltado neste primeiro momento refere-se a um detalhe previsto na Lei 8.009/90. Em face do que preconiza o artigo 3º, aos créditos de trabalhadores da própria residência não é oponível a alegação de bem de família. Na prática, nesse aspecto, o empregado doméstico tinha uma garantia maior de recebimento dos créditos em eventual execução do que os demais empregados. Com a inclusão dos direitos pela nova emenda, em caso de execução, a situação exigirá dos juízes extrema cautela e ponderação para solver a questão, uma vez que, repiso, não se pode equiparar o empregador doméstico a um empregador comum sem se colocar um grão de sal hermenêutico, visando não se criar situações sociais tão perniciosas quanto era o alijamento de direitos a uma categoria de trabalhadores.

A nosso ver, a EC 72 agrega maior complexidade na relação de trabalho doméstico, e tende a ampliar os questionamentos perante a Justiça do Trabalho por parte dos trabalhadores. Esse fato, desde já se esclarece, de nenhuma forma pode ser visto como negativo, em face do direito de ação a todos garantido e do avanço representado pela emenda, mas que exigirá um grande esforço construtivo por parte dos operadores do direito, em especial dos juízes do trabalho, dos quais se exige com ainda maior intensidade a observância dos princípios da equidade e razoabilidade nas decisões.