



A FIGURA DA EMPREGADA DOMÉSTICA INTERMITENTE: UMA INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA

*Cássio Brognoli Selau*¹

Resumo: O presente estudo visa à análise da figura da diarista² - entendida como a trabalhadora doméstica autônoma – que, de todos os requisitos previstos no art. 1º da Lei Complementar n. 150, de 1º de junho de 2015, somente não implementa o labor por mais de dois dias por semana, motivo pelo qual não é reconhecida como empregada. A discriminação contra a trabalhadora doméstica deita raízes em numerosos fatores históricos, sociais e econômicos, motivo pelo qual esse tema deve ser revisitado constantemente pelos operadores jurídicos, bem como exige interdisciplinaridade com outros ramos do conhecimento, a exemplo da sociologia e filosofia. A celeuma quanto aos requisitos para a configuração do vínculo de emprego doméstico não é nova: na vigência da Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972, sem que houvesse unanimidade, discutiu-se a respeito da exigência da “natureza contínua” das atividades. A Lei Complementar n. 150/2015 trouxe um novo parâmetro temporal no que tange à “continuidade”, com estabelecimento da exclusão do vínculo quando há trabalho até dois dias por semana. Essa disposição acarretou prejuízos à categoria discutida e não pode ser considerada legítima sob o prisma do princípio constitucional da isonomia. O movimento político, no intento de desregulamentar e flexibilizar as relações de trabalho, deu ensejo à promulgação da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, por intermédio da qual foi inserido na ordem infralegal o contrato de trabalho intermitente. Muito embora seja uma figura jurídica criticável, uma vez considerada constitucional, poderá embasar uma interpretação evolutiva de modo reconhecer a existência da “empregada doméstica intermitente”.

77

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Técnico Judiciário. Assessor da Desembargadora Lília Leonor Abreu no Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. cassioselau@gmail.com

2 Em razão de o estudo tratar de uma classe de trabalhadores (diaristas) composta eminentemente por mulheres, optou-se por utilizar gênero feminino como forma de referência.

Palavras-chave: História e evolução do trabalho doméstico. Desregulamentação e flexibilização das normas laborais. Lei 13.467/2017. Contrato de trabalho intermitente (*zero hour contract*). Empregada doméstica intermitente. Princípio da proteção. Juízo de convencionalidade. Interpretação evolutiva.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a possibilidade de aplicação do contrato de trabalho intermitente, previsto nos arts. 443, *caput* e § 3º, e 452-A da Consolidação das Leis do Trabalho, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017, às diaristas, modalidade de trabalhadora doméstica que se considera ser eventual ou dotada de autonomia.

Muito embora tenham despontado várias formas de relações de trabalho ligadas às tecnologias, tal como a *uberização*, o trabalho em plataforma, *on demand*, entre outros, não se deve olvidar das tradicionais figuras precarizadas, da exemplo da empregada doméstica, do transportador autônomo de cargas, do advogado associado, do profissional parceiro do proprietário de salão de beleza e do teletrabalhador.

A dignidade da pessoa humana, mormente após a eclosão da 2ª Guerra Mundial, deve ser vista como o objetivo maior das nações, seja nas relações internas ou externas. Ao erigir o homem como o ápice do ordenamento jurídico, há o dever ínsito, principalmente para o Direito do Trabalho, de ressignificação sistêmica e contínua dos paradigmas sociais e jurídicos vigentes, tendo em vista a necessidade de contínuo progresso na seara dos Direitos Humanos. O direito subjetivo constitucional à dignidade (OLIVEIRA, 2019, p. 267) impõe esse *munus* ao operador jurídico.

Será apresentada, inicialmente, a análise retrospectiva da relação de trabalho doméstico³, seguida da investigação do contexto político e das tendências legislativas no Direito do Trabalho. Após será perquirida a evolução (ou involução – a depender do prisma) da regulação do trabalho doméstico com enfoque na Lei n. 5.859/72 e na LC n. 150/2015,

3 A título de coerência, explica-se que o termo “trabalhadora doméstica” será considerada categoria da qual as “empregadas domésticas” e a “diaristas” fazem parte.

culminando no contrato de trabalho intermitente, categoria prevista na Lei n. 13.467/2017.

Muito embora deva ser entendido que o contrato de trabalho intermitente se estabeleceu como forma de precarização das relações de trabalho, pelo menos na forma como atualmente regulamentado, pode ser utilizado para embasar uma interpretação evolutiva a respeito do enquadramento jurídico da diarista.

A contemplação das empregadas domésticas e diaristas na mesma categoria é medida destinada a afastar a desequiparação injusta e sem embasamento técnico-jurídico, de forma que representa uma discriminação indireta. Conforme se demonstrará, o requisito da continuidade, exigido para a configuração da empregada doméstica, dever ser interpretado como a periodicidade e a previsibilidade da relação havida entre as partes.

Enfatiza-se que o presente trabalho adotará como paradigma a diarista subordinada, ou seja, aquela apenas que não contempla o requisito de labor por duas vezes na semana para o mesmo tomador dos serviços.

79

O enquadramento das empregadas domésticas e das diaristas no mesmo regime jurídico é medida possível sob o prisma do princípio constitucional da isonomia, a fim de afastar a exigência do requisito temporal expresso pela quantidade de dias na semana necessários para o reconhecimento do vínculo (art. 1º da LC n. 150/2015).

Uma interpretação com essa finalidade não é vista com “bons olhos” pelos setores conservadores da sociedade, explicado (mas não justificado) em razão das históricas raízes escravocratas do trabalho doméstico e da necessidade de manutenção do confortável *status quo* de não se arcar com as consequências jurídicas e financeiras decorrentes.

A Reforma Trabalhista⁴ inseriu nos arts. 443, *caput* e § 3º, e 452-A da CLT a figura do contrato de trabalho intermitente (conhecido como *zero hour contract* em outros países), por meio do qual a jornada é flexível

⁴ Embora majoritariamente usado o termo “reforma”, há quem prefira utilizar a designação de “contrarreforma”. Conforme José Dari Krein, (2018, p. 78) “Utiliza-se o termo contrarreforma para expressar o retrocesso na regulação social do trabalho provocado pelas mudanças institucionais aprovadas pelo governo”.

e um trabalhador pode ser convocado a prestar serviços em dias aleatórios, podendo aceitar, ou não, sem que haja a garantia de tempo mínimo de trabalho ou remuneração mensal (MIZIARA, 2019, p. 197). Há doutrina abalizada que considera essa figura controversa, pelo menos na forma como está atualmente regulamentada.

Porém, considerado o atual contexto político, com a institucionalização de linhas precarizantes e supressoras das leis trabalhistas, é possível que venha a ser reconhecida a constitucionalidade desse instituto.

Paradoxalmente, essa nova forma de contratação, embora não ideal, seria mais benéfica do que o atual *status* de exclusão social e jurídica reservado às diaristas. Essa interpretação contempla, de forma paliativa, o princípio da proteção.

2 HISTÓRICO DO TRABALHO DOMÉSTICO E CONTEXTO SOCIOECONÔMICO ATUAL

80

Almiro Eduardo de Almeida e Valdete Souto Severo (2013, p. 67) explicam que o trabalho doméstico, em âmbito nacional, tem origens na escravidão institucionalizada. Salientam que, atualmente, ainda persiste a cultura “senhor e escravo”⁵.

Não obstante a abolição da escravatura, os antigos escravos se mantiveram laborando nos mesmos lugares, recebendo como retribuição moradia e alimentação; alguns deles como domésticos. Não havia a mínima possibilidade de emancipação sem uma política de transição. Neste contexto, Felipe Calvet leciona que esse tipo de trabalho, “em razão dessa gênese escravocrata, sempre foi desvalorizado” (2013, p. 89).

Thays Almeida Monticelli e Marlene Tamanini (2013, p. 226)

5 A exemplificar essa assertiva, no final do ano de 2014 foi descoberto trabalho doméstico em condições análogas a de escravos em Florianópolis-SC. O Ministério Público do Trabalho averiguou a situação de quatro pessoas peruanas, com jornada diária de 15 horas, sem direito à fruição de folgas ou férias e com restrição de liberdade. (Fonte: MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Peruanas mantidas em cada de alto padrão em Florianópolis conquistam liberdade e direitos trabalhistas. Sítio eletrônico: <<http://www.prt12.mpt.gov.br/procuradorias/prt-florianopolis/211-peruanas-mantidas-em-casa-de-altopadrao-em-florianopolis-conquistam-liberdade-e-direitos-trabalhistas>> . Acesso em 12 de maio de 2019.

explicam que “os processos de estigmatização referem-se a diversas características de ordem social e política, pois essa categoria profissional é constituída e marcada pelas desigualdades étnicas, econômicas, de gênero e de estruturas educacionais”. Segundo as autoras, tais características perpetuam a cultura patronal de inferioridade, de modo que os direitos sejam ignorados, o que coloca esses trabalhadores em situação de servilidade e invisibilidade frente ao Estado, aos empregadores e à própria classe trabalhadora.

Dessa forma, é possível sustentar que o trabalho doméstico retribuído se estabeleceu e se difundiu de forma ampla no período posterior à abolição da escravidão. As estruturas de divisão do trabalho escravocrata foram mantidas, com homens libertos negros e brancos pobres exercendo tarefas braçais, bem como mulheres negras cuidando dos afazeres das casas.

Tamanha constatação é corroborada pelos dados estatísticos. Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA⁶, em 2015, do total de 6,2 milhões de empregados domésticos no Brasil, 5,7 milhões eram mulheres (91%), das quais 2 milhões eram brancas e 3,7 eram negras (65%). É importante salientar que esses dados representam somente contratos formais.

Três conclusões são factíveis: a) o trabalho doméstico é feito prioritariamente por mulheres; b) desse total, há quase o dobro de mulheres negras; c) o trabalhador doméstico é, majoritariamente, de baixa renda, com reduzido nível de educação formal e ínfimo acesso à instrução profissional. Some-se a esses fatores muitas vezes a condição imigrante.

Dessarte, embora as mulheres não sejam minoria em termos numéricos, ainda assim são discriminadas no mercado de trabalho, tratando-se de questão estruturalizada na sociedade brasileira. Daí concluir que se trata de grupo oprimido socialmente e que não possui as mesmas oportunidades que os homens.

O mesmo ocorre com a população de negros, pretos e pardos que, não obstante represente grupo numericamente maior em relação aos brancos, é alvo de processos discriminatórios incrustados na organização

6 http://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_trabalho_domestico_remunerado.html Acesso em 12-5-2019

social⁷. Raciocínio analógico ocorre com as pessoas pobres, marginalizadas em razão da condição econômica.

O trabalho realizado eminentemente por mulheres negras, de baixa renda, com pouca instrução e muitas vezes imigrantes, acarreta a hipervulnerabilidade da classe. Há, nesse sentido, uma sobreposição de posições sociais oprimidas (*overlapping oppressions*)⁸.

Apresenta-se imprescindível a análise dos fatos sob o prisma da interseccionalidade, a partir da qual os critérios discriminatórios não devem ser vistos de forma cartesiana, ou seja, apenas como uma soma de classificações, mas, sim, como identidades concretas e específicas, o que evita distorções e propicia melhor compreensão das relações de poder (RIOS, 2015, pp. 19 e 20).

Ricardo José Macedo de Britto Pereira destaca a importância do reconhecimento e identidade do indivíduo na sociedade. Com efeito, a identidade designaria uma espécie de compreensão do próprio ser – ou seja,

7 É ilustrativa a frase do Ministro do Supremo Tribunal Federal Roberto Barroso que, em discurso em homenagem ao também Ministro aposentado Joaquim Barbosa, se referiu a este como “negro de primeira linha”. Rodrigo Carelli (2018a, p. 49-56) esclarece que a frase em questão “não é deslocada de todo um modo de raciocínio construído, determinado e determinante das demais manifestações e julgados do Ministro”. E continua: “na linha de experimentos de Milgram, não é culpa de Barroso: ele somente reproduz a fala e o pensar da elite brasileira, que mantém a desigualdade social característica da sociedade brasileira, e todos os seus conhecidos males”. Vê-se que nem mesmo as posições de alto sucesso profissional, poder econômico e reconhecimento social socorreram o ex-ministro da estigmatização decorrente da cor de pele.

8 Christiana D’arc Damasceno Oliveira (2010, p. 98), ao se referir a Joaquín Herrera Flores, afirma que “as discriminações não atuam da mesma forma e nem com a mesma intensidade no que diz respeito às mulheres, motivo pelo qual são inapropriadas generalizações ou falar-se em desigualdade homogênea, já que há que considerar a diversidade de contextos que tornam mais contundente a opressão”. E continua: “inviável dizer que o grau de discriminação e subordinação sobre branca, com situação financeira estável, europeia, graduada em uma universidade, incide do mesmo modo que sobre uma mulher negra ou latina, pobre, imigrante e sem formação educacional. Esta tem que superar uma barreira dupla, na qual, além da questão de gênero, jungem-se aspectos relacionados às suas próprias condições sociais, culturais e econômicas”. E finaliza: “é o que Herrera Flores denomina de ‘dimensões superpostas de opressão’ ou *overlapping oppressions* (...)”. Exemplo atual de tal fenômeno é o impacto mais contundente que a Reforma da Previdência tem o condão de causar às mulheres negras rurais, conforme análise realizada pelo Centro Feminista de Estudos e Assessoria (CFEMEA), in <http://www.cfemea.org.br/index.php/alerta-feminista/4618-reforma-da-previdencia-aprofunda-desigualdades-entre-homens-e-mulhere>, acesso em 15-5-2019.

a projeção da imagem que ele tem de si perante a própria sociedade. Essa identidade estaria definida de modo parcial pelo próprio reconhecimento ou pela sua ausência. É nesse sentido que o mau reconhecimento (*misrecognition*) teria o condão de gerar severos danos ao indivíduo no caso de a sociedade devolver a ele, como reflexo, uma imagem diminuída, degradada ou depreciada, constituindo forma de opressão (2016, pp. 83-84).

O mesmo autor salienta que a integridade do ser humano se deve a padrões de reconhecimento e que a ofensa ou o rebaixamento se referem à forma de recusa do reconhecimento. Nessa toada, conclui-se que a negativa de certos direitos está associada ao fato de que ao indivíduo não é concedida imputabilidade moral de igual forma em relação aos outros membros da sociedade. Tal fato não ficaria adstrito à ocorrência da limitação da autonomia pessoal, mas, também, ao sentimento de não pertencimento ao mesmo *status* de um de seus pares. Há lesão de ordem intersubjetiva, perda de autorrespeito e de capacidade de autorreferência em relação ao meio social (2016, p. 84).

Em outras palavras, o não reconhecimento de direitos acarreta a exclusão social e essa faz com que o próprio indivíduo oprimido não se reconheça legitimamente pertencente ao seu meio. Trata-se da reprodução de padrões de exclusão discriminatórios.

O princípio da proteção tem incidência no Direito do Trabalho, mormente em razão da existência do conflito capital-trabalho. Nesse jaez, José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2018, p. 21) explica que o patrão sempre terá o ânimo de aumentar a exploração dos seus empregados, o que, por si só, não representa necessariamente baixos salários, desde que o trabalhador proporcione lucro maior que o seu próprio custo. O empregado, assim, é visto sempre como fonte de despesas.

O âmbito doméstico das relações laborais, todavia, não é animado pelo lucro, mas isso não afasta a superexploração ou as condições de subemprego ou informalidade. Sucede que o empregador tenderá a precarizar as condições de trabalho para manter o seu *status quo*. Exemplo disso é o empresário que superexplora empregados em uma fábrica e contrata uma

empregada doméstica sem assinar a sua Carteira de Trabalho⁹.

Os citados antecedentes fizeram com que o trabalho doméstico fosse marginalizado. A própria CLT dispõe, no seu art. 7º, alínea “a”, que as normas estabelecidas nesse diploma não seriam aplicáveis aos empregados domésticos.

Em termos de regulamentação, o Decreto-lei n. 3.078/41 foi o primeiro diploma específico em âmbito nacional, todavia demasiado lacônico. Somente por meio da Lei n. 5.859/72 houve normatização ampla e exaustiva, mas, ainda assim, aquém do reconhecido aos demais empregados. A Emenda Constitucional n. 72 de 2013 promoveu grande passo em matéria de reconhecimento de direitos, todavia não houve equiparação efetiva aos demais empregados.

Por fim, a LC n. 150/2015, ao regulamentar a EC 72/2013, trouxe maior densidade normativa a essa categoria, mas, ainda, não se mostrou ideal sob o enfoque constitucional, conforme será oportunamente demonstrado.

84

É possível identificar que sempre houve um “mas” na história da legislação das domésticas, como se os direitos fossem reconhecidos a contagotas.

Tecido o panorama histórico e normativo do trabalho doméstico, urge salientar a atual tendência política em matéria de Direito do Trabalho.

É cediço que cabe ao Congresso Nacional, por meio de lei federal, a edição de normas sobre a matéria (art. 22, inc. I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). A tendência hodierna quanto ao universo juslaboral é de retrocesso, sopesada a natureza pendular desse ramo jurídico e das questões sociais em geral, que sofrem influxos decorrentes das crises econômicas.

Com efeito, tem-se verificada a incidência recorrente das figuras da desregulamentação e da flexibilização das normas laborais. A primeira

9 É salutar refletir que quando um indivíduo da classe opressora, neste caso específico o empregador doméstico, adota padrão de conduta desviado do que é visto na sua classe, acaba por ser hostilizado e excluído dos círculos sociais. A título exemplificativo, aponta-se o filme *Histórias Cruzadas*, de Tate Taylor, que retrata o tratamento dispensado às empregadas domésticas negras do Mississipi, na década de 60.

se refere à “adaptação ou ajustamento de condições de trabalho ou normas laborais, por via autônoma ou heterônoma”, e que pode se dar *in melius* – para ampliar e otimizar direitos – ou *in pejus* – no que tange ao despojamento de direitos. A segunda figura concerne à “supressão de direitos antes previstos em sede normativa, que acarreta estado de anomia quanto à matéria” (OLIVEIRA, 2010, p. 147).

No decorrer da normatização trabalhista pátria é possível identificar ambas hipóteses precarizantes. À guisa de exemplo, cita-se a Lei n. 11.442, de 5 de janeiro de 2007, por meio da qual foi criada a figura do Transportador Autônomo de Cargas (TAC), que, conforme art. 2º, inc. I, poderá prestar seus serviços com exclusividade para determinada empresa, sendo então denominado TAC-agregado. Trata-se de artifício legislativo para desobrigar as empresas de transporte a reconhecerem o vínculo de emprego de tais trabalhadores¹⁰.

No mesmo sentido versa a Lei n. 13.352, de 27 de outubro de 2016, ao criar a possibilidade de estabelecimento de contrato de parceria entre o proprietário do salão de beleza e os profissionais que ali trabalham, tais como cabeleireiros, barbeiros, esteticistas, manicures, pedicures, depiladores e maquiadores. De igual forma acontece com a contratação de advogados como “associados” pelos escritórios de advocacia¹¹.

O exemplo mais recente se trata da Reforma Trabalhista, aprovada às pressas e sem discussão com a sociedade. A Lei n. 13.467/2017, no art. 442-B da CLT, criou a figura do trabalhador autônomo exclusivo, em descompasso com os princípios protetivos reinantes no Direito do

10 Sobre a questão, sugere-se a análise feita por Rodrigo Carelli (2018b, pp. 135-142), que diseca a decisão liminar monocrática proferida na ADC n. 48, ajuizada pela Confederação Nacional do Transporte (CNT) em face da Lei n. 11.442/2007.

11 Com clareza solar, Cássio Casagrande (2018, p. 143-147) explica que “essa figura jurídica (advogado associado) não consta da Lei n. 8.906/94, tendo sido criada por autorização desta (art. 54, inc. V) no Regulamento Geral da OAB, que em seu art. 39 estabeleceu a possibilidade de associação para participação no resultado, ‘sem vínculo de emprego’”. E continua: “obviamente que este dispositivo não tem eficácia para afastar, por si só, a possibilidade de reconhecimento de existência de trabalho subordinado, até porque não pode um ‘regulamento’ de uma entidade paraestatal legislar sobre Direito do Trabalho, sob pena de usurpar a competência de Poder Legislativo federal na matéria”.

Trabalho¹².

O art. 611-A, de outro turno, introduziu a figura do negociado sobre o legislado, que, embora obstado por normas protetivas de matriz constitucional e internacional, pretendeu flexibilizar de forma irresponsável questões concernentes a direitos fundamentais dos trabalhadores, como a saúde e a segurança.

Ainda, é possível citar o contrato de trabalho intermitente, previsto nos arts. 443, *caput* e § 3º, e 452-A da CLT, que permite a adoção de jornada flexível. Esse instrumento foi duramente criticado pela doutrina, porque em descompasso com as normas internacionais, constitucionais, legais e infralegais de proteção do trabalhador.

Considerado o contexto de crise econômica e desemprego, José Cláudio Monteiro de Brito Filho, buscando explicar a tendência desregulamentadora e flexibilizadora, aduz que “o pior de tudo é que a falta de trabalho acaba gerando o discurso de que é necessário reduzir as condições de trabalho existentes para acolher os trabalhadores excluídos do mercado, em lógica que somente favorece a concentração de riqueza e o alargamento das desigualdades” (BRITO FILHO, 2018, p. 52). Essas justificativas foram utilizadas em larga escala na gênese da Reforma Trabalhista.

Malgrado a conjuntura atual não seja favorável à classe trabalhadora, será apresentada possibilidade interpretativa paliativa voltada a assegurar uma posição jurídica mais favorável às diaristas.

12 “Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3 desta Consolidação”. Valdete Souto Severo e Jorge Luiz Souto Maior (2017, p. 35-40) explicam que a mesma técnica já havia sido utilizada no art. 442 da CLT, introduzido pela Lei n. 8.949/94, sobre o cooperado. Neste caso aplica-se o princípio da primazia da realidade, incidindo, ainda, o art. 9º da CLT. Homero Mateus Batista da Silva (2017a, p. 68) salienta que “a única forma de interpretar semelhante dispositivo [art. 442, p. único] – como agora renasce sob a forma do art. 442-B – é dizer que ‘não haverá relação de emprego, salvo se houver relação de emprego’. Ou seja, o art. 442-B dispõe de mera presunção relativa”.

3 O PARADIGMA VIGENTE ANTES DA LEI N. 13.467/2017

3.1 A distinção entre as formas de prestação do trabalho doméstico: empregadas *versus* diaristas

O art. 3º da CLT estabelece como requisito do vínculo de emprego a não eventualidade. Esse requisito pode ser explicado por, no mínimo, quatro teorias, a saber: a) continuidade dos serviços: necessária para a configuração do vínculo doméstico; b) teoria do evento: aquele que não pode ser tido como previsível; c) teoria da inserção nos fins do empreendimento: é o cumprimento das tarefas ordinárias do tomador; e d) teoria da fixação jurídica ao tomador dos serviços: é o desempenho de forma repetida e previsível.

Maurício Godinho Delgado (2012, pp. 288-298) esclarece que a teoria da descontinuidade informa que o trabalho eventual seria aquele descontínuo, fracionado no tempo, sem caráter de fluidez temporal sistemática, ou seja, com rupturas e espaçamento temporais de relevância. A considerar que a teoria da continuidade/descontinuidade não foi encampada pela CLT, é factível que o trabalhador que preste serviços somente por alguns meses, em finais de semana, ou aos domingos, não poderia ser enquadrado como eventual, motivo que justifica o seu reconhecimento como empregado.

De outro prisma, na vigência da Lei n. 5.859/1972, empregada doméstica era aquela com atividade “de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas” (art. 1º).

É possível verificar que, além dos elementos fático-jurídicos ordinários, a empregada doméstica deveria contar com outros especiais, quais sejam: continuidade, finalidade não lucrativa, apropriação dos serviços por pessoa física ou família e efetuação dos serviços em âmbito residencial (DELGADO, 2012, p. 369).

Os maiores dissensos quanto à interpretação dessa norma residiam no elemento “continuidade”, relegando-se a sua configuração, ou não, para a análise do caso concreto.

Nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Jr., “é hoje um postulado universal da ciência jurídica a tese de que não há norma sem interpretação, ou

seja, toda norma, pelo simples fato de ser posta, é passível de interpretação” (1994, p. 264). Assim, o art. 1º da Lei n. 5.859/72 era passível de aplicação casuística e conforme a corrente doutrinária adotada pelo operador jurídico.

Surgiram duas correntes a respeito da temática. A primeira entendia as locuções “não eventual” e “contínua” como sinônimos (DELGADO, 2012, p. 372).

A segunda corrente defendia que a norma em questão fez uma opção doutrinária, “firmando o conceito de trabalhador eventual doméstico em conformidade com a teoria da descontinuidade”. Dessa forma, o elemento da “não eventualidade”, na relação de emprego doméstica, deveria ser entendido como “efetiva continuidade” (DELGADO, 2012, p. 373).

Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (1975, p. 195) reputa a “continuidade” referida pela Lei do Emprego Doméstico [Lei n. 5.589/72] exigência mais rigorosa que a “não eventualidade”.

Por outro lado, Octavio Bueno Magano (1993, p. 125) salienta que, em termos doutrinários, não haveria justificação para diferenciar a continuidade inerente ao contrato de emprego comum daquela que se observa no contrato doméstico. O autor assere que “os serviços podem ser prestados em forma contínua e ininterrupta ou em forma periódica; uma vez por semana, três vezes por semana, uma vez a cada quinze dias, etc.”, bem como que “a lavadeira que presta serviços uma vez por semana, não sendo trabalhadora eventual, deve ser tida como empregada doméstica”.

Em igual viés, Almiro Eduardo de Almeida e Valdete Souto Severo (2013, p. 63) lecionam que a continuidade “diz respeito efetivamente (como expresso na lei) à natureza do serviço, e não ao número de dias em que ele é prestado”.

A jurisprudência oscilava de forma ampla quanto a esse requisito. Urge salientar julgado com rigorismo extremado:

RECURSO DE REVISTA - DIARISTA - RELAÇÃO DE EMPREGO DOMÉSTICO NÃO CONFIGURADO. A prestação de serviços em residência durante três ou quatro vezes por semana, porque não contínua, é insuficiente para configurar relação de emprego doméstico, nos moldes preconizados na Lei n.º 5.859/72. Recurso de revista conhecido e provido.” (TST-

RR-2300-89.2002.5.01.0040, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1.^a Turma, DEJT 18/6/2010.)

Conforme se denota do caso antes mencionado, mesmo o labor em quatro dias da semana não seria suficiente para que fosse reconhecida a “continuidade” legalmente exigida.

Por outro lado, distinguindo a dimensão quantitativa de “continuidade” (elemento temporal) da dimensão qualitativa (inserção das atividades na rotina familiar), o Desembargador convocado Cláudio Armando Couce de Menezes, atuando no Tribunal Superior do Trabalho, deu tratamento diferente à matéria, conforme a seguir registrado:

(...). RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. EMPREGADA DOMÉSTICA. CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CARACTERIZAÇÃO. Admitida a prestação de serviços, é da reclamada o ônus de provar que ela não ocorria sob a égide da Lei 5.859/72, competindo ao tomador afastar algum ou alguns dos elementos constitutivos da relação de emprego, previstos na referida lei, especialmente a ausência de continuidade na prestação de serviços. Todavia, diante do teor das provas consignadas no v. acórdão, tenho que a reclamada não se desincumbiu do ônus de demonstrar a inexistência do vínculo empregatício doméstico, sendo certo que o fato de a reclamante trabalhar três dias por semana evidencia o elemento da continuidade na prestação dos serviços, uma vez que as tarefas cumpridas pela autora integravam a rotina semanal da residência, reforçando a continuidade existente na relação. Recurso de revista conhecido e desprovido. (TST-RR-1557-15.2011.5.02.0015 Relator Desembargador Convocado: Cláudio Armando Couce de Menezes, 2^a Turma, DEJT 31/03/2015.)

89

Essa mesma linha de raciocínio foi perfilhada pelo Desembargador José Felipe Ledur:

VÍNCULO DE EMPREGO. DIARISTA. A periodicidade reconhecida nos serviços de faxina caracteriza continuidade na prestação dos serviços. Mesmo que o trabalho tenha sido prestado de forma intermitente, as segundas-feiras e sextas-feiras, esse fator não descaracteriza a habitualidade. Presentes os demais requisitos contidos na relação de emprego. Vínculo reconhecido. Recurso a que se dá provimento. (TRT4-RO-0128900-39.2003.5.04.0008, Data: 17/03/2005, Órgão julgador: 1a. Turma, Redator: José Felipe Ledur)

De acordo com o julgado, a continuidade deveria ser analisada sob o prisma da periodicidade dos serviços de modo que, mesmo à trabalhadora em atividades intermitentes, seria devido o reconhecimento do vínculo de emprego¹³.

Homero Batista Mateus da Silva (2017b, pp. 103 e 106) esclarece que, quando se trata do requisito habitualidade, “expectativa é a palavra-chave”. E continua com o exemplo de que “um trabalho prestado toda segunda-feira das 13h00 às 17h00 é suficiente para configurar uma relação de emprego”.

O citado autor ainda aponta os exemplos do médico plantonista que comparece um dia por semana no hospital ou o caso do professor que leciona apenas quatro aulas de 50 minutos por semana. Ao arremate, critica: “não há fundamento jurídico para negar o contrato de trabalho a uma diarista que se ative um, dois, três ou quatro dias por semana, repita-se, embora essa frase pareça um crime de lesa-majestade” (2017b, p. 107).

90

Porém, em 2015 foi promulgada a LC n. 150/2015, a qual revogou a Lei n. 5859/72 e passou a dispor sobre o contrato de trabalho doméstico. No seu art. 1º estabeleceu que empregado doméstico é “considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana”.

Portanto, ficou expresso que o labor em três dias ou mais é o ponto fulcral para a definição do vínculo de emprego doméstico.

A alteração legislativa ceifou qualquer tentativa jurisprudencial de estabelecimento do vínculo de emprego a partir de critérios que alinhavam a continuidade à periodicidade, à previsibilidade e à sistematicidade da prestação de serviços.

A partir da interpretação estrita do dispositivo em questão, a trabalhadora que comparecer rigorosamente nas segundas e quartas-feiras,

13 Extrai-se da lição de Maurício Godinho Delgado (2012, p. 290) sobre o tema: “A eventualidade, para fins celetistas, não traduz intermitência; só o traduz para a teoria da descontinuidade - rejeitada, porém, pela CLT. Desse modo, se a prestação é descontínua, mas permanente, deixa de haver eventualidade. É que a jornada contratual pode ser inferior à jornada legal, inclusive no que concerne aos dias laborados na semana”.

durante 20 anos, não poderá ser reconhecida como empregada, mas mera prestadora de serviços ou autônoma (diarista).

Tão absurdo quanto esse exemplo é a distinção operada entre um trabalhador em jornada de oito horas diárias durante dois dias por semana em cotejo a um que labore três dias por semana por meras quatro horas.

Esse engessamento tornou quase impossível a evolução jurisprudencial até então em desenvolvimento com base na lei revogada.

É irrefutável a existência de uma desequiparação entre os trabalhadores pessoas físicas que, com onerosidade, pessoalidade, subordinação, em âmbito familiar ou residencial, sem finalidade lucrativa, prestam serviços por até duas vezes por semana e os que laboram a partir de três vezes. Necessário, portanto, perquirir a respeito desse *discrímen*.

A respeito das normas que determinam tratamento desigual, preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2011, pp. 47-48) que o preceito da isonomia estará violado nas seguintes hipóteses:

I - A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura e indeterminada.

II - A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar fator “tempo” - que não descansa no objeto - como critério diferencial.

III - A norma atribui tratamentos jurídicos diferentes em atenção ao fator de *discrímen* adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados.

IV - A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o *discrímen* estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente.

V - A interpretação da norma extrai dela distinções, *discrimens*, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita.

O jurista destaca que eventual discriminação somente será admitida quando existir “um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade

diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição”. A partir dos parâmetros anteriores, verifica-se a transgressão das regras III e IV pelo art. 1º da LC n. 150/2015.

Quanto à regra III, significa que a juridicidade da norma diferenciadora é reconhecida se há congruência entre a distinção de regimes e a desigualdade de situações. A investigação reside em definir se os fatores desequiparados possuem justificativa racional ou, ao contrário, se são gratuitos ou fortuitos (MELLO, 2011, pp. 38-39). No caso analisado, a mera prestação de serviços por até dois dias por semana não possui adequação racional com a exclusão do vínculo de emprego às diaristas.

92 Alusivamente à pertinência constitucional (regra IV), não será qualquer diferenciação, ainda que lógica e explicável, que será suficiente à discriminação legal. Exige-se que “o vínculo demonstrável seja constitucionalmente pertinente” (MELLO, 2011, p. 42). A proteção jurídica das diaristas - direito social diretamente conexo com a dignidade da pessoa humana - possui maior preponderância do que as consequências pecuniárias que o vínculo de emprego acarretará ao empregador, o que denota violação à isonomia.

Em suma, entre trabalhadores que prestam serviços com periodicidade, previsibilidade e sistematicidade, a diferenciação do reconhecimento do vínculo de emprego pelo fator temporal “número de dias na semana” não se mostra elemento válido de justificação, por violar o princípio da igualdade.

Ademais, as peculiaridades do empregador doméstico – em geral, entidade familiar ou pessoa física - não podem servir de fundamento para a diferenciação objeto de análise, porque não resultam de situação concernente ao trabalhador em si, bem como não respaldam a necessária pertinência constitucional.

Nessa toada, oportuno fazer referência à teoria do impacto desproporcional (*disparate impact theory*), a qual está correlacionada à discriminação indireta. Leciona Daniel Sarmiento (2014, p. 148) que tal postulado pode ser utilizado para “impugnar medidas públicas ou privadas

aparentemente neutras do ponto de vista racial, mas cuja aplicação concreta resulte, de forma intencional ou não, em manifesto prejuízo para frações da sociedade estigmatizadas”¹⁴.

A propósito, também há violação ao postulado da proporcionalidade - decorrente dos princípios da liberdade e igualdade -, porque “as posições jurídicas têm de ser exercidas de forma proporcional e razoável dentro do Estado Constitucional” (SARLET, pp. 798-799), o que ora não se verifica. A diferenciação em detrimento das diaristas anula o núcleo essencial do direito em questão (vínculo de emprego).

Não há fundamento técnico e jurídico para tamanha diferenciação, senão a pretensa manutenção de uma sociedade estruturalmente patriarcal, machista e racista, bem como o resguardo do *status quo* das classes economicamente mais abastadas (empregadores domésticos), em nítida manifestação corporativista.

A CRFB/88, no art. 7º, *caput* e inc. I, protege e enaltece a relação de emprego e em nenhum momento dispõe sobre a limitação do âmbito de incidência desse direito, motivo pelo qual ao legislador infraconstitucional não era autorizado a fazê-lo.

93

A Carta Marga protege tanto o vínculo de emprego - com presunção de existência - e os direitos dele decorrentes (proteção do salário, descansos, limitação de jornada, férias, etc) quanto o desemprego involuntário (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, Programa seguro-desemprego, aviso-prévio proporcional), sem olvidar, ainda, da extensa cobertura previdenciária.

A negativa do plexo normativo juslaboral às diaristas não merece prevalecer.

No entanto, é possível vislumbrar a possibilidade de evolução em termos de reconhecimento de proteção jurídica e, conseqüentemente, de dignidade aos diaristas.

14 Daniel Sarmento (2014, pp. 148-149) ainda diferencia a Teoria do Impacto Desproporcional da discriminação de *facto*. Essa é calcada em norma isonômica, porém aplicada concretamente de forma desigual; na Teoria do Impacto Desproporcional ou discriminação indireta se tem uma norma cuja aplicação fatalmente irá desfavorecer um grupo vulnerável.

3.2 A empregada doméstica intermitente

A Lei n. 13.467/2017 inseriu no ordenamento jurídico a figura do contrato de trabalho intermitente (arts. 443, *caput* e § 3º, e 452-A da CLT).

Dispõe o § 3º do art. 443 que se considera como intermitente o contrato de trabalho “no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria”.

Noutros dizeres, ficou estabelecido que, mesmo nos casos de intermitência da prestação dos serviços e com jornada flexível, deverá ser reconhecido o vínculo de emprego, que encerra matéria de ordem pública, plasmado como genuíno direito de personalidade específico do trabalhador. Portanto, é reflexo da dignidade da pessoa humana e incidente nas relações entre particulares por força da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

94

Nesse caso, o § 6º do art. 452-A da CLT estabelece que, ao final de cada período de prestação de serviços, o empregado terá direito às seguintes parcelas: a) remuneração; b) férias proporcionais com acréscimo de um terço; c) décimo terceiro salário proporcional; d) repouso semanal remunerado; e) adicionais legais.

Ainda, conforme os §§ 8º e 9º daquele dispositivo, caberá ao empregador efetuar o recolhimento das contribuições previdenciárias e de FGTS, com base nos valores mensalmente pagos; ainda, o empregado terá direito a usufruir de um mês de férias a cada doze meses.

A figura do contrato intermitente não está ileisa a críticas. Valdete Souto Severo e Jorge Luiz Souto Maior (2017, p. 69) destacam que há transferência ao empregado dos riscos da atividade e exige que se tenham quatro ou cinco vínculos, criando a ilusão da multiplicação dos postos de trabalho, sem acarretar real aumento ao número de empregados. Para ser considerada constitucional, com fundamento no art. 7º, inciso VII, da CRFB/88, seria necessário condicionar a validade à garantia de quantidade mínima de dias laborados, correspondente ao salário mínimo ou, ainda, garantir o seu pagamento independentemente da quantidade de trabalho

prestada¹⁵.

Porém, os indigitados autores são assertivos: “com a figura do trabalho intermitente, fica excluída a possibilidade de negação do vínculo de emprego no trabalho da denominada diarista” (2017, p. 172).

A utilização do contrato intermitente para as diaristas que laboram com subordinação e previsibilidade proporciona maior proteção jurídica e social.

Tal evolução não se trata de fato isolado. Cita-se, como exemplo, o desenvolvimento da teoria da responsabilidade civil no caso de doença ocupacional. Inicialmente havia previsão expressa excluindo a responsabilidade (Decreto n. 24.637/1934); o Decreto-Lei n. 7.036/1944 passou a prever a responsabilidade no caso de dolo; o Supremo Tribunal Federal avançou e passou a estabelecer a hipótese de culpa grave do empregador; a CRFB/1988 consignou tanto o dolo como a culpa, sem gradação quanto ao grau da última; atualmente se vivencia a tendência de adoção da responsabilidade objetiva no caso de atividade de risco, com fundamento no art. 927, parágrafo único, do Código Civil (OLIVEIRA, 2019, pp. 84-88/162/248-249).

95

O ramo juslaboral é diversificado quanto à densificação normativa, possuindo incidência de diplomas normativos de diversas naturezas. Para que se possa compreender essa dinâmica complexa, não se deve falar estritamente em hierarquia de diplomas normativos – lei em sentido material –, mas, sim, em hierarquia de normas jurídicas, o que inclui as autônomas e heterônomas, sendo certo que o critério informador do sistema trabalhista é o da norma mais favorável, de característica plástica e flexível e natureza sobretudo teleológica. Logo, o aparente conflito de normas deverá ser resolvido de modo a prevalecerem a norma e a interpretação mais favoráveis à pessoa humana a quem se destina a tutela jurídica (GODINHO, 2017, pp. 165 e 193).

15 Homero Batista Mateus da Silva (2017a, p. 73) vê um lado positivo nessa alteração, no sentido de que “o art. 3º sedimentou as bases para o conteúdo da habitualidade – aquilo que se repete, de maneira razoavelmente esperada. Com efeito, repetição esperada não significa repetição cotidiana. Neste sentido, merece elogio a reforma de 2017, que, por vias indiretas, pretende albergar no direito do trabalho as atividades repetitivas não cotidianas”.

Nessa seara há sujeição ao mesmo processo hermenêutico imperante em qualquer outro ramo jurídico; no entanto, o intérprete deve agregar o enfoque valorativo da jurisprudência axiológica, donde se extrai a prevalência dos valores e princípios essenciais do Direito do Trabalho. Logo, dentro de uma análise constitucional, sustenta-se que tem sido insuficientemente utilizado o critério da interpretação normativa em conformidade com a Constituição, o qual, por sua vez, “evita equações às vezes excessivamente formais, rigorosas, excludentes e maniqueístas das dualidades inconstitucionalidade/constitucionalidade, revogação/recepção, em benefício de uma linha interpretativa agregadora dos comandos impostos pela Constituição” (GODINHO, 2017, p. 253).

Outrossim, deve ser priorizado o critério combinado lógico-sistemático e teleológico, com vistas a utilizar o direito como um instrumento civilizatório no âmbito do constitucionalismo humanista e social (GODINHO, 2017, p. 300).

96

A prevalecer a constitucionalidade do art. 1º da LC n. 150/2015, no ponto que exige o requisito temporal, a fim de definir uma interpretação evolutiva na temática sobre o diarista, sugere-se que, combinando-se os requisitos previstos no citado dispositivo com a forma especial de contrato intermitente, sejam definidas as seguintes formas de trabalho doméstico:

- a) empregada doméstica: a trabalhadora que presta seus serviços por mais de duas vezes por semana (art. 1º da LC n. 150/2014);
- b) empregada doméstica intermitente: aquela que, com labor por até duas vezes por semana, reúne todos os demais requisitos previstos no art. 1º da LC n. 150/2015;
- c) trabalhadora doméstica autônoma: dotada de eventualidade (ausência de expectativa, previsão ou periodicidade) e/ou ausência dos demais requisitos previstos no art. 1º da LC n. 150/2015.

O patamar civilizatório mínimo é assegurado, no mínimo, por meio de três grupo de normas fundamentais que justificam essa hipótese, quais sejam: constitucionais, internacionais e federais (DELGADO, 2018, p. 223), as duas primeiras a seguir delineadas.

4 A INCIDÊNCIA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS E INTERNACIONAIS

4.1 Normatização constitucional

O art. 1º da Lei n. 150/2015, frente à disposição dos arts. 443, *caput* e § 3º, e 452-A da CLT, impõe um injustificado peso social às diaristas que laboram até duas vezes por semana.

Quando se considera a composição dessa classe de trabalhadoras, formada majoritariamente por mulheres negras, pretas e pardas, de baixa renda, com níveis precários de instrução e imigrantes, conclui incidir ônus desproporcional estabelecido infralegalmente que não encontra eco na CRFB/88.

A Carta Maior, afinada com a construção de um constitucionalismo humanista e social, estabelece como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art. 1º, incs. III e IV), com o objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicar a pobreza e a marginalização, de reduzir as desigualdades sociais e regionais, bem como de promover o bem de todos, sem quaisquer tipos de preconceito ou discriminação (art. 3º, incs. I e III e IV). Ademais, elege a prevalência dos direitos humanos como princípio regente das relações internacionais (art. 4º). O art. 5º, *caput*, por sua vez, cristaliza o princípio da isonomia.

Especificamente no que concerne ao Direito do Trabalho, o art. 7º, *caput*, respalda a garantia da progressividade em matéria de direitos sociais, bem como o seu inc. I dispõe sobre a presunção de existência da relação de emprego.

O parágrafo único do art. 7º indica os direitos reconhecidos aos empregados em geral que são aplicáveis aos domésticos, tal como salário mínimo, irredutibilidade de salário, décimo terceiro salário, limite de jornada, entre outros; ou seja, parte-se do pressuposto, pois, de que haverá o vínculo de emprego.

Em nenhum momento a Constituição estabelece diferenciação dos trabalhadores domésticos relativamente à frequência de prestação dos

serviços, motivo pelo qual o legislador infraconstitucional não deveria tê-lo feito.

É cediça a lição segundo a qual as leis devem ser lidas conforme a constituição, e não o contrário. O Ministro Carlos Veloso, no julgamento do RE 396.386-4/SP, adverte que “se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição, já que esta é pressuposto de validade da eficácia de toda a ordem normativa instituída pelo Estado”¹⁶.

O art. 193 da CRFB/88, a seu turno, define que a ordem social deverá ser baseada no primado do trabalho, além de possuir como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Com efeito, todos os preceitos citados colocam o homem no ápice do ordenamento jurídico e a distinção plasmada no art. 1º da LC n. 150/2015 destoa desse paradigma.

Outrossim, com base no § 1º do art. 5º da CRFB/88, as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, bem como é certo que os direitos adotados em patamar constitucional não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados, ou de tratados internacionais de que o Brasil faça parte.

O caráter protecionista e humanista também possui sólida construção normativa internacional.

4.2 Normatização internacional

Os diplomas internacionais propiciam um conjunto de ferramentas normativas com a finalidade de firmar o paradigma do trabalho digno e a proteção dos trabalhadores contra qualquer tipo de sujeição, possibilitando até mesmo a referência a uma Carta Internacional dos Direitos Humanos Trabalhistas (DELGADO, 2018, p. 226).

16 RE 396.386/SP. Fonte: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261732>. Acesso em 20-5-2019. Neste precedente foi reconhecida a não recepção da Lei de Imprensa, a qual estabelecia limitações quando à reparação por dano moral. Anota-se que este mesmo raciocínio é aplicável quanto à tarifação/tabelamento do dano moral estabelecido no art. 223-G, § 1º, da CLT, com redação conferida pela Lei n. 13.467/2017.

Tendo em vista a possibilidade concreta de submissão das leis ao juízo de convencionalidade, é cabível discorrer sobre as normas internacionais que respaldam a conclusão deste trabalho. Assim, mostra-se apropriado falar, outrossim, no Direito Internacional dos Direitos Humanos¹⁷.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), agência multilateral especializada na temática do trabalho, estabelece, na sua Constituição, que não pode haver paz mundial duradoura sem justiça social.

Da Declaração de Filadélfia (Declaração Relativa aos Fins e Objetivos da Organização Internacional do Trabalho) de 1944, diploma que possui a finalidade de reafirmar o compromisso com os objetivos fundamentais da OIT, extrai-se o princípio do Direito Internacional do Trabalho segundo o qual “a luta contra a carência, em qualquer nação, deve ser conduzida com infatigável energia, e por um esforço internacional contínuo e conjugado, no qual os representantes dos empregadores e dos empregados discutam, em igualdade, com os dos Governos, e tomem com eles decisões de caráter democrático, visando o bem comum”.

O ano de 1948 ficou marcado na história do Direito Internacional, em razão da adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), traduzida por mais de 500 idiomas, e que dispõe no art. XXIII que “toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra desemprego”.

A DUDH, conjuntamente com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), seus dois protocolos adicionais, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e seu protocolo opcional, formam a denominada Carta Internacional dos Direitos Humanos.

O PIDESC, de 1966, consigna a necessidade de se assegurar o “direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis” (art. 7º), bem como a necessidade de o Estado adotar medidas para assegurar,

17 Conforme referem Maurício Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2018, p. 228), existe um “Direito Internacional dos Direitos Humanos que interage continuamente com a ordem jurídica interna dos Estados, inclusive a constitucional, sendo que, ‘na hipótese de eventual conflito entre Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito interno, adota-se o critério da *prevalência à norma mais favorável à vítima*”.

“principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis” e “progressivamente, por todos os meios apropriados” tais direitos.

A ampla e complexa rede de proteção dos direitos humanos - nos quais se incluem os direitos sociais e laborais - conta, ademais, com normas internacionais de âmbito regional.

Em Bogotá, em 1948, na mesma oportunidade em que foi criada a Organização dos Estados Americanos (OEA), houve a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADH), que estabelece que “toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas” (art. XIV).

A densidade da proteção da dignidade da pessoa humana, principalmente na qualidade de trabalhador, tornou-se cada vez mais densa, de forma que as nações tomaram verdadeira consciência da importância do ser humano, tanto no direito interno quanto no internacional, mormente de forma progressiva.

100

Neste sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, no art. 26, positivou o princípio de que os Estados devem se esforçar para “conseguir progressivamente a plena efetividade” dos direitos que decorrem das normas econômicas e sociais. O protocolo adicional a esse tratado, datado de 1988 e conhecido como Protocolo de San Salvador, reforçou a necessidade de garantia de “condições justas, equitativas e satisfatórias” de trabalho (art. 7°).

A seu turno, a Declaração do Milênio das Nações Unidas, de 2000, no capítulo V, tópico 25 expõe a preocupação em aumentar a capacidade de aplicação dos princípios e práticas democráticas e o respeito aos direitos humanos, incluindo as minorias, bem como em acabar com atos de racismo e xenofobia, garantindo maior tolerância em todas as sociedades.

A Declaração Sociolaboral do Mercosul, de 2015, impõe a necessidade de formulação de políticas ativas de trabalho decente (art. 2.1.a), bem assim o respeito, difusão e aplicação dos princípios e direitos fundamentais do trabalho (art. 2.1.d). Ademais, no art. 4.1, fixa a necessidade de garantir, conforme a legislação vigente e práticas nacionais, a

igualdade efetiva de direitos, o tratamento, e as oportunidades no emprego, sem distinção ou exclusão.

Todas as normas citadas primam pelo estabelecimento de um paradigma progressivo de trabalho decente e justiça social, ou seja, condições que propiciem aos indivíduos plena inserção na sociedade, com garantia de cidadania e autonomia na condução do seu futuro, sem discriminações infundadas.

Especificamente quanto às domésticas, a Convenção n. 189 da OIT, de 2011, considera “trabalho doméstico” também aquele realizado para vários domicílios (art. 1º, “a”), esclarecendo que o indivíduo que presta trabalho ocasional ou esporádico, sem que seja sua profissão, não será considerado trabalhador doméstico (art. 1º, c). O art. 2º estipula que os membros poderão excluir integral ou parcialmente do seu âmbito de aplicação “a) categorias de trabalhadores beneficiados por outro tipo de proteção, no mínimo equivalente” e “b) categorias limitadas de trabalhadores em razão de problemas especiais de natureza substantiva que possam surgir”.

Não é possível vislumbrar a ocorrência, no Brasil, das excludentes arroladas no citado art. 2º. Realçada a necessidade de garantir condições dignas a esses trabalhadores, essa norma consignou que os membros signatários deverão adotar medidas para “promoção e proteção efetivas dos direitos humanos”, “promover e tornar realidade os princípios e direitos fundamentais no trabalho”, mormente a “eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação” (art. 3.1, 3.2.c e 6), de forma que tais preceitos sejam aplicados progressivamente (art. 13.2).

A necessidade de aplicação progressiva das normas protetivas dos direitos humanos corrobora a figura da empregada doméstica intermitente.

Diretrizes similares são encontradas nas recomendações da OIT. Embora essa espécie não esteja sujeita à ratificação e não crie direitos e obrigações - apenas sugerindo diretrizes - são aprovadas pelo mesmo quórum das convenções e têm a finalidade de complementá-las, antecedendo muitas vezes a própria legislação interna (NETO, 2018, p. 259)¹⁸.

18 A respeito, destaca-se o Enunciado n. 3 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual da Justiça do Trabalho: “3. FONTES DO DIREITO – NORMAS INTERNACIONAIS. I –

A Recomendação n. 198 da OIT, que visa estabelecer critérios de proteção da relação de trabalho, indica que as políticas nacionais devem “prover orientação às partes envolvidas, em particular empregadores e trabalhadores, em estabelecer efetivamente a existência de uma relação de trabalho e na distinção entre empregador e trabalhador autônomo” (I.4.a). Dispõe, ademais, que a relação de emprego deverá ser guiada “primeiramente pelos fatos relacionados com o tipo de trabalho e a remuneração do trabalhador” (II.9) e, ainda, construir “medidas efetivas que visam remover iniciativas a disfarçar uma relação de trabalho” (I.17).

A necessidade de alterar a legislação interna ou de conferir interpretação evolutiva para a categoria dos trabalhadores domésticos é corolário dos preceitos estampados nesta recomendação.

Na esteira do Direito Internacional dos Direitos Humanos, não é possível afastar a finalidade de garantir condições justas e equânimes aos trabalhadores, de modo que devem ser condenadas as discriminações vedadas no plano internacional (além do constitucional), por força dos compromissos assumidos pelo Estado, bem como pela necessidade de submeter a legislação ordinária ao filtro de convencionalidade; salientando-se que a hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos incorporados pelo Brasil é superior à legislação ordinária¹⁹.

FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES DA OIT NÃO RATIFICADAS PELO BRASIL. O Direito Comparado, segundo o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, é fonte subsidiária do Direito do Trabalho. Assim, as Convenções da Organização Internacional do Trabalho não ratificadas pelo Brasil podem ser aplicadas como Fontes do direito do trabalho, caso não haja norma de direito interno pátrio regulando a matéria. II – FONTES DO DIREITO DO TRABALHO. DIREITO COMPARADO. CONVENÇÕES E RECOMENDAÇÕES DA OIT. O uso das normas internacionais, emanadas da Organização Internacional do Trabalho, constitui-se em importante ferramenta de efetivação do Direito Social e não se restringe à aplicação direta das Convenções ratificadas pelo país. As demais normas da OIT, como as Convenções não ratificadas e as Recomendações, assim como os relatórios dos seus peritos, devem servir como fonte de interpretação da lei nacional e como referência a reforçar decisões judiciais baseadas na legislação doméstica”.

19 Longe do objetivo de discutir a respeito da controvérsia concernente à eficácia interna das normas de direito internacional incorporadas pelo Brasil, anota-se que o atual entendimento do STF é conferir *status* de emenda constitucional aos tratados de direitos humanos incorporados pelo rito previsto no § 3º do art. 5º da CRFB/88; aos demais tratados de direitos humanos é garantida eficácia supralegal (NETO, 2017, pp. 270-273).

Diante dessa explanação, constata-se a necessidade de romper com as amarras em teses inexistentes desde 1888, quando promulgada a Lei Áurea - dever que toca toda a sociedade, sem exceções. Assim, ao Estado, por todos os seus Poderes (Legislativo, Judiciário e Executivo), bem como à própria sociedade, há obrigação de reconhecer às trabalhadoras domésticas sua posição social e jurídica adequada.

O enquadramento da diarista com periodicidade e previsibilidade como empregada intermitente se torna factível, porque informado pelas normas internacionais, pelo critério interpretativo lógico-sistemático e teleológico. Trata-se de categoria intermediária, situada entre a empregada e a trabalhadora autônoma, a quem se reconhece nível de proteção social mínima.

5 CONCLUSÃO

As premissas delineadas no decorrer deste estudo permitem a utilização do contrato de trabalho intermitente para a trabalhadora doméstica que labore até dois dias na semana para o mesmo tomador, desde que haja previsibilidade e periodicidade na prestação dos serviços.

Não obstante o contrato intermitente, como atualmente regulamentado, represente um retrocesso em termos de garantias sociais, para as diaristas pode garantir um nível de dignidade maior.

A normatização das relações laborais dever ser compatível com a construção do paradigma do trabalho decente, em homenagem ao princípio da proteção, de forma que se mostra necessária a ruptura de uma cultura racista, machista, patriarcal e de perpetuação do ciclo de exploração econômica das camadas mais pobres pelas elites.

Com base nas normas constitucionais e internacionais incidentes na matéria, bem como no princípio da isonomia e na teoria do impacto desproporcional, é necessária interpretação evolutiva. Trata-se da efetivação da pauta axiológica de valores sociais e um passo (não último, frise-se) em direção à ruptura da espiral de exclusão, discriminação e exploração - dever atribuído às instituições públicas/privadas é à sociedade integralmente.

A obrigação de alterar a realidade ora descrita é de responsabilidade

universal. O opressor, ao negar tais fatos e o reconhecimento de direitos imanentes ao trabalhador, rejeita-se em sua própria humanidade. Se o indivíduo, por meio dos seus atos, reflete à coletividade a sua essência, receberá como retorno valores reflexos. Trata-se de verdadeira autofagia social.

Não é porque as correntes foram quebradas há mais de 100 anos, com o fim da escravatura, e tudo permaneceu inerte que esse círculo deve ser perpetuado. Não se podem admitir subníveis de cidadania.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. Diarista: um empregado em busca de vínculo. In: BUSNARDO, Juliana Cristina; VILLATORE, Marco Antônio César Villatore (Orgs.). **Trabalho doméstico**. Teoria e prática da Emenda Constitucional 72 de 2013. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO (MPT). **Peruanas mantidas em casa de alto padrão em Florianópolis conquistam liberdade e direitos trabalhistas**.

Disponível em: <<http://www.prt12.mpt.gov.br/procuradorias/prt-florianopolis/211-peruanas-mantidas-em-casa-de-altopadrao-em-florianopolis-conquistam-liberdade-e-direitos-trabalhistas>>. Acesso em: 12 maio 2019.

_____. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Retrato das desigualdades de gênero e raça**. Trabalho doméstico remunerado. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/retrato/indicadores_trabalho_domestico_remunerado.html>. Acesso em: 12 maio 2019

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho Decente**: análise jurídica da exploração do trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. 5. ed. atual. de acordo com a reforma trabalhista. São Paulo: LTr, 2018.

CALVET, Felipe. A evolução da legislação do trabalhador doméstico. In: BUSNARDO, Juliana Cristina; VILLATORE, Marco Antônio César Villatore (Orgs.). **Trabalho doméstico**. Teoria e prática da Emenda Constitucional 72 de 2013. Curitiba: Juruá, 2013.

CARELLI, Rodrigo. Barroso, negros de primeira linha e a reforma trabalhista – os experimentos de Milgram explicam. In: CASAGRANDE, Cássio; CARELLI, Rodrigo. **Reforma trabalhista**: reflexões críticas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018a.

_____. **Barroso versus o mundo**: o contrato-realidade e o transportador autônomo de cargas – quando pensamos que já vimos de tudo, aí é que a surpresa vem com força. In: CASAGRANDE, Cássio; CARELLI, Rodrigo. Reforma trabalhista: reflexões críticas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018b.

CASAGRANDE, Cássio. **A proletarização do advogado no Brasil – indústria da advocacia deveria admitir sua condição de classe patronal.** In: CASAGRANDE, Cássio; CARELLI, Rodrigo. Reforma trabalhista: reflexões críticas. – Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018.

CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ACESSORIA. **Reforma da previdência aprofunda desigualdades entre homens e mulheres.** Disponível em: <<http://www.cfemea.org.br/index.php/alerta-feminista/4618-reforma-da-previdencia-aprofunda-desigualdades-entre-homens-e-mulhere>> Acesso em: 15 maio 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 11.ed. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil:** com os comentários à Lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017.

_____. **As normas internacionais de direitos humanos e a lei da reforma trabalhista no Brasil.** In: ROCHA, Cláudio Jannoti da (Org.). Direito internacional do trabalho: aplicabilidade e eficácia dos instrumentos internacionais de proteção ao trabalhador. São Paulo: LTr, 2018.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

OLIVEIRA, Christiana D'arc Damasceno. **(O) direito do trabalho contemporâneo:** efetividade dos direitos fundamentais da pessoa humana no mundo do trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

KREIN, José Dari. **O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva Consequências da reforma trabalhista.** Tempo Social, Revista de Sociologia da USP, São Paulo, 2018.

MAGANO, Octaviano Bueno. **Manual de Direito do Trabalho.** v. II São Paulo: LTr, 1993.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MIZIARA, Raphael. **Moderno Dicionário de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2019.

MONTICELLI, Thays Almeida e TAMANINI, Marlene. Trabalho autônomo e autonomia trabalhista: as práticas de trabalho das diaristas e suas reconfigurações no trabalho doméstico. In: BUSNARDO, Juliana Cristina; VILLATORE, Marco Antônio César Villatore (Orgs.). **Trabalho doméstico.** Teoria e prática da Emenda Constitucional 72 de 2013. Curitiba: Juruá, 2013.

NETO, Silvio Beltramelli. **Direitos Humanos.** 4. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

NETO, Silvio Beltramelli; KLUGE, Cesar Henrique. Panorama normativo-

jurisprudencial das relações de trabalho no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. In: ROCHA, Cláudio Jannoti da (Org.). **Direito internacional do trabalho**: aplicabilidade e eficácia dos instrumentos internacionais de proteção ao trabalhador. São Paulo: LTr, 2018.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional** – de acordo com a reforma trabalhista Lei n. 13.467/2017. 11. ed. São Paulo: LTr, 2019.

PEREIRA, Ricardo José Macedo de Britto. **Ação Civil Pública no processo do Trabalho**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

RIOS, Roger Raupp; DA SILVA, Rodrigo. **Discriminação múltipla e discriminação interseccional**: aportes do feminismo negro e do direito da antidiscriminação. Revista Brasileira de Ciência Política, v. 16, p. 11, 2015.

SALET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARMENTO, Daniel; SOUZA, Cláudio Pereira. **Direito constitucional**. - São Paulo: Fórum, 2014.

SEVERO, Valdete Souto; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **Manual da reforma trabalhista**: pontos e contrapontos. São Paulo: Sensus, 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017a.

_____. **Curso de Direito do Trabalho aplicado**: livro da remuneração. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017b.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego**: estrutura legal e supostos. São Paulo: Saraiva, 1975.