

Artigos

A Emenda Constitucional N. 72/2013 e o Futuro do Trabalho Doméstico

Georgenor de Souza Franco

Desembargador do Trabalho do TRT da 8ª Região, Professor Titular de Direito Internacional e Direito do Trabalho da Universidade da Amazônia (UNAMA), Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.



RESUMO: Este artigo aborda a Emenda Constitucional n. 72, promulgada a 2.4.2013, e que alterou o parágrafo único do art. 7º da Constituição de 1988, ampliando os direitos do trabalhador doméstico. O autor analisa os efeitos das novas regras considerando os direitos que já existiam e os que foram estendidos a essa categoria, quer os de aplicação imediata, quer os que dependem de norma regulamentadora, fazendo projeções sobre o futuro desse tipo de relação de emprego no Brasil.

PALAVRAS CHAVE: Emenda Constitucional. Trabalho Doméstico. Direitos dos empregados domésticos.

ABSTRACT: This article discusses the Constitutional Amendment. 72, enacted 04/02/2013, and that changed the sole paragraph of art. 7 of the Constitution of 1988, expanding the rights of domestic workers. The author analyzes the effects of the new rules considering the rights that already existed and which were extended to this category, whether the application immediately, whether those dependent on regulatory norm, making projections about the future of this type of employment relationship in Brazil.

KEYWORDS: Constitutional Amendment. Housework. Rightsof domestic workers.

SUMÁRIO: 1. A Emenda Constitucional n. 72/2013. 2. Os direitos pré-existentes. 3. Os direitos imediatamente aplicáveis. 4. As normas programáticas. 5. Perspectivas para a relação de trabalho doméstico.

1. A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 72/2013

O Congresso Nacional promulgou, no dia 2 de abril deste ano de 2012, a Emenda Constitucional n. 72, modificando a redação primitiva do parágrafo único do art. 7º da Constituição de 1988. É a mais recente alteração ao texto original, decorrente da PEC n. 478, de 2010, aprovada na Câmara dos Deputados no final de 2012, e que, no Senado, transformou-se na PEC n. 66/2012.

A Lei n. 5.859, de 11.12.1972, que dispõe sobre a profissão de empregado doméstico, já sofreu várias alterações, mas é ainda o *estatuto* principal a respeito. De outro lado, lembrando que a origem da atual Emenda Constitucional registramos em artigo anterior ¹, temos assim redigido o novo dispositivo da *Lex Mater*:

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, XVIII, 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, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

Devem ser feitos, agora mais concretamente do que antes, alguns comentários sobre o que representa essa modificação e alguns efeitos que podem ocorrer nesse tipo extremamente específico de relação de emprego.

Para esse fim, iremos dispor o exame do texto em três itens: os direitos existentes desde 1988 ou incluídos, posteriormente, via legislação ordinária; os direitos contemplados pela EC-72 que passam a ter imediata aplicação; aqueles outros direitos que, por força da própria Emenda, dependem de lei específica para passar a ser aplicados.

¹ Cf. *As possíveis mudanças nos direitos dos domésticos*. In: *Informativo COAD*. Rio de Janeiro: COAD, 2013, v. 49, p. 14-17.

Deve ser registrado que, anteriormente à EC-72, o trabalhador doméstico possuía os seguintes direitos constitucionalmente assegurados (mencionados conforme os incisos do art. 7º constitucional):

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

XXIV - aposentadoria.

Agora, com a EC-72, passou a ter mais os seguintes, que têm aplicação imediata (igualmente referindo aos incisos do art. 7º da Constituição):

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

Além desses, também outros que ficam dependentes de lei específica, a saber (também conforme os incisos do aludido art. 7º):

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;

XXVIII - seguro contra acidentes.

Assim, logo de início, temos que, à vista do acréscimo significativo de direitos nessa relação de trabalho, haverá evidente aumento de ônus a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Passemos ao exame desses direitos, seguindo a ordem que referimos acima: os pré-existentes, os novos de aplicação imediata e os novos programáticos.

2. OS DIREITOS PRÉ-EXISTENTES

Considerando não apenas o parágrafo único do art. 7º, na sua redação anterior à EC-72, mas a legislação infraconstitucional vigente, os trabalhadores domésticos possuíam – e continuam a possuir – os seguintes direitos:

- contrato de trabalho escrito com anotação na CTPS, nos termos da Lei n. 5.859/72, que dispõe sobre a profissão (art. 2º, I), combinado com o art. 5º do Decreto regulamentador n. 71.885, de 9.3.1973;
- garantia do salário mínimo (art. 7º, IV, da Constituição), podendo, todavia, ser ajustada remuneração superior;
- irredutibilidade de salário, conforme o art. 7º, VI, de modo a nunca receber valor inferior ao ajustado;
- 13º salário, que é a Gratificação de Natal, instituída pela Lei n. 4.090, de 13.07.1962, consagrado no art. 7º, VIII, da Constituição;
- gozo de licença à mulher gestante de 120 dias (art. 7º, XVIII), que não se confunde com *estabilidade provisória* e é benefício previdenciário;
- gozo de licença paternidade de cinco dias, que o homem empregado doméstico tem direito, similar a qualquer empregado (art. 7, XIX, da Constituição, combinado com o art.10, §1º, do ADCT);
- aviso prévio proporcional em caso de dispensa sem justa causa, na forma do art. 7º, XXI, da Constituição, observada a regra da Lei n. 12.506, de 13.10.2011;
- repouso semanal remunerado, preferencialmente (não necessariamente) aos domingos, como consta do art. 7º, XV;
- férias com acréscimo de 1/3, na forma do art. 7º, XVII, cabendo duas observações: 1) as faltas ao serviço, durante o período aquisitivo, servem de balizador para os dias de gozo devidos (art. 130 da CLT); e, 2) apesar de divergência doutrinária, tem sido admitida a possibilidade de o empregado doméstico converter *in pecúnia (venda)* 1/3 das férias a gozar, como previsto no art. 143 da CLT;
- aposentadoria, que é benefício previdenciário

garantido pelo art. 7º, XXIV, da Constituição; e,
- integração à previdência social, como consignado no final do parágrafo único do art. 7º constitucional.
- garantia de emprego à gestante, a chamada *estabilidade provisória*, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, consagrada no art. 4º-A, da Lei n. 5.859/72, acrescentado pela Lei n. 11.324, de 19.7.2006, que não se confunde com a licença gestante, referida acima.

A antiga *opção* pelo FGTS, criada pela Lei n. 10.208, de 2001, não mais existe. Pela EC-72 passou a ser obrigatória e retornaremos a ele adiante.

3. OS DIREITOS IMEDIATAMENTE APLICÁVEIS

Os direitos que os trabalhadores domésticos passam, de imediato, a gozar e seus efeitos nos contratos de trabalho existentes, examinaremos agora, reportando aos incisos constitucionais.

REMUNERAÇÃO VARIÁVEL

O inciso VII - *garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável* – não deve ter, aparentemente, nenhum reflexo na relação de trabalho doméstico. Este tipo de empregado não recebe, no geral, remuneração variável, do tipo comissões sobre vendas ou prêmios por produção. Trata-se de um dispositivo de difícil aplicação à relação de trabalho doméstico e a única coisa que pode gerar é dificuldade de interpretação e de compreensão para os interessados.

Há, todavia, hipótese que, mesmo absurda, pode ser cogitada. Admitamos que o empregador doméstico, de quando em quando, dê uma gratificação espontânea a seu empregado. No futuro, essa liberalidade poderá ser transformada em *remuneração variável*, o que, por consequência, representará ônus ao empregador. O ideal, então, será que essas bonificações, abonos, gratificações, etc., sejam sumariamente eliminados da relação existente.

Outra hipótese seria a de ser o empregado contratado para lavar e passar roupa e receber pela quantidade de roupa que lavou e passou, o que caracterizaria remuneração variável, sendo, de qualquer forma,

recomendável que, em ocorrendo casos dessa natureza, seja celebrado contrato de trabalho consignando clara e expressamente essas condições.

CRIME DE RETENÇÃO DOLOSA

O inciso X - *proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa* - é providência expressiva, que já devia existir a muito tempo, porque, e é verdade, ainda há empregador que não paga na época própria ou atrasa significativamente o pagamento do salário. É uma forma para evitar mora patronal.

Deve ser observado que o empregador, inclusive o doméstico, deve pagar o salário do seu empregado, se mensalista, até o 5º dia útil subsequente ao mês vencido, na forma do § 1º do art. 459 da CLT, abatendo eventuais adiantamentos salariais que tenha feito no período, sempre contra-recibo.

JORNADA DE TRABALHO

Pelo inciso XIII - *duração do trabalho normal não superior a 8 horas diárias e 44 semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho* - passa a haver limite máximo de jornada de trabalho diária e semanal e que poderá haver compensação e redução por negociação coletiva.

Entendemos que existem dificuldades intransponíveis. A maior delas é a inviolabilidade da residência do empregador, porque, de acordo com o art. 5º, XI, da Constituição, *a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*, logo não pode ser objeto de fiscalização nem controle.

Ora, a inviolabilidade da residência de uma família é consagrada internacionalmente e, pela Constituição, é um dos direitos fundamentais mais sagrados. Existem apenas três exceções: 1) autorização do proprietário do imóvel; 2) ocorrência de delito, desastre ou necessidade de prestação de socorro de emergência; 3) existência de ordem judicial autorizando a entrada. Não há outras. Consequência: impossível ser efetuada uma inspeção por parte de autoridades administrativas do Ministério do

Trabalho e Emprego para fins de verificação do cumprimento desse preceito.

O segundo óbice indica que se pretende admitir negociação coletiva para os domésticos, podendo ser criado acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho. Porém, é impossível do ponto de vista prático isto ocorrer entre as categorias de empregado doméstico e de empregador doméstico. O empregador doméstico não é facilmente identificável e é mentira ser mais realista que o rei e tentar uma negociação coletiva assim.

Debalde esses aspectos, importante observar a necessidade de um controle mínimo de jornada. Recomendável a adoção de uma folha de ponto ou de um livro de ponto, ou outro instrumento similar (até ponto eletrônico), que, embora seja exigido para empresas com mais de 10 empregados, nos termos do art. 74, § 2º, da CLT ², é aplicável nessas circunstâncias. Na folha de ponto do empregado doméstico é sugerível que sejam registrados horários de início de jornada, de início do intervalo intrajornada, de retorno pós-intervalo, e de saída ao final da jornada, e que empregado e empregador assinem a cada registro.

Quanto ao intervalo intrajornada, este está previsto no art. 71 da CLT:

Art. 71 - Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.

Isto significa que, completando seis horas de trabalho, o doméstico passa a ter direito a um intervalo de pelo menos uma hora, retornando em seguida, para completar as horas restantes até a oitava diária. Costumeiramente, adota-se esse intervalo também para as refeições (durante o dia, o almoço).

Nessa mesma linha de jornada de trabalho, de acordo com o inciso XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à

² § 2º - Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso.

*Alguém pensaria em ter uma câmera filmando sua casa, com aquela placa sorria, **você está sendo filmado?** Evidente que isso é inadmissível.*

do normal –, o empregado doméstico passou a ter direito horas extras, ou seja, trabalhando mais de 8 horas/dia ou 44 horas/semanais, esse trabalhador terá direito a um acréscimo de 50% sobre o valor devido pela hora normal trabalhada.

Os grandes problemas são saber como controlar a jornada e como fiscalizar o trabalho no ambiente doméstico, que é a residência do empregador? Não há condições de um controle eficaz e verdadeiro. A casa, lembremos, é asilo inviolável (art. 5º, XI, da Constituição). Alguém pensaria em ter uma câmera filmando sua casa, com aquela placa *sorria, você está sendo filmado?* Evidente que isso é inadmissível.

Há, é certo, a possibilidade, mencionada acima, do controle de ponto. Porém, até que ponto esta folha, livro ou outro meio será considerado realmente válido e verdadeiro? Não é incomum, e todos em sã consciência sabem, que, na Justiça do Trabalho, o empregado-reclamante diga, à vista de um documento com sua assinatura, que o assinou em branco, ou que foi forçado a assinar, ou que não sabe ler, ou simplesmente que a assinatura não é sua. Como o ônus da prova incumbe a quem alega (art. 818 da CLT), caberá ao empregador doméstico provar a validade desses documentos.

Por outro lado, se o empregado doméstico cumprir menos de 8 horas/dia, não poderá haver redução de seu salário, da mesma forma como entendemos não seja recomendável a existência de banco de horas, previsto no art. 59, § 2º, da CLT, porque difícilíssima a concretização de negociação coletiva nesse tipo de relação.

Deve ser observado ainda que, caso o empregado viaje com os patrões para acompanhar (trabalhando) a família em gozo de férias, por exemplo, terá direito a horas extras e adicional noturno por todo o período da viagem, porquanto estará à disposição integral do empregador.

Considere-se, também, a possibilidade de eliminação da jornada aos sábados e as quatro horas daquele dia (para completar as 44 horas semanais) serem diluídas durante o restante da semana. Impende assinalar, por oportuno, que não é exigência jornada de 4 horas aos sábados. Pode ocorrer em qualquer dia da semana, de acordo com o interesse do empregador e, evidente, a anuência do empregado. Em qualquer caso, é recomendável que conste do contrato de trabalho por escrito.

Ainda deve ser observado que as faltas do empregado ao serviço devem ser justificadas, mediante documento hábil (atestado médico, quando for o caso), pena de desconto do dia não trabalhado, bem como os atrasos reiterados podem ser punidos por desídia (art. 483, e, da CLT).

RISCOS INERENTES AO TRABALHO

O inciso XXII - *redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança* – é aplicável, de acordo com a EC-72, à relação de trabalho doméstico. Cuida de meio ambiente de trabalho, ou seja, a residência de uma família, que é inviolável e, portanto, não pode ser fiscalizada.

No que refere a tratamento indigno ou degradante que o empregado doméstico receba, bastará uma denúncia ao Ministério Público do Trabalho que, de pronto, intervirá para coibir práticas dessa natureza, como tem feito, de modo louvável, no combate ao trabalho forçado.

No mais, cuida-se de saúde, higiene e segurança em seu sentido mais estrito, de acordo com as Normas Regulamentares expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego (Portaria GM n. 3.214, de 08 de junho de 1978). No total, são 35 normas cuidando de diversos tipos de atividades, inclusive insalubres e perigosas, ergonomia, proteção contra incêndios, condições sanitárias e conforto nos locais de trabalho, sinalização de segurança, trabalho em altura, etc.

Independentemente dessas normas, que devem ser aplicadas no trabalho doméstico observando suas peculiaridades, há que haver grande cautela com o uso de desinfetantes, de gás, de inflamáveis em geral, de escadas, de locais com degraus e rampas. Por isso, poderá ser recomendável que o empregador doméstico forneça equipamentos de proteção individual ao seu empregado: botas, luvas, máscaras, capacete, óculos de proteção. Não é de afastar a hipótese de extintor de incêndio nas residências brasileiras. Ademais, sugerível indicar onde existam degraus ou rampas na residência. O aparente exagero dessas medidas poderá revelar-se eficaz no futuro. Parece absurdo, mas, lamentavelmente, é a nova realidade brasileira.

NEGOCIAÇÃO COLETIVA

O inciso XXVI - *reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho* – remete a um dos mais importantes aspectos do Direito do Trabalho: convenções e acordos coletivos é o resultado do direito de negociação coletiva. Foram reconhecidas na relação de emprego doméstico.

Entendemos que, embora digna de encômios a negociação coletiva, quando se cuida de trabalho doméstico, é difícil identificar os empregadores domésticos aos quais vão se aplicar essas normas. Ora, um acordo coletivo de trabalho é negociado entre sindicato de trabalhadores e empresa e, até onde se sabe, não existe *empresa* doméstica no Brasil. E, admitindo virem a ser negociadas convenções coletivas entre sindicatos patronal e de trabalhadores, a quem se aplicará a norma fruto dessa negociação? Ora, potencialmente, todas as residências deste país podem ter empregados domésticos.

Impende observar que existem espalhados pelo Brasil sindicatos de empregadores e de empregados domésticos. Em São Paulo, o Sindicato dos Empregadores Domésticos do Estado de São Paulo, fundado a 6.1.1989, identifica-se como *o sindicato pioneiro em nível mundial que representa os patrões domésticos*³, e existe também o Sindicato dos Trabalhadores Domésticos do Município de São Paulo, criado em 1990⁴, e uma Federação das Empregadas e Trabalhadores Domésticos do Estado de São Paulo⁵.

Temos nessa relação de trabalho duas figuras: o empregador doméstico, pessoa física, que não exerce atividade econômica ou lucrativa, e o empregado doméstico, também pessoa física, que desenvolve seu mister na residência do empregador (art. 1º da Lei n. 5859/72). Ora, não há *categoria econômica*, nem existe *empresa doméstica*, nesse tipo de relação de trabalho. Como já assinalamos anteriormente, *é a realidade ou então se pode “fazer de conta” que não é.*

Ademais, haverá dificuldade para ajuizamento de um dissídio coletivo perante a Justiça do Trabalho. O empregador doméstico não é identificável. Potencialmente, como referimos, todos podem ser

3 Cf. <http://www.sedesp.com.br/>. Acesso a 29.3.2013.

4 Cf. <http://stdmsp.com/main.html?src=%2F#1,0>. Acesso a 29.3.2013

5 Cf. <http://www.federacaodomesticas.com.br/site/index.php>. Acesso a 29.3.2013.

empregadores domésticos, inclusive os próprios empregados domésticos, que contratam pessoas para cuidar de sua residência enquanto vão trabalhar na casa de terceiros. Ademais, não existe categoria econômica contraposta à categoria profissional, porque o empregador doméstico não é aquele definido no art. 2º da CLT ⁶, nem a atividade do empregado doméstico se assemelha com a do empregador para ser confrontado com ele.

A existência de sindicatos de empregadores domésticos e de empregados domésticos, entendemos, não lhes garante o direito de ajuizamento de dissídios coletivos, e, a eventual negociação coletiva que venham a realizar não possibilitará, por impossibilidade de identificação concreta de seus destinatários, a aplicação das normas que celebrarem.

PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO

No que refere ao inciso XXX – *proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil* – e ao inciso XXXI – *proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência* – parece que não tem muito efeito prático para essa espécie de relação de trabalho.

A contratação é feita por critérios eminentemente pessoais da família para a qual o empregado vai trabalhar e a ninguém é dado impor condições ou obrigação para contratar ou não. Em uma residência, seus moradores contratam observando critérios particulares, que não se confundem com procedimentos discriminatórios.

Lembremos que o principal critério para um empregado doméstico ser admitido nesse tipo de emprego é a fidedignidade. Sem que exista confiança do empregador, nenhum empregado é admitido para trabalhar em sua residência. E esta verdade é absoluta.

TRABALHO DO MENOR

O inciso XXXIII cuida da *proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos*.

⁶ Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Este dispositivo é justo. Visa a proteger o menor de 18 anos em geral, e de modo especial o de 16 anos, considerando que não existem aprendizes no trabalho doméstico, porque não abrangido pelo arts. 424 a 433 da CLT, nem se podendo cogitar de *formação técnico-profissional* nesse tipo de relação. É bem de ver que a matéria é regulada por norma infraconstitucional desde 1990⁷.

Essa proteção ao menor faz-se necessária porque ainda existem, no Brasil, muitas pessoas, na faixa de idade entre 16 e 18 anos que exercem atividade doméstica e devem ficar protegidas do trabalho no horário noturno (entre 22 horas de um dia e 5 horas do dia seguinte). Iremos fazer outros comentários sobre o trabalho noturno adiante.

No que respeita ao trabalho perigoso ou insalubre, manifestamos nosso pensamento acima, o que, evidente, se aplica ao menor de 16 a 18 anos de idade⁸.

4. DIREITOS PROGRAMÁTICOS

A EC-72 estendeu sete novos direitos aos empregados domésticos, que, para ser aplicados, dependem de lei específica. No entanto, é sempre bom lembrar que nada impede a aplicação das regras da CLT em caráter supletivo, à falta de norma específica. Lembremos da aplicação da Lei n. 7.783, de 28.6.1989, que cuida do exercício do direito de greve em atividades essenciais, que o Supremo Tribunal Federal mandou aplicar às greves no serviço público⁹.

De qualquer forma, iremos examiná-los como normas programáticas, reportando aos incisos do art. 7º da Constituição.

PROIBIÇÃO DE DISPENSA ARBITRÁRIA OU INJUSTA

De acordo com o inciso I, é a *relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos*. Todos sabemos

7 V., a respeito, os arts. 60 e seguintes da Lei n. 8.069, de 13.7.1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

8 Sobre o trabalho doméstico de menores, v. DUTRA, Maria Zuíla Lima. *Meninas domésticas, infâncias destruídas*. São Paulo, LTr, 2007.

9 V. as diversas decisões do STF *in* FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Direito do trabalho no STF (12)*. São Paulo, LTr, 2009, pp. 39-57.

que desde 1988 existe a consagração constitucional desse direito que, todavia, nunca saiu do papel. Tentaram, por equívoco, aplicar a Convenção n. 158 da OIT como a *norma regulamentadora*, o que é impossível, quer porque não cuida especificamente do tema, quer porque não é lei complementar e, hoje denunciada pelo Brasil, não pode mais ser invocada para atender aos seus objetivos.

A regulamentação do inciso I do art. 7º continua sendo um sonho dos trabalhadores brasileiros. A eles, agora, se alinham os domésticos. Todos esperam que alguma coisa seja feita. O mais próximo disso é o Projeto de Lei Complementar n. 8/2003, de autoria do Deputado pernambucano Mauricio Rands, mas que continuava, até abril de 2013, aguardando pauta na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados¹⁰, sendo o que mais chances possui para pelo menos chegar ao Senado da República.

Enquanto isso não ocorre, o preceito constitucional permanecerá letra morta, mera norma programática como tantas que existem que não serve para nada, salvo excelentes discussões doutrinárias.

SEGURO DESEMPREGO

A garantia do inciso II - *seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário* – é benefício pago ao trabalhador desempregado pela Caixa Econômica Federal, com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT, e, na forma da Lei n. 10.208/2001, foi estendido ao doméstico, desde que seu empregador tivesse feito opção pelo FGTS.

Agora, com a EC-72, acabou essa estranhíssima faculdade patronal e todos os domésticos desempregados terão direito ao seguro desemprego, porém, ficam na dependência da regularização do cadastramento no FGTS, conforme apontaremos a seguir.

O empregado doméstico despedido tem entre o 7º e 120º dia após sua dispensa que requerer o seguro-desemprego, desde que tenha pelo menos seis meses de serviço prestado, e receberá pelo menos o correspondente a um salário mínimo.

10 Cf. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=104504>. Acesso a 02.4.2013.

FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO

O direito previsto no inciso III - *fundo de garantia do tempo de serviço* - era concedido a título opcional, mediante manifestação do empregador, desde 2001. Agora é obrigatório e importa em uma ampliação do custo da mão-de-obra doméstica.

Há necessidade de todo empregado doméstico ser cadastrado no CEI (Cadastro Específico de Informações) da Previdência Social. Após, o empregador doméstico deve preencher a Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), consignando o n. 115 no campo do Código de Recolhimento, e o n. 868 no campo FPAS, e fazer o recolhimento no valor de 8% sobre a remuneração do empregado, na conta vinculada aberta para esse fim específico na Caixa Econômica Federal, além de conservar, por 30 anos (prazo de prescrição para o trabalhador reclamar judicialmente esse direito), os documentos pertinentes.

Como era opção, e agora é obrigação, deve ser observada a não retroatividade da norma. Ou seja, quem não era optante na data da EC-72, mas já era empregado doméstico, somente passa a integrar esse sistema a partir da data da vigência da Emenda.

Deve ser lembrado, ainda, que existem projetos de lei visando minimizar essas despesas para os orçamentos familiares. Um deles é o PL n. 6.465/2009, originalmente PLS n. 175/2006, destinado a excluir a indenização de 40% em caso de dispensa imotivada do doméstico, prevista no art. 18 da Lei n. 8.036/1990, mas que se encontra aguardando pauta na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público da Câmara dos Deputados¹¹. Ainda assim, permanecerá o recolhimento mensal sobre os ganhos domésticos em conta vinculada que deverá ser aberta para esse fim.

Não deve ser esquecido que, por enquanto, a regra como obrigatória ainda é programática, e dependerá de regulamentação específica para vigorar na sua plenitude, face os termos da própria Emenda Constitucional, embora, *data venia*, tanto o FGTS depositado em conta vinculada como a multa de 40% possam ter aplicação imediata.

11 Cf. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=460882>. Acesso a 02.04.2013.

ADICIONAL NOTURNO

O adicional noturno, previsto no inciso IX - *remuneração do trabalho noturno superior à do diurno* -, passou a ser outro direito que depende de norma regulamentar para ser aplicado.

Trata-se de direito que existe quando a jornada de trabalho ocorrer entre 22 horas de um dia e 5 horas do dia seguinte (art. 73, § 2º da CLT), tendo jus o trabalhador a um adicional de 20% calculado sobre sua remuneração.

Relativamente ao doméstico há alguns problemas. Como a casa é inviolável, quem vai fiscalizar a jornada? E se o empregado dormir na casa dos patrões, o horário depois da jornada normal, inclusive o de sono, será computado como tempo à disposição do empregador?

Legislação específica deverá regular os graves problemas que serão enfrentados pela sociedade também nesse ponto, inclusive a possibilidade de um piso salarial diferenciado em situação dessa natureza.

Igualmente, existem duas figuras jurídicas que não devem ser esquecidas: o sobreaviso e a prontidão.

O sobreaviso é regulado pelo art. 244, § 2º, da CLT, e não deve se aplicar à hipótese do doméstico, porque este caso ocorre quando o empregado permanece em sua própria casa (e não na casa do empregador), aguardando ser chamado, a qualquer momento, para determinado serviço. Acreditamos que raramente isso poderá ocorrer.

A prontidão é caracterizada pela permanência do empregado no estabelecimento, no caso do doméstico, na residência do empregador, em geral descansando após o cumprimento de sua jornada regular de trabalho, porém esperando, a qualquer momento, ser chamado a retornar ao serviço. É a *prontidão*. Pode ocorrer, por exemplo, em caso de babás ou cuidadores de idosos, e, nesse caso, é sugerível o ajuste dos períodos de prontidão, que serão remunerados no valor de 2/3 sobre a hora normal, aplicando-se, por analogia, o art. 244, § 3º, da CLT.

Pensamos que, dentre outras cautelas, o empregador deve celebrar contrato onde fique especificado que o empregado doméstico tem direito

de morar em sua casa e que, fora de seu horário de trabalho (8 horas/dia ou 44 horas/semana), não desenvolverá qualquer atividade.

Caso, todavia, faça qualquer trabalho no horário noturno, o adicional lhe será devido e deve ser apurado com a divisão da remuneração mensal por 220, encontrando o valor de uma hora e acrescentando 20%: o resultado é o valor da hora noturna. Não esqueçamos, porém, que esse direito depende de lei específica.

SALÁRIO FAMÍLIA

O inciso XII cuida do direito ao *salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei*. O valor atual é de R\$-33,16 para quem ganha até R\$-646,55/mês, e de R\$-23,16 para quem recebe até R\$-971,78/mês.

O direito do doméstico ao salário família é norma programática porque depende de regra própria, que não existe, embora tramite na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei n. 2.222/2011 que trata do tema. O empregador pagará e será reembolsado pela Previdência Social, deduzindo da contribuição social que recolherá.

CRECHES E PRÉ-ESCOLAS

O inciso XXV cuida de *assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 anos de idade em creches e pré-escolas*, o que certamente facilitará ao doméstico (homem ou mulher) desenvolver seu trabalho.

O problema é a falta de creches e pré-escolas gratuitas. Os estabelecimentos que possuem pelo menos trinta mulheres com mais de 16 anos como empregadas devem manter local adequado para permitir que possam guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação (art. 389, § 1º, da CLT). Evidente que, quantitativamente, essa regra não se aplica ao doméstico.

Mas, a Portaria n. 3.296, de 03.09.1986, do Ministério do Trabalho e Emprego, criou o *reembolso-creche*, também chamado de *auxílio-creche*. O art. 1º, I, dessa Portaria dispõe:

I - o reembolso-creche deverá cobrir, integralmente, despesas efetuadas com o pagamento da creche de livre escolha da empregada-mãe, ou outra modalidade de prestação de serviço desta natureza, pelo menos até os seis meses de idade da criança, nas condições, prazos e valor estipulados em acordo ou convenção coletiva, sem prejuízo do cumprimento dos demais preceitos de proteção à maternidade.

Essa Portaria se reporta à negociação coletiva, cujas dificuldades foram mencionadas acima, todavia, pode ser atendido o comando constitucional com ajuste na forma do inciso IV, dispensada qualquer norma coletiva, que diz:

IV - O reembolso-creche deverá ser efetuado até o 3º (terceiro) dia útil da entrega do comprovante das despesas efetuadas, pela empregada-mãe, com a mensalidade da creche.

Como esse *plus* deverá ser reembolsado, é possível que, para o doméstico, a regra seja destinada não apenas às mulheres empregadas, as principais beneficiadas, mas a todos os domésticos, independentemente de sexo, porquanto o que se resguarda aqui é a garantia de bons tratos e abrigo à criança no horário de trabalho dos pais ou responsáveis, pelo menos nesses seis primeiros meses de vida.

Quanto à pré-escola, o direito é constitucionalmente assegurado no art. 208, IV, da Constituição, para as crianças até cinco anos de idade, como dever do Estado, contudo, existe problema grave, que se arrasta há muitos anos, qual o da inexistência de vagas para todos os destinatários da norma. A tarefa, então, não é apenas do empregador, mas do Estado que tem esse dever constitucional.

SEGURO CONTRA ACIDENTE DE TRABALHO

Relativamente ao inciso XXVIII, acerca do *seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa*, este direito representará acréscimo no custo da mão-de-obra doméstica, porque todo empregador deverá fazer esse seguro.

Trata-se de uma contribuição do empregador, destinada à Seguridade Social, para o INSS para custear os benefícios oriundos de acidente do trabalho ou doença ocupacional, com alíquota variando entre 1% a 3% calculada sobre a remuneração do empregado.

A matéria é regulada no art. 22, II, da Lei n. 8.212, de 24.7.1991, sendo crível que, na relação de trabalho doméstico, a alíquota seja fixada em, no máximo, 1%, considerando como *leve* o risco dessa atividade.

Ademais, em havendo um acidente doméstico, atingido o empregado, o empregador ainda poderá responder por danos morais, materiais e estéticos decorrentes de lesões que o obreiro vier a sofrer.

5. PERSPECTIVAS PARA A RELAÇÃO DE TRABALHO DOMÉSTICO

Feitas essas considerações sobre os novos direitos do empregado doméstico, devemos assinalar que eles se destinam a todos os que trabalham em âmbito residencial. Nesse quadro, devem ser inseridos: cozinheiros, passadeiras, cuidadores de idosos, babás, copeiros, faxineiros, lavadeiras, jardineiros, caseiros urbanos e rurais, motoristas, pilotos de avião ou helicóptero particulares, mordomos, serventes. Lembremos que porteiros, zeladores e faxineiros de condomínios residenciais (verticais ou horizontais) não são empregados domésticos, mas do próprio condomínio, objeto da Lei n. 4.591, de 16.12.1964.

Dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT) dão conta da existência, em 2010, de 52,6 milhões de domésticos em 177 países¹². Segundo amplamente noticiado no Brasil, em nosso país existem aproximadamente sete milhões de empregados domésticos e apenas um milhão com contrato de trabalho regular. Os demais estão na informalidade. É o primeiro em número de domésticos no mundo, seguido da Índia, com 4,2 milhões, e da Indonésia, com 2,4 milhões. São números bastante expressivos. E, evidentemente, não podem ser desprezados, seja porque são trabalhadores, geralmente de baixa renda e de pouca instrução, seja porque são pessoas que merecem tratamento digno e respeito como seres humanos.

12 Cf. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_200965.pdf. Acesso a 30.3.2013.

Há, no trabalho doméstico, uma aproximação íntima da família empregadora e daquele que lhes presta serviços. Dizem, e não sem razão, que os empregados domésticos sabem mais da vida individual de cada morador da casa em que trabalham do que os próprios donos da casa.

É inegável que se trata de uma relação incomum. Há, no trabalho doméstico, uma aproximação íntima da família empregadora e daquele que lhes presta serviços. Dizem, e não sem razão, que os empregados domésticos sabem mais da vida individual de cada morador da casa em que trabalham do que os próprios donos da casa. Privam da convivência da família, compartilham seus momentos de alegria e de sofrimento, assistem televisão juntos, trocam confidências, ouvem e dão conselhos. Não se trata de uma relação de emprego igual às demais. É diferente, muito diferente, e todos sabemos disso. Por isso, não pode ter tratamento igual.

Importante, todavia, lembrar que, apesar desses traços peculiares, únicos, singulares, existem dois polos distintos: o empregador doméstico e o empregado doméstico. Enquanto convivem na relação harmônica de trabalho, tudo são flores. Os atrasos são perdoados. As louças quebradas não são descontadas. A roupa esquecida no varadouro não gera problema. A chamada de atenção é entendida. Comungam das alegrias e choram o mesmo pranto. Um dia, porém, finda a convivência pacífica, cada qual para o seu lado, vem o caos e o destino é o ajuizamento de ações trabalhistas a fim de receber *o que lhe é devido*, como costuma ser dito. Sobram apenas espinhos...

Pois bem, como o futuro é incerto, algumas sugestões, dentre tantas outras, podem ser recomendadas aos empregadores domésticos destes novos tempos:

- o contrato de um empregado doméstico deve ser por escrito, com duas testemunhas que não devem ser familiares de nenhuma das partes;
- esse contrato deve especificar forma do salário, horário de trabalho e de intervalo intrajornada, tarefas a desempenhar, fornecimento de equipamentos de proteção individual (se for o caso);
- deve esse contrato consignar cláusula relativa a uso de telefone, se o empregado doméstico tiver acesso a esse meio de comunicação pertencente ao empregador, de modo a possibilitar que, depois da sua utilização, possa ser descontada a despesa com esse benefício;
- pode ser adotada folha de ponto ou mecanismo similar, destinado a registrar os horários de início e fim da jornada diária e do intervalo intrajornada; e,

- os alimentos e a moradia (para os que moram com os patrões) não podem ser descontados, nem uniformes, se exigidos, conforme o art. 2º da Lei n. 5.859/72 ¹³.

Dois aspectos derradeiros. O primeiro refere ao futuro dessa atividade. No Brasil, considerando os nossos costumes e as nossas tradições, a tendência será, a exemplo de outros países, essa profissão ir gradualmente desaparecendo. Nossa história registra que a conquista de muitos direitos acabou por extinguir certas atividades. Talvez o trabalho doméstico caminhe a passos largos e rápidos para esse destino. Pior que o maior perdedor talvez seja o hipossuficiente.

O segundo aspecto é o incremento da profissão de diarista, e, nessa classe, serão enquadrados, conforme a jurisprudência dominante no TST, os que trabalham até duas ou três vezes por semana em uma residência familiar ¹⁴, e que não é objeto de tratamento pela EC-72 ¹⁵. Aliás, é crível que, brevemente, tenhamos o surgimento de incontáveis empresas de prestação de serviço dessa natureza, onde, lamentavelmente, quem irá lucrar não serão os empregados domésticos. Enquanto isso não ocorre, continuará o permissivo para o desconto no Imposto sobre a Renda de até R\$-985,96 referente a um empregado doméstico para cada empregador declarante.

13 Art. 2º-A. É vedado ao empregador doméstico efetuar descontos no salário do empregado por fornecimento de alimentação, vestuário, higiene ou moradia. § 1º Poderão ser descontadas as despesas com moradia de que trata o caput deste artigo quando essa se referir a local diverso da residência em que ocorrer a prestação de serviço, e desde que essa possibilidade tenha sido expressamente acordada entre as partes. § 2º As despesas referidas no caput deste artigo não têm natureza salarial nem se incorporam à remuneração para quaisquer efeitos.

14 Como exemplos, os seguintes julgados do TST: RECURSO DE REVISTA. TRABALHO DOMÉSTICO PRESTADO DE FORMA DESCONTÍNUA. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE EMPREGO. RECURSO DESPROVIDO. O trabalho doméstico prestado por duas ou três vezes na semana, a despeito de se mostrar habitual, não atende ao requisito da continuidade, de que trata o artigo 1º da Lei n. 5.859/72, não havendo de se falar em vínculo de emprego, caracterizando-se, nestes casos, o trabalho autônomo. Recurso de Revista conhecido e desprovido. Proc. RR-91000-03.2005.5.01.0245, de 22/08/2007, Rel.: Min. Maria de Assis Calsing, 4ª Turma; e, PRELIMINAR DE NULIDADE DO JULGADO POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Havendo manifestação do Tribunal sobre os pontos abordados no recurso ordinário, como no caso destes autos, tem-se que aquele juízo prestou a completa jurisdição. Nessa circunstância, não há falar em nulidade por negativa de prestação jurisdicional. EMPREGADO DOMÉSTICO. DIARISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. CARACTERIZAÇÃO. Continuidade na prestação dos serviços pressupõe a sucessão de atos sem interrupção. A prestação de serviços duas vezes por semana descaracteriza a continuidade prevista no art. 1º da Lei n. 5.859/72. Recurso de Revista de que se conhece e a que se dá provimento. Proc. RR-203300-59.2001.5.15.0114, de 13/09/2006, Rel.:Min. João Batista Brito Pereira, 5ª Turma. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/>. Acesso a 31.3.2013.

15 Tramita no Parlamento Nacional o PL n. 7.279/2010, que considera diarista quem trabalha até duas vezes por semana, recebendo ao final de cada jornada. Atualmente, está aguardando parecer na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=476055>. Acesso a 02.04.2013.

Se, fruto da EC-72, os antigos direitos dos domésticos foram mantidos, novos passam a ser imediatamente aplicados e outros ficarão na dependência de lei, acreditamos ser possível, a partir de agora, a ratificação da Convenção n. 189 da OIT, que ainda não está vigendo entre nós¹⁶, eis que não há mais distinções maiores entre domésticos e não domésticos.

No caso brasileiro, em 1988, o constituinte foi injusto com o trabalhador doméstico ao distinguir-lhe, no parágrafo único do art. 7º, com apenas alguns direitos trabalhistas. Agora, em nosso entendimento, a injustiça continua e aproveita para se estender também ao patronato doméstico porque, ao ampliar os direitos dos empregados, esquece-se o constituinte derivado da realidade brasileira.

Teria sido melhor se o Congresso Nacional tivesse acolhido a PEC n. 114/2011, da Deputada Gorete Pereira, que visava a revogação do parágrafo único do art. 7º, mas sem a inclusão no seu *caput* da expressão *inclusive domésticos*, que, *data venia*, seria mais discriminatória que a EC-72.

Nessa relação, não devem ser esquecidos alguns traços característicos: a sua peculiaridade; a fragilidade de ambos os interlocutores, cada qual com suas dificuldades e suas carências; a absoluta falta de vagas no mercado de trabalho para toda a mão-de-obra ativa em nosso país; a realidade de cada região brasileira.

Decisões políticas desse jaez ensejam o aumento de desemprego, a ampliação das crises sociais, o crescimento do mercado informal, a escala vertiginosa das fraudes trabalhistas, o desrespeito à dignidade da pessoa humana. Sejam as festas de alguns, comemoradas nesses primeiros momentos da EC-72, sinal de boa colheita no futuro.

Certamente haverá o incremento de empresas de intermediação de mão-de-obra, que, insistimos, serão as grandes beneficiadas com essa mudança, e servirão para recrutar e fornecer mão-de-obra doméstica, representada por diaristas, que farão os serviços dos empregados da atualidade e não terão vínculo direto com o empregador. No entanto, não deve ser esquecida a responsabilidade subsidiária ou solidária, que a jurisprudência brasileira consagra e de que é exemplo claro a Súmula n. 331 do TST.

16 V. o meu artigo Os novos direitos do doméstico segundo a OIT. In: Repertório de Jurisprudência IOB, São Paulo, v. 2, p. 223-1, 2012; Jornal Trabalhista, Brasília, v. 28, p. 6-8, 2011; Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, São Paulo, v. 23, p. 69-74, 2011; LTr. Suplemento Trabalhista, São Paulo, v. 100, p. 509-12, 2011.

Por outro lado, nada impede que, a exemplo do que ocorre na Europa, estudantes universitários, em troca de uma gratificação em dinheiro para custear parte de seus estudos ou de seu lazer, ofereçam seus préstimos como motoristas eventuais das famílias ou cuidadores de cães, para passear com esses animais como recomendam os médicos veterinários.

Enfim, como escrevemos alhures, o direito de sonhar todos temos. Ainda não cobram impostos sobre sonhos. Porém, existem limites de razoabilidade que o legislador, especialmente o constituinte, original ou derivado, deveria ter obrigação de observar: não sejam criadas normas que são impossíveis de ser cumpridas apenas em nome de uma igualdade fictícia.

Não esqueçam os que fazem as leis do Brasil que os tempos do liberalismo, do *laissez faire, laissez passer* da Revolução Francesa, não existem mais. Não se deve olvidar que melhor pouca legislação efetiva, que excesso legislativo utópico. A igualdade pregada por Aristóteles precisa ser lembrada sempre por todos: tratar igualmente os desiguais é desigualdade flagrante e não igualdade real. E, por fim, é sempre bom recordar que *as leis não bastam, os lírios não nascem das leis* (Drummond).

Belém, 03.04.2013