

RELAÇÃO EMPREGATÍCIA DOMÉSTICA E A EC N. 72/2013: REAL AVANÇO IGUALITÁRIO OU RETÓRICA POLÍTICO-LEGISLATIVA?

CAROLINA PEREIRA LINS MESQUITA^(*)

1. INTRODUÇÃO

A igualdade de direitos entre empregadas domésticas e empregadas celetistas é tema em voga, nos lares, na mídia e nas redes sociais.⁽¹⁾ A aprovação da “PEC das domésticas” (Projeto de Emenda Constitucional n. 66/2012 convertida na Emenda Constitucional n. 72/2013) gera alvoroço. O principal motivo de polêmica decorre do fato desta medida legislativa afetar as casas (e os bolsos) da classe média e alta da sociedade brasileira, bem como as historicamente excluídas trabalhadoras domésticas.

O relatório da Organização Internacional do Trabalho, publicado em janeiro de 2013, a partir de dados de 117 países, indica que mundialmente existem 52,6 milhões de pessoas empregadas no trabalho doméstico. Só no Brasil são 7,2 milhões de trabalhadores domésticos. No entanto, ainda de acordo com a OIT, há uma dificuldade para recolher números e dados sobre uma ocupação que se realiza a portas fechadas. Segundo a OIT, o número poderia ser de até 100 milhões de pessoas no mundo (ANAMATRA, 2013).

Segundo a Senadora Lídice da Mata (PSB/BA), Relatora do Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre a Proposta de Emenda à Constituição n. 66, de 2012:

Não é demais enfatizar, que, *segundo o Ministério do Trabalho e Emprego, existem cerca de 7 milhões de trabalhadores domésticos. Desses, apenas um milhão deles têm carteira assinada.* Já os dados da Federação Nacional das Trabalhadoras Domésticas apontam que a classe quase duplicou em menos de dez anos. Segundo a entidade, o número, hoje, no País, chegaria a 9,1 milhões. *Cerca de 80% desses trabalhadores são negros e 94% são mulheres.* Existem também dados preocupantes: 410 mil crianças estão no trabalho doméstico e 1,8 milhões desses trabalhadores ganham de zero a meio salário mínimo por mês (COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, 2012, adaptado).

Por levar em consideração o dado estatístico de que 94% dos trabalhadores domésticos existentes no Brasil são mulheres, emprega-se o referencial linguístico no gênero feminino (“trabalhadoras domésticas” e não trabalhadores domésticos), tal como Dutra (2008), inclusive para abarcar também os trabalhadores domésticos do sexo masculino, com vista da opção ideológica acolhida e do poder simbólico que a linguagem exerce no discurso.

Não se trata, propriamente, de evolução legislativa apresentada pela Emenda Constitucional n. 72 de 2013. Em

(*) Professora da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Doutoranda em Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Associada do Instituto de Ciências Jurídicas e Sociais.

(1) Conforme consta na justificativa do Projeto de Lei n. 224/2013, Bezerra constata: “Podemos afirmar, com absoluta certeza, que poucas vezes na história recente uma matéria legislativa atraiu tanta atenção da mídia, dos operadores do direito e da própria população. Embora saudada, com propriedade, como uma medida já há muito tempo devida e como questão de insofismável justiça social, o fato é que a Emenda n. 72, na mesma medida que atraiu atenção, também gerou grandes dúvidas. Isso decorre do fato de que estendeu aos domésticos uma série de direitos para os quais não há regulamentação, ou cuja regulamentação já existente não se adapta às condições peculiares do trabalho doméstico” (COMISSÃO MISTA PARA A CONSOLIDAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO, 2013).

verdade, trata-se de mais um marco normativo no sentido de ruptura com a história escravocrata do Brasil. Isto é, mais um passo no sentido de se reduzir o preconceito racial e contra a mulher (ainda que, até o momento, sentido apenas em termos formais).

O tratamento legal dispensado à doméstica pelo texto original da Constituição Federal de 1988 e pela legislação infraconstitucional era diferenciado, reverberando o forte caráter restritivo de direitos trabalhistas e previdenciários em contraponto aos demais empregados urbanos e rurais.

As principais justificativas para tal diferenciação normativa era sustentada nas peculiaridades do trabalho doméstico, especialmente na suposta não lucratividade e na conjecturada existência de laços maiores de afetividade do que econômicos nesta relação de trabalho, que é, em essência, realizado no âmbito residencial.

Certo é que a relação empregatícia doméstica sempre foi marcada pela ambiguidade, pela mescla de solidariedade com exploração. Direitos lhes foram formalmente negados, sob a justificativa – desculpa – de maior pessoalidade na relação.

Esta “não lucratividade”, contudo, é que propicia uma pessoa física ou membros da família trabalharem fora, representando a emancipação de mulheres brancas a custo das negras. Além disso, o argumento de “maiores laços de afetividade” é frágil, claramente incapaz de justificar a restrição da proteção legal (aliás, de nítido condão discriminatório).

Sustenta-se, como segurança, o ponto de vista de que a Carta Constitucional de 1988 e a legislação infraconstitucional brasileira perpetraram discriminação às trabalhadoras domésticas, já que esta classe de trabalhadoras (propositalmente no feminino) é predominantemente feminina e negra, além da atividade desempenhada possuem profundas raízes na história de escravidão brasileira. Ora, a predominância negra nesta tarefa não é uma simples coincidência, mas sim um conectário lógico da exclusão social a que foram submetidos os afrodescendentes após a escravidão, restando-lhes não outras opções senão a de continuar desempenhando as atividades que já realizavam quando escravos (DUTRA, 2008, p. 27).⁽²⁾

Antes mesmo da EC n. 72/13, vozes isoladas já denunciavam a discriminação ilegítima do próprio texto constitucional em relação às empregadas domésticas, posto que, a partir da compreensão de que a produção jurídica (inclusive a constitucional) reflete a ideologia dominante na sociedade em determinado momento histórico (*in casu*, machista e racista), flagrante a violação do princípio da igualdade. Disso advém o perfeito cabimento da tese de normas constitucionais inconstitucionais, de Otto Bachok (1994).

Bandeira de Mello (2001, p. 9), discorrendo sobre o conteúdo jurídico do princípio da igualdade, assevera:

Rezam as constituições – e a brasileira estabelece no art. 5º, *caput* – que todos são iguais perante a lei. En-

tende-se, em concorde unanimidade, que o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia.

No presente texto, deste modo, objetiva-se discorrer sobre a relação empregatícia doméstica. Seu histórico normativo regulamentador, seus sujeitos, seus elementos fático-jurídicos gerais e especiais. Almeja-se arrazoar sobre os pontos e contrapontos implicados pela Emenda Constitucional 72/2013, arrolando velhos e novos direitos assegurados às trabalhadoras domésticas. Por via oblíqua, anseia-se por retirar os véus de tão complexa e contraditória relação, mostrando as nuances escondidas de forma a vislumbrar possíveis caminhos normativo-regulamentares de tão importante alteração constitucional.

2. REGULAMENTAÇÃO DA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA DOMÉSTICA: HISTÓRICO NORMATIVO

Regra geral, a Consolidação das Leis do Trabalho não se aplica às domésticas⁽³⁾. Este é o sentido expresso em 1943, no art. 7º, “a”, da CLT:

Art. 7º/CLT. Os preceitos constantes da presente Consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam:

a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas.

Mas antes disto, a Lei Áurea é considerada marco inicial de referência não somente do trabalho doméstico, mas da própria história do Direito do Trabalho brasileiro, muito embora não tenha qualquer caráter justaltrabalhista. Ela constituiu diploma, tanto que eliminou da ordem sociojurídica a relação de produção incompatível com o ramo justaltrabalhista (a escravidão) como estimulou a incorporação prática de nova forma de utilização da força de trabalho (a relação de emprego). Segundo Delgado (2008, p. 106), “trata-se, apenas, de reconhecer que, nesse período anterior, marcado por uma economia do tipo rural e por relações de produção escravistas, não restava espaço significativo para o florescimento das condições viabilizadoras do ramo justaltrabalhista”.

De 1947 até 1972, por quase trinta anos, às empregadas domésticas não eram asseguradas tampouco pelo direito ao salário mínimo e a inclusão previdenciária, voltando a terem regidos seus ofícios pelo Código Civil de 1916, como locação de serviços. O entendimento jurisprudencial e doutrinário à época foi no sentido de não ter sido sequer aplicado o Decreto n. 3.078/41 (que cuidava da relação empregatícia doméstica), em face da falta de expedição de regulamento condicio-

(2) Segundo Pamplona Filho: “após a abolição da escravatura, muitos ex-escravos acabaram permanecendo nas terras, em troca de local para dormir e comida para poder sobreviver, porém, agora não mais como escravos e sim como domésticos” (2006, p. 47).

(3) Conforme Delgado (2011, p. 373): “A CLT exclui, expressamente, os empregados domésticos do âmbito de suas normas protetivas (art. 7º, “a”). A categoria permaneceu, assim, por extenso período, em constrangedor limbo jurídico, sem direito sequer a salário mínimo e reconhecimento previdenciário do tempo de serviço”.

nador de sua eficácia. Posteriormente, com a promulgação da CLT, a “inteligência” foi que a CLT havia revogado todas as normas anteriores de proteção ao trabalho, inclusive este Decreto: verdadeiro retrocesso social!

Foi editada, em 1972, a Lei n. 5.859 (regulamentada pelo Decreto n. 71.885/1973) que dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências, sendo alterada, posteriormente, pela Lei n. 10.208 (23.03.2001) e Lei n. 11.324 (19.06.2006).

Em seu texto original, a Lei n. 5.859/1972 previa apenas três direitos aos domésticos: a) anotação de Carteira de Trabalho e Previdência Social; b) férias anuais remuneradas de 20 dias úteis; c) inscrição como segurado obrigatório da previdência social.

A Constituição Federal, em 1988, no parágrafo único do art. 7º, estendeu o rol de direitos das domésticas, contudo, sem lhes atribuir tratamento equivalente com os demais empregados urbanos e rurais (lhes foram conferidos apenas nove direitos dos trinta e quatro previstos nos incisos do art. 7º da CF/1988). Note-se que para os avulsos, dada a sua capacidade de mobilização e reivindicação coletiva, foi-lhes reconhecido à equiparação de direitos na mesma Carta Constitucional.

Já a Lei n. 10.208/2001 incluiu a doméstica facultativamente no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, assegurando, enquanto direito condicionado àquela inclusão, o seguro-desemprego. Verdadeira falácia, posto que atribuir direito trabalhista enquanto faculdade é o mesmo que não conferi-lo.

Em 2006, a Lei n. 11.324 abarcou nas previsões da Lei n. 5.859/1971 e no rol de direitos das domésticas: a) a vedação de descontos pelo fornecimento de alimentação, vestuário, higiene e moradia; b) o direito de férias de 30 dias corridos (não mais de 20 dias úteis, como no texto original); c) o direito à estabilidade gestante e; d) o direito ao repouso semanal remunerado.

Em 1990, a Lei n. 8.009, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família⁽⁴⁾, abre exceção à regra da impenhorabilidade oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza: “em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias” (art. 3º, I).

Observa-se, até 1990, a tímida caminhada rumo à igualdade de direitos entre as empregadas domésticas e os urbanos e rurais, quadro este somente sensivelmente alterado, do ponto de vista normativo, em 2011, com a edição da Convenção n. 189 e da Recomendação n. 201, ambas na Organização Internacional do Trabalho. Referidos instrumentos normativos preveem que as domésticas devem ter os mesmos direitos básicos que os demais, incluindo a jornada de trabalho, descanso semanal com duração de pelo menos 24 horas

consecutivas (repouso semanal remunerado), um limite para pagamentos *in natura*, informações claras sobre os termos e condições de emprego, bem como o respeito aos princípios e aos direitos fundamentais no trabalho, inclusive a liberdade de associação e de negociação coletiva.

A referida Convenção n. 189 da OIT, primeira norma internacional vinculante destinada a melhorar as condições de vida de mais de 50 milhões de pessoas empregadas no trabalho doméstico no mundo, entrou em vigor no plano internacional no dia 05.09.2013, após ser ratificada por oito países⁽⁵⁾, dos quais metade são da América Latina (ANAMATRA, 2013). A República Federativa do Brasil ainda não ratificou a mencionada convenção.

Sobre forte influência da normatividade internacional do trabalho, em 2013, foi editada a Emenda Constitucional n. 72⁽⁶⁾ (oriunda da PEC n. 66/2012), que altera a redação do parágrafo único do art. 7º da CF/1988 para aproximar o rol de direitos trabalhistas assegurados às trabalhadoras domésticas e aos demais trabalhadores urbanos e rurais. A referida alteração normativa entrou em vigor na data de sua publicação (03.04.2013). Em verdade, não houve real e imediata equiparação de direitos, na medida em que alguns deles foram condicionados à regulamentação legal posterior e outros não lhes foram garantidos. Veja-se a nova redação do parágrafo único do art. 7º:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

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.

Cumprido salientar que a EC n. 72/2012 não foi fruto da PEC n. 478/2010, que dispunha: “Revoga o parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal, para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os empregados domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais.”

Como justificativa para a alteração constitucional, o Deputado Federal Carlos Bezerra (PMDB/MT), autor da PEC n. 478/2010, salientou que:

Sabemos que, seguramente, equalizar o tratamento jurídico entre os empregados domésticos e demais trabalhadores elevará os encargos sociais e trabalhistas. Todavia, o sistema hoje em vigor, que permite a existência de trabalhadores de segunda categoria, é uma verdadeira

(4) Prescreve o art. 1º, da Lei n. 8.009/1990: “O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei”.

(5) Entre eles destaca-se o Uruguai, que foi o primeiro do mundo a fazê-lo, a Bolívia, a Nicarágua e o Paraguai.

(6) A EC n. 72 foi promulgada no dia 02.04.2013, com início de vigência no dia 03.04.2013, de forma que as novas mudanças não são retroativas ao tempo trabalhado anteriormente à EC n. 72/13.

nódoa na Constituição democrática de 1988 e deve ser extinto, pois não há justificativa ética para que possamos conviver por mais tempo com essa iniquidade (BEZERRA, PEC n. 478, 2010).

Acrescenta Bezerra:

As mudanças pretendidas no regime jurídico dos domésticos beneficiarão 6,8 milhões de trabalhadores, permitindo-lhes acesso ao FGTS, ao seguro desemprego, ao pagamento de horas extras e ao benefício previdenciário por acidente de trabalho, prerrogativas que estão excluídas do rol dos direitos a eles assegurados no parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal (BEZERRA, PEC n. 478, 2010).

É de ressaltar, ainda, conforme amplamente noticiado pela imprensa, o pronunciamento do Senador Romero Jucá (PMDB-RR), anunciando que o Senado deverá apresentar projeto de lei propondo a criação do Supersimples Doméstico, enquanto um regime especial de tributação semelhante ao que é aplicado atualmente para as microempresas. A ideia noticiada é que os empregadores recolham em uma única guia o FGTS e a contribuição previdenciária, de forma a operacionalizar esses direitos. Segundo sustentado por ele na ocasião, o Projeto de Lei deverá tramitar em regime de urgência para que tenha condições de ser aprovado ainda em abril. Além disso, mencionado projeto deve estabelecer multa fundiária em caso de dispensa sem justa causa inferior (de 5 a 10%) e não no montante de 40% (SENADO FEDERAL, 2013).

Embora esteja em tramitação, no Projeto de Lei n. 224/2013⁽⁷⁾, até a presente data, nenhuma regulamentação⁽⁸⁾ foi votada pelo Congresso Nacional de forma conclusiva.

3. OS SUJEITOS DA RELAÇÃO EMPREGATÍCIA DOMÉSTICA E SEUS ELEMENTOS FÁTICO-JURÍDICOS: UMA LEITURA INCLUSIVA ACERCA DA “CONTINUIDADE” E DA “PESSOALIDADE”

O conceito legal de empregado doméstico atualmente é estabelecido pelo art. 1º, da Lei n. 5.859/1972 e pelo art. 3º,

I, Decreto n. 71.885/1973 que dispõe ser “aquele que presta serviços de *natureza contínua* e de *finalidade não lucrativa* à *pessoa ou à família no âmbito residencial* destas”.⁽⁹⁾ Como se auffle da definição legal, são em número de quatro os elementos fático-jurídicos especiais caracterizadores do empregado doméstico e que os diferencia do empregado celetista comum, quais sejam: a) que presta serviços de natureza contínua; b) finalidade não lucrativa; c) à pessoa ou à família e; d) no âmbito residencial.

De forma mais técnica e abrangente, Delgado (2011, p. 365) conceitua empregado doméstico como “a pessoa física que presta, com pessoalidade, onerosidade e subordinadamente, serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, em função do âmbito residencial destas”. Deste modo, apresenta o autor oito elementos fático-jurídicos gerais e especiais caracterizadores do empregado doméstico. Assim, será empregado doméstico aquela: a) pessoa física que presta; b) com pessoalidade; c) onerosidade; d) subordinadamente; e) serviços de natureza contínua; f) e de finalidade não lucrativa; g) à pessoa ou à família; h) no âmbito residencial.

Percebe-se, desde modo, que pouco importa o tipo de serviço prestado⁽¹⁰⁾ (não é elemento fático-jurídico), podendo ser caracterizado como serviço doméstico aquele manual ou intelectual, especializado ou não especializado. São exemplos de empregados domésticos, entre outros: o professor particular em domicílio, as secretárias particulares, os cuidadores em saúde, os cuidadores de idosos, os motoristas e os pilotos de avião particulares, a cozinheira, a passadeira, a arrumadeira, a lavadeira, as babás, a governanta, o mordomo, os jardineiros, os caseiros de sítio, desde que não contribuam de qualquer maneira a algum tipo de comercialização realizada pela pessoa física ou família empregadora doméstica (eis aí o requisito “finalidade não lucrativa”).

Neste mote, quanto condomínio (ente jurídico sem personalidade jurídica), a Lei n. 2.757/1956 expressamente excepcionou do conceito de empregado doméstico os *porteiros, zeladores, faxineiros e serventes de prédios de apartamentos residenciais*, desde que a serviço da administração do edifício e não de cada condômino em particular. Deste modo, em uma

(7) Conforme asseverado na Justificativa do Projeto de Lei n. 224/2013, este “substitui integralmente o diploma legal ora em vigor. Este Projeto – o da Nova Lei do Doméstico – regula o contrato de trabalho doméstico em todos os seus aspectos, incorporando às situações já anteriormente regidas pela Lei n. 5.859, de 1972, as novas condições do trabalho doméstico criadas pela Emenda n. 72”. (COMISSÃO MISTA PARA A CONSOLIDAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO, 2013).

(8) No âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego foi constituída uma Comissão com o objetivo de promover estudos para a regulamentação dos direitos do empregado doméstico previstos na EC n. 72/2013, competindo-lhe apresentar propostas de regulamentação dos temas trabalhistas de competência do MTE no prazo de noventa dias (Cf. Portaria n. 448 do MTE, de 3 de abril de 2013).

(9) De acordo com Delgado (2011, p. 365): “Nessa definição legal, o diploma omite três dos cinco elementos fático-jurídicos genéricos à figura do empregado (pessoalidade, subordinação e onerosidade) – desde que se considere suficientemente englobada na expressão *aquele que presta serviços* a figura da pessoa física. A omissão, contudo, é absolutamente justificável. É que a Lei n. 5.859 quis destacar em seu texto apenas o elemento genérico objeto de conformação sociojurídica especial (continuidade) e os elementos específicos à relação empregatícia. Inexistia, assim, para a lógica da lei especial, qualquer necessidade de se repetirem elementos fático-jurídicos óbvios à existência da figura do empregado doméstico e que comparecem a essa categoria sem qualquer especificidade perante o padrão empregatício genérico celetista.”

(10) Conforme Delgado (2011, p. 371): “O tipo de serviço prestado (manual ou intelectual; especializado ou não especializado) não é, desse modo, elemento fático-jurídico da relação empregatícia doméstica. Qualquer tipo de trabalho realizado por pessoa natural em favor de pessoa física ou família, com os elementos fático-jurídicos desta relação de emprego diferenciada, rege-se pela ordem jurídica específica [...]”

clara intenção de ampliar a tutela protetiva incidente sobre estes trabalhadores, afastou-se deles a designação “empregados domésticos”, passando a lei a considerá-los empregados comuns, regidos pela CLT.

No outro polo da relação, considera-se: “empregador doméstico a *pessoa ou família* que admita a seu serviço *empregado doméstico*” (art. 3º, I, do Decreto n. 71.885/1973). Note-se que o conceito de empregador doméstico é relacional ao conceito de empregado doméstico. Ou seja, sempre que identificado, do ponto de vista concreto (fático), o empregado doméstico, no outro ponto da relação tem-se o empregador doméstico, desde que pessoa física ou família.

Podem ser empregadores domésticos, deste modo, a pessoa física, individualmente considerada ou em grupo unitário (e.g. família, república estudantil, grupo de amigos de compartilham a mesma residência, tal como conceito estendido pela jurisprudência). Igualmente, a jurisprudência trabalhista aceita como viáveis a configuração de vínculos de emprego doméstico entre parentes, desde que verificado o intuito oneroso próprio da relação empregatícia⁽¹¹⁾, ao passo que rejeita a possibilidade jurídica de relação de trabalho doméstica entre cônjuges (casamento ou união estável), sob o fundamento de inexistência de subordinação jurídica entre as partes, bem como a onerosidade.

Ao contrário, não poderão ser empregadores domésticos: a pessoa jurídica (“empresa”, nos termos do art. 2º da CLT), o espólio do empregador doméstico de cujos (que responde pelos débitos, mas não é empregador⁽¹²⁾), e o pensionato (já que há exploração de atividade econômica pelo proprietário da residência, seja como aluguel de quarto, seja pelo fornecimento de alimentação, paga de forma apartada ou inclusa).

Nos termos dos arts. 1º e 2º, da Lei n. 7.195/1984⁽¹³⁾, as agências especializadas na indicação de empregados domésticos são civilmente responsáveis pelos atos ilícitos cometidos por estes no desempenho de suas atividades, devendo, no ato da contratação, a agência firmar compromisso com o empregador, obrigando-se a reparar qualquer dano que venha a ser praticado pelo empregado contratado, no período de 1 (um) ano.

Quanto aos *elementos fático-jurídicos*⁽¹⁴⁾ ou *pressupostos*⁽¹⁵⁾, são aqueles necessários à caracterização do vínculo

empregatício doméstico, com algumas particularidades, tal como ocorre com o vínculo empregatício urbano e o vínculo empregatício do rurícola. Isto quer dizer que a lei prevê uma série de requisitos que devem ser observados na prática laboral para que seja enquadrada, no caso, como doméstica, e não como trabalho autônomo ou eventual doméstico (as chamadas “diaristas”) ou relação empregatícia celetista, por exemplo.

A principal importância da constatação destes elementos, no plano concreto, consiste na imediata e inafastável incidência das normas jurídico-tutelares trabalhistas (se não de forma espontânea pelo empregador, pela via da Justiça do Trabalho).

Os elementos fático-jurídicos gerais – comuns a todo tipo de relação empregatícia (urbana, rural e doméstica), analisados sobre a perspectiva do prestador de serviços –, são: a) *pessoa física* (empresa não pode figurar como empregado doméstico); b) *onerosidade* (intuito do trabalhador em receber pelo serviço prestado); c) *personalidade* (caracterizada, em regra, pela impossibilidade de substituição do empregado por outra pessoa no curso do contrato empregatício); d) *subordinação jurídica* (decorrer da celebração do contrato de trabalho que, inclusive, pode se dar de forma verbal); e) *continuidade* na prestação de serviços.

Como particularidade, no caso da relação empregatícia doméstica, o elemento *personalidade* ganha maior destaque, estendendo também para a figura do empregador, sobretudo pela *fidúcia* que permeia esta relação especialmente pelo local em que se dá a prestação de serviços (âmbito familiar doméstico – seja urbano, seja rural). Por este distintivo, a morte do empregador doméstico tende a ser fator de extinção da relação empregatícia, salvo quando há opção das partes pela manutenção do vínculo. E, sob outro ângulo, o espólio do empregador doméstico de cujos será mero responsável pela antiga relação de emprego.

Também como peculiaridade da relação empregatícia doméstica, a doutrina arrolada ao elemento “continuidade”. Este elemento “continuidade” gera certa polêmica doutrinária e jurisprudencial, de grande relevância prática, sobretudo pelos feitos práticos diversos caso adote-se uma ou outra vertente interpretativa.

(11) Conforme Delgado (2011, p. 368) “Na lei trabalhista da Argentina tem-se por configurado esse ânimo benevolente verificando-se relação de parentesco entre as partes, razão pela qual não se considera, naquele sistema jurídico, *empregados no serviço doméstico as pessoas aparentadas com o dono da casa*. A luz da lei brasileira, semelhante presunção excludente é incabível, já que é viável relação de emprego (inclusive doméstica) entre meros parentes. Entretanto, é necessário ao aplicador do Direito verificar, detidamente, se a prestação de trabalho doméstico configurou-se em decorrência de outro tipo de ânimo, preponderantemente de caráter familiar”.

(12) Com a morte do empregador, o doméstico não é obrigado a aceitar a sucessão trabalhista, podendo desvincular-se dela, sem os ônus da demissão. Na hipótese de não continuidade do vínculo, com a manutenção em relação ao mesmo núcleo familiar, o espólio configura-se como mero responsável pela antiga relação empregatícia doméstica.

(13) A Lei n. 7.195, de 12.06.1985, dispõe sobre a responsabilidade civil das Agências de Empregados Domésticos.

(14) Delgado (2011) emprega a terminologia *elementos fático-jurídicos*, porquanto referidos elementos ocorrem no mundo dos fatos, tendo, pois, existência independente da regulação jurídica. Tendo em vista, todavia, a sua relevância para a esfera jurídica, são captados pelo Direito, atribuindo-lhes efeitos compatíveis. Assim sendo, trata-se, não de *criação* jurídica, mas sim de *reconhecimento* jurídico de realidades fáticas tidas relevantes.

(15) Segundo Vilhena (2005), a utilização do epíteto *pressupostos* justifica-se na medida em que se alojam na origem do fenômeno a ser demonstrado, antecedendo-o e dele independentemente, embora venha a ser indispensável à composição desse mesmo fenômeno.

Explica-se: de fato, a CLT (que regula as relações empregatícias urbanas) vale-se da expressão “serviços de natureza não eventual” e a Lei n. 5.859/1972 (reguladora da relação empregatícia doméstica) adota a expressão terminológica “serviços de natureza contínua”. A partir desta distinção terminológica da regulamentação da relação doméstica em face do padrão celetista (elemento “não eventualidade”), três interpretações emergem.

A primeira delas, capitaneada por Magano (1992) e Martins (1996), sustenta a irrelevância da diferenciação terminológica, ou seja, escora o entendimento que os conceitos “continuidade” e “não eventualidade” são idênticos. Neste passo, eventual é o trabalho (celetista e também o doméstico) não permanente, sem fluidez. Como consequência jurídica, do mesmo modo que será empregado o porteiro de um clube que só trabalha uma ou duas vezes na semana, será empregada doméstica aquela que labora uma ou duas vezes na semana para o mesmo empregador doméstico.

A segunda delas, majoritária, encabeçada por Delgado (2011, p. 368-9) e Pamplona Filho (2006), defende a relevância da diferenciação. Para tanto, advogam pela importância do método linguístico para a hermenêutica, somado ao método lógico-sistemático e ao teleológico. Neste sentido, partindo-se da premissa de coerência e harmonia do ordenamento jurídico, entendem os autores que a CLT, ao valer-se de uma terminologia negativa “não eventual”, sob pena de Crítica de técnica, rejeitou a teoria da descontinuidade, enquanto a lei do doméstico fez uma opção por tal teoria. Sob estes fundamentos, para os autores, o elemento não eventualidade na relação de emprego doméstico deve ser compreendido como efetiva continuidade, por força da terminologia adotada na lei específica.

Como exemplos concretos desta distinção podem-se citar: 1) o caso da obreira que preste serviços, com animo definitivo, duas vezes por semana, durante alguns meses a uma empresa (e.g. restaurante). Esta trabalhadora será empregada celetista e, conseqüentemente, deverá fruir dos direitos trabalhistas e previdenciários. Esta interpretação (majoritária) decorre do entendimento de que a CLT não considera como sinônimo de eventual o serviço descontinuo no tempo; 2) ao contrário, não será empregada doméstica (contínua) a trabalhadora que preste serviços duas vezes por semana, por dez anos, a uma pessoa ou família, no âmbito residencial desta, supostamente porque o serviço não tem uma continuidade no tempo, visto que sofre constantes interrupções temporais ao longo da semana.

A terceira corrente interpretativa, a que ora se acolhe, sustenta que a diferenciação terminológica é relevante (de fato, houve intuito do legislador em diferenciar o eventual comum e a eventual doméstica, a diarista), contudo, a melhor proposta hermenêutica é entender como sinônimos (a não eventualidade e a continuidade), a fim de incluir a diarista e afastar a distinção hermenêutica desarrazoada e excludente. Não sendo demais lembrar, que a exclusividade de emprego não consubstancia requisito de contrato empregatício, seja urbano e rural, seja também doméstico.

A opção adotada pelo Projeto de Lei n. 224/2013, em tramitação no Congresso Nacional para dispor sobre o contrato

de trabalho doméstico, foi por assim conceituar o empregado doméstico: “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 dois dias por semana” (art. 1º do PL n. 244/2013).

Percebe-se, então, a opção interpretativa pela manutenção da distinção entre o elemento “não eventualidade” (caracterizador da relação empregatícia comum) e o elemento “continuidade” (caracterizador da relação doméstica). Como efeito, o Projeto de Lei n. 224/2013 caminha no sentido de manutenção do *status quo* configurador da relação empregatícia doméstica, mantendo o traço exclusivo e preconceituoso em face das chamadas “diaristas”, inclusive em relação àquelas que prestam serviços anos a fio para a mesma família ou pessoa, em dias pré-determinados da semana. Neste ponto, perde a oportunidade o PL n. 244 de imprimir real avanço igualitário entre as domésticas e os demais empregados.

Como elementos fático-jurídicos específicos (mantidos pelo PL n. 244/2013), analisados sob a perspectiva do tomador de serviços, são: a) *finalidade não lucrativa do serviço*; b) *à pessoa ou à família*; c) *realizado no âmbito residencial*.

A “finalidade não lucrativa” deve ser observada sob o enfoque do tomador, ou seja, “os serviços prestados não podem constituir fator de produção para aquele (pessoa ou família) que deles se utiliza, embora tenham qualidade econômica para o obreiro” (DELGADO, 2011, p. 370). Há, na hipótese, a restrição do interesse do tomador na prestação de serviços do trabalhador. A atividade desenvolvida pela doméstica deve beneficiar e interessar o empregador (pessoa física ou família) do ponto de vista *pessoal* deste, de modo que os serviços prestados não podem gerar, sequer potencialmente, qualquer repercussão econômica para o empregador, seja comercial, seja industrial.

O caráter não lucrativo do trabalho doméstico, neste sentido, deve ser constatado pela inexistência de geração direta de lucro para o empregador, constituindo valor de uso (atividade de consumo) e não valor de troca (atividade produtiva, gerador de lucros).

Ao contrário, sempre que o empregador (pessoa física ou família) explorar a mão de obra no seu âmbito residencial auferindo lucros diretos, este trabalho não poderá ser enquadrado como doméstico. Cita-se como exemplos de trabalho no âmbito residencial conjugado ao desenvolvimento de atividade econômica hábil a descaracterização da relação empregatícia doméstica: o trabalho no pensionato; o fornecimento de alimentação para terceiros na residência; a lojinha na garagem; a venda de ovos e leite no sítio familiar; o escritório do profissional liberal localizado na residência, onde a trabalhadora recepciona clientes, serve café, operacionaliza a realização de reuniões. Nestes casos, a cozinheira, a faxineira, o caseiro serão empregados celetistas e não domésticos, porque o empregador, direta ou indiretamente, almeja ou efetivamente auferir lucro pela prestação de serviços daqueles.

A “prestação de serviços à pessoa física ou a família” denota certa pessoalidade no que concerne ao empregador doméstico, diferentemente do que ocorre com o empregador

celetista, inclusive como exceção ao princípio da despersonalização e da sucessão do empregador alhures mencionado (cf. arts. 10⁽¹⁶⁾ e 448⁽¹⁷⁾ da CLT).

Já o elemento “âmbito residencial” refere-se ao ambiente que se relaciona à vida pessoal do empregador intra ou extra residencial (NASCIMENTO, 2011, p. 177), sendo considerada a casa, a fazenda, o sítio, onde não se produza valor de troca, mas essencialmente atividade de consumo (valor de uso).⁽¹⁸⁾

Pelo exposto, quanto aos pressupostos da relação empregatícia doméstica, boa alteração normativa paritária seria retirar a exigência mais rigorosa carregada na terminologia “continuidade”, adotando expressamente a “não eventualidade” (tal como para os demais empregados), ou simplesmente considerando àquela sinônima desta, via exercício hermenêutico. Deste modo, o que realmente deve importar para o vínculo empregatício (comum ou doméstico) é a noção de permanência (vinculação estável no tempo), pouco influenciando o número de dias laborados, já que consiste em fator inábil a definir, por si só, o labor eventual ou o trabalho autônomo. Quanto à pessoalidade, por essência do trabalho doméstico, deve ela ser estendida, tal como atualmente, à figura do empregador.

4. OS VELHOS E OS NOVOS DIREITOS DAS EMPREGADAS DOMÉSTICAS

4.1. *Os direitos assegurados no texto original da Constituição Federal de 1988 e as particularidades normativas infraconstitucionais*

No texto original da Constituição da República Federativa do Brasil, art. 7º, parágrafo único, eram arrolados dez direitos dos trabalhadores domésticos, quais sejam:

a) “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 a sua vinculação para qualquer fim” (art. 7º, IV/CF);

Discutia-se, antes da EC n. 72/2013, a possibilidade de pagamento de salário mínimo proporcional à doméstica, já que a Magna Carta não assegurava a limitação de jornada de trabalho a esta categoria de trabalhadoras. Os favoráveis à aplicação do salário mínimo proporcional sustentavam que a Constituição Federal assegura o salário mínimo, sem explicitar se ele é mensal, diário ou horário. Deste modo, poderia ser atribuído à doméstica o salário mínimo horário. Verdadeiro paradoxo quando não se havia jornada legalmente fixada!

Lado outro, Pamplona Filho (2006, p. 88) e Souto Maior (2009), sustentavam a impossibilidade de ser pago à empregada doméstica salário mínimo proporcional em função de jornada de trabalho reduzida, uma vez que elas não tinham direito ao limite de jornada (art. 7º, XIII, da CF), o que, por consequência, obstaria a aplicação do instituto da jornada reduzida.

Sem dúvida, melhor a segunda corrente, posto que absurda a construção de salário mínimo proporcional à jornada, fixado em horas ou dias de trabalho, quando a limitação da jornada não era assegurada às domésticas.

Após a publicação da EC n. 72/2013 esta discussão torna-se, em certa medida, escusada, já que às domésticas é assegurada a jornada máxima de trabalho de 8 horas diárias e 44 horas semanais. Contudo, o PL n. 244/2013 prevê expressamente o trabalho domésticos em tempo parcial (art. 3º), sendo considerado aquele cuja duração não exceda 25 horas semanais (tal como na CLT, art. 59-A).

Dois questionamentos podem ser tecidos quanto a esta previsão.

Primeiro: como pode haver proporcionalidade salarial corolária se, na maioria dos casos, não há empregadas no mesmo âmbito residencial cumprindo, nas mesmas funções, tempo integral? Quem seria a paradigma para fixar este parâmetro salarial proporcional? Pensa-se, neste caso, que a melhor regulamentação específica para as domésticas deveria ser no sentido de ser assegurando sempre o salário mínimo horário.

Segundo: por qual a razão a distinção da previsão no Projeto em relação ao texto da CLT, quanto à possibilidade do labor doméstico em tempo parcial, poder ser acrescido de horas suplementares (não excedente a uma hora diária e a seis horas semanais, cf. art. 3º, § 2º, do PL n. 244) e a CLT vedar expressamente tal prática (art. 59, § 4º)? Imagina-se mais conveniente a regulamentação para as domésticas tal como previsto na CLT, vedando-se aos empregados sob o regime de tempo parcial a prestação de horas extras.

b) “Irredutibilidade do salário, salvo disposto em convenção coletiva de trabalho e acordo coletivo de trabalho” (art. 7º, IV, da CF);

Note-se que a ressalva constitucional que abre possibilidade de redução do salário por meio de convenção ou acordo coletivo não era aplicada às domésticas, na medida em que elas não eram alcançadas por instrumentos de negociação coletiva (mais uma restrição de direitos).

Em verdade, embora fosse permitida a organização coletiva de empregadas domésticas, a concepção de que o trabalho doméstico não é lucrativo levava ao não reconhecimento de uma categoria econômica de empregadores domésticos, o que obstaria a própria negociação.

(16) Dispõe o art. 10 da CLT: “Qualquer alteração na estrutura jurídica da empresa não afetará os direitos adquiridos por seus empregados.”

(17) Prescreve o art. 448 da CLT: “A mudança na propriedade ou na estrutura jurídica da empresa não afetará os contratos de trabalhos dos respectivos empregados.”

(18) “O que se considera essencial é que o espaço de trabalho se refira ao interesse pessoal ou familiar, apresentando-se aos sujeitos da relação de emprego em função da dinâmica estritamente pessoal ou familiar do empregador.” (DELGADO, 2011, p. 373)

Neste passo, o princípio da irredutibilidade do salário para as domésticas não comportava a exceção constitucional, na medida em que norma de caráter restritivo apenas autoriza a ressalva por meio de instrumentos negociais coletivos, jamais por acordo bilateral entre empregador e empregado.

A partir da EC n. 72/2013, é reconhecido o direito das domésticas de celebração de convenções e acordos coletivos de trabalho, sendo, entretanto, inviável ao empregador a redução de salários para compensar eventuais aumentos de gastos com encargos trabalhistas ou de outra natureza (e.g. com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço que, após a regulamentação do direito, por meio de medida legislativa específica, será obrigatório, e não facultativo como na atualidade).

c) “13º salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria” (art. 7º, VIII, da CF);

d) “Repouso semanal remunerado, preferencialmente no domingo” (art. 7º, XV);

A duração do repouso semanal remunerado é fixada em horas e não em dias, e deverá ter a duração de 24 horas consecutivas, não fracionáveis. Caso não gozado o repouso semanal remunerado no domingo, folga compensatória deverá ser concedida na mesma semana e, caso não o seja, deverá ser remunerada em dobro sem prejuízo do descanso semanal remunerado, enquanto mecanismo de reparação (cf. art. 9º, da Lei n. 605/1949⁽¹⁹⁾, Súmula n. 146⁽²⁰⁾ do TST e art. 2º, § 2º, PL n. 224). A mesma sistemática deverá ser aplicada aos feriados laborados e não compensados.

e) “Gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal” (art. 7º, XVII);

No que concerne às férias anuais remuneradas das domésticas, antes da Lei n. 11.324/2006 tinham a duração de 20 dias úteis, após o período aquisitivo de 12 meses de trabalho. A partir da Lei n. 11.324/2006, passaram a ser de 30 dias corridos, com pelo menos 1/3 a mais que o salário normal, após cada período de 12 meses de trabalho prestado à mesma

pessoa ou família (art. 2º-A⁽²¹⁾, inovação Lei n. 11.324/2006), devendo a remuneração se dar, no mínimo, 2 dias antes do respectivo gozo.

No que concerne à aplicação do capítulo celetista que se refere às férias, o art. 2º do Decreto n. 71.885/1973 (que regulamenta a Lei n. 5.859/1972) expressamente autoriza. Deste modo, a corrente majoritária é pelo direito das domésticas⁽²²⁾ às férias proporcionais (em caso de cessação do contrato de trabalho, salvo por justa causa⁽²³⁾ e à dobra das férias (quando não concedidas no período concessivo). Quanto a esta última previsão, omite-se sem razão o PL n. 244/2013.

O PL n. 244/2013 prevê, ainda, a possibilidade de fracionamento das férias a critério do empregador em até dois períodos, sendo um de, no mínimo, 14 dias corridos (art. 17, § 2º), o que acaba por estabelecer mais uma exceção à regra geral celetista de vedação do fracionamento do período de férias (art. 134 da CLT). Estabelece também a faculdade de o empregado converter 1/3 do período de férias em abono pecuniário (art. 17, § 3º). Referidas previsões devem ser rechaçadas, posto que obstam a realização no objetivo maior das normas que regulam os períodos anuais de descanso: proporcionar a recuperação das energias da doméstica bem como sua disponibilidade pessoal, com inserção familiar e social.

Mais uma crítica ao PL n. 244/2013 pode ser tecida no que se refere à previsão de férias com duração inferior a 30 dias corridos na hipótese de trabalho em tempo parcial: trata-se de medida legislativa que implica em retrocesso social, viola o princípio da norma mais favorável e o princípio da progressividade sociojurídica do trabalhador.

f) “Licença-gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias” (art. 7º, XVIII);

A estabilidade gestante somente foi assegurada à doméstica a partir da Lei n. 11.324/2006⁽²⁴⁾, que acrescentou o art. 4º-A, Lei n. 5.859/1972. Portanto, é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da doméstica gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (cf. art. 10, II, “b”, do ADCT).

(19) Dispõe o art. 9º da Lei n. 605/1949: “Nas atividades em que não for possível, em virtude das exigências técnicas das empresas, a suspensão do trabalho, nos dias feriados civis e religiosos, a remuneração será paga em dobro, salvo se o empregador determinar outro dia de folga.”

(20) Prescreve a Súmula n. 146 do TST: “O trabalho prestado em domingos e feriados, não compensado, deve ser pago em dobro, sem prejuízo da remuneração relativa ao repouso semanal.”

(21) Art. 3º da Lei n. 5.859/1972 (alterado pela Lei n. 11.324/2006): “O empregado doméstico terá direito a férias anuais remuneradas de 30 dias com, pelo menos, 1/3 a mais que o salário normal, após cada período de 12 meses de trabalho, prestado à mesma pessoa ou família.”

(22) Em sentido contrário, Pamplona Filho (2006, p. 90) sustentava que o doméstico não tinha direito às férias proporcionais e à dobra das férias, sob o fundamento de falta de previsão da Lei n. 5.859/1972 e no suposto fato de o Decreto n. 71.885/1973 estar inovando ao determinar a aplicação da CLT no que concerne ao capítulo das férias.

(23) De acordo com a Súmula n. 171 do TST, “Salvo na hipótese de dispensa do empregado por justa causa, a extinção do contrato de trabalho sujeita o empregador ao pagamento das férias proporcionais, ainda que incompleto o período aquisitivo de 12 meses”. Este entendimento restritivo do direito às férias proporcionais em caso de dispensa por justa causa prevalece no TST mesmo após a vigência da Convenção n. 132 da OIT. Segundo a Ministra Kátia Arruda, a Convenção n. 132 da OIT não trata de demissão por justa causa, por isso a legislação específica sobre o tema é a que deve ser aplicada ao caso. Acrescenta ainda que, para ter eficácia, a convenção necessita de regulamentação por lei federal ou negociação coletiva. Cf. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma. RR 2217-02.2011.5.15.0062. Decisão: 28.06.2013. Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda. DOU DF, PJ, TST, data: 28.06.2013.

(24) Art. 4º-A da Lei n. 5.859/1972 (incluído pela Lei n. 11.324/2006): “É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto.”

A gravidez é um evento biológico, pessoal e idêntico para a mulher, qualquer que seja o seu segmento profissional de inserção, além disso, protege também o nascituro. Deste modo, somente a partir da edição da Lei n. 11.324/2006 esta grave discriminação perpetrada pelo texto original da Constituição Federal e pela Lei n. 5.859/1972 foi extirpada do ordenamento jurídico pátrio.

Em face de feliz e recente mudança de posicionamento jurisprudencial (nova redação atribuída à Súmula n. 244⁽²⁵⁾ do TST), é assegurado à gestante o direito à estabilidade provisória, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado (inclusive, contrato de experiência). Acompanha a evolução na matéria a Lei n. 12.812/2013 (que acrescentou o art. 391-A à CLT), que estabelece o direito à estabilidade também no caso de gravidez no curso do aviso prévio, trabalhado ou indenizado. Esta última previsão foi incorporada no PL n. 244/2013, art. 25, embora falte a previsão expressa do direito à estabilidade nos contratos a prazo.

Como direito constitucionalmente garantido, a renúncia ou transação da estabilidade provisória gestante será maculada de nulidade (cf. OJ 30/SDC/TST⁽²⁶⁾)

Deve-se ressaltar que a partir de 1991⁽²⁷⁾, com a Lei n. 8.213/1991, a licença gestante da doméstica é paga diretamente pela previdência social, em valor correspondente ao último salário contribuição, observado o limite mínimo de um salário mínimo (art. 73 da Lei n. 8.213/1991), configurando, portanto, parcela estritamente previdenciária. Com a Edição da MP n. 619/2013, à segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário maternidade pelo período de 120 dias pago diretamente pela Previdência Social (não mais prevalecendo o período de licença diferenciado com base na idade da criança).

g) “Licença-paternidade, nos termos fixados em lei” (art. 7º, XIX);

Embora a CLT disponha que a licença-paternidade terá duração de um dia, referido dispositivo não foi recepcionado

pela Constituição Federal, que determina, no art. 10, § 1º, do ADCT, a duração de cinco dias.

h) “Aviso Prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de 30 dias, nos termos da lei” (art. 7º, XXI);

Quando não houver prazo estipulado no contrato, a parte que, sem justo motivo, quiser rescindi-lo, deverá avisar a outra de sua intenção.

O PL n. 244/2013 (art. 23), seguindo recente regulamentação do direito constitucionalmente garantido à proporcionalidade do aviso prévio (Lei n. 12.506/2011), prevê a duração de 30 dias para o empregado que conte com até um ano de serviço para o mesmo empregador, e acresce a duração em 3 dias por ano de serviço, até o máximo de 60 dias, perfazendo um total de 90 dias.

A falta de aviso por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integralização deste período em seu tempo de serviço. Enquanto direito recíproco das partes, por outro lado, a falta de aviso prévio por parte do empregado dá ao empregador o direito de descontar os salários correspondentes ao prazo respectivo, sem os dias decorrentes da regra da proporcionalidade. Interessante inovação prevista no PL n. 244 (art. 24, § 5º) é a exceção à regra de desconto dos salários por falta de aviso prévio por parte da empregada doméstica, quando esta rescindir o contrato em virtude de novo emprego.

Durante o cumprimento do aviso prévio, quando a rescisão tiver sido promovida pelo empregador, o horário normal de trabalho da empregada será reduzido de 2 horas diárias, sem prejuízo do salário integral, facultado à empregada trabalhar sem a redução destas horas, mas faltando ao serviço por sete dias corridos, também sem prejuízo do salário integral (previsão do PL n. 244 identifica-se com a previsão celetista, art. 488).

Quanto à exigência de homologação da rescisão contratual daquele empregado que conte com mais de um ano de serviço, pelo sindicato da categoria ou pelo Ministério do Trabalho e Emprego (art. 477 da CLT), o TST⁽²⁸⁾ entende que não

(25) Dispõe a Súmula n. 244 do TST: “GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012 – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012). I – O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “b” do ADCT). II – A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade. III – A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea “b”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado”.

(26) Estabelece a OJ 30, da SDC, do TST: “ESTABILIDADE DA GESTANTE. RENÚNCIA OU TRANSAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE” (republicada em decorrência de erro material – DEJT divulgado em 19, 20 e 21.09.2011). Nos termos do art. 10, II, “b”, do ADCT, a proteção à maternidade foi erigida à hierarquia constitucional, pois retirou do âmbito do direito potestativo do empregador a possibilidade de despedir arbitrariamente a empregada em estado gravídico. Portanto, a teor do art. 9º, da CLT, torna-se nula de pleno direito a cláusula que estabelece a possibilidade de renúncia ou transação, pela gestante, das garantias referentes à manutenção do emprego e salário.

(27) Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até o advento da Lei n. 8.213/1991, cabia aos empregadores domésticos arcar com esse direito, posto que o art. 195, § 5º, da CRFB determina que “nenhum benefício ou serviço de seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio social”.

(28) Neste sentido: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 513933/1998. Decisão: 14.12.2001. Relator Carlos Alberto Reis de Paula. DOU DF, PJ, TST, data: 14.01.2001; DELGADO, 2011, p. 375.

se aplica à doméstica. Em nítido condão discriminatório, sob o mesmo fundamento, o entendimento majoritário na jurisprudência é também pela não incidência da multa do art. 477 da CLT⁽²⁹⁾. Ora, o empregador pode pagar as parcelas rescisórias das domésticas, por exemplo, dois meses depois da dispensa, sem sofrer qualquer penalização por tal prática lesiva?

i) “Aposentadoria” (art. 7º, XXIV);

Consiste em direito previdenciário da empregada doméstica a aposentadoria por invalidez, por idade (65 anos para o homem; 60 anos para a mulher) e por tempo de contribuição (35 anos de contribuição para o homem e 30 anos, se mulher). Quanto à aposentadoria especial, por sua própria natureza, não é deferida às domésticas, posto que a lei refere-se aos segurados vinculados a uma empresa e o custeio é realizado também pelas empresas (PAMPLONA FILHO, 2006, p. 107).

j) “Integração à Previdência Social” (art. 7º, parágrafo único, da Constituição Federal);

O direito das domésticas serem integradas à Previdência Social data do ano de 1972, com a edição da Lei n. 5.859. Quando empregadas, as domésticas são seguradas obrigatórias da Previdência Social (Lei n. 5.859/1972, art. 4º; art. 9º, *caput*, II, D 3.048/1999; e CF/1988), já as diaristas são seguradas obrigatórias como contribuinte individual (art. 9º, § 13, VI, do Decreto n. 3.048/1999), sendo-lhes assegurados os benefícios e os serviços previdenciários, com algumas exceções.

No que concerne ao custeio, atualmente a alíquota de contribuição do empregador doméstico é fixa em 12% do salário de contribuição (art. 24 da Lei n. 8.212/1991), enquanto que a da empregada doméstica é variável de acordo com o salário contribuição, podendo ser de 8, 9 ou 11% (art. 20, Lei n. 8.212/1991). O recolhimento deve ser feito pelo empregador, até o dia 15 do mês subsequente ao da prestação de serviços, isto é, a responsabilidade pelo recolhimento do INSS da doméstica é do empregador, por meio de carnê e pelo total devido (alíquotas do empregado e do empregador, em um total de 20%; 21% ou 23%). A falta de recolhimento, na época própria, sujeitará o empregador ao pagamento do juro moratório de 1% ao mês mais multa variável de 10% a 50% do valor do débito (art. 5º, § 2º, da Lei n. 5.859/1972).

Prevê PL n. 244 (art. 31 e seg.) o “simples doméstico”, tratando-se de regime unificado de pagamento de tributos, contribuições e demais encargos do empregador doméstico, que será centralizado na Caixa Econômica Federal. Este regime de recolhimento único engloba: a) 8 a 11% de contribuição previdenciária a cargo do segurado empregado doméstico; b) 8% de contribuição patronal previdenciária para a Seguridade Social, a cargo do empregador doméstico; c) 0,8% de contribuição social para o financiamento da aposentadoria especial (ao que parece, estendida às domésticas) e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade

laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho; d) 8% de contribuição para o FGTS; e) 3,2% de contribuição para o FGTS (como uma espécie de “poupança” substitutiva da multa de 40% do FGTS em caso de dispensa imotivada ou sem justa causa); f) imposto de renda retido na fonte.

Consequentemente à integração à Previdência Social, consiste em direito das domésticas o salário-maternidade pago pelo INSS, no valor do último salário contribuição (em caso de parto e de adoção ou de guarda judicial para fins de adoção, arts. 71 e 71-A, respectivamente, da Lei n. 8.213/1991); o auxílio doença custeado pelo INSS desde o primeiro dia de afastamento, quando o afastamento for superior a 15 dias, no valor de 91% do salário-benefício (arts. 59 e 60 da Lei n. 8.213/1991); a pensão por morte aos dependentes do doméstico (art. 74 da Lei n. 8.213/1991), entre outros.

4.2. Direitos assegurados pela EC n. 27/2013 com necessidade de regulamentação: caminhos possíveis para uma igualdade de tratamento

Assegura a EC n. 72/2013 alguns direitos às empregadas domésticas, “atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação no cumprimento das obrigações tributárias e acessórias decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades”, quais sejam:

a) “Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (art. 7º, I);

Conforme infeliz entendimento prevalente, o inciso I do art. 7º da Magna Carta trata de norma não plenamente eficaz, inclusive para os trabalhadores urbanos e rurais. Como paliativo precário é assegurado a multa de 40% dos depósitos fundiários em caso de ruptura contratual desmotivada (denúncia vazia) ou sem justa causa.

Antes da EC n. 72/2013, discutia-se a aplicação ou não do instituto da justa causa, tal como prevista na CLT, à doméstica. O entendimento majoritário, capitaneado por Martins (1998) e Pamplona Filho (2006), é no sentido de aplicação dos institutos da justa causa e da rescisão indireta à doméstica (arts. 482 e 483 da CLT), podendo, inclusive, ser afastado dela o direito ao aviso prévio, ao 13º salário e às férias proporcionais.

O PL n. 244 tipifica as hipóteses de justa causa na relação empregatícia doméstica, com algumas especificidades em relação ao empregado celetista. Exemplificam-se as hipóteses de justa causa obreira: submeter o idoso, enfermo, pessoa com deficiência ou criança sob cuidado direito ou indireto do empregado a maus tratos; e a violação de fato ou circunstância íntima do empregador doméstico ou de sua família (incisos I e VI do art. 27). Cita-se como exemplo de justa causa do empregador doméstico: tratar o empregado

(29) Nesse sentido: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 332845/1998. 4ª Turma. Decisão: 04.12.1999. Relator Ministro Antônio José de Barros Levanhagen. DOU DF, PJ, TST, data: 03.12.1999 e BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 83800-20.2007.5.02.0447. 8ª Turma. Decisão: 25.09.2013. Relator Desembargador Convocado João Pedro Silvestrin. DOU DF, PJ, TST, data: 25.09.2013.

doméstico com rigor excessivo ou de forma degradante (art. 27, parágrafo único, II)

b) “Seguro-desemprego”, em caso de desemprego involuntário (art. 7º, I);

Desde a Lei n. 10.208/2001, que acrescentou os arts. 6º-A à D, à Lei n. 5.859/1972, é assegurado formalmente o seguro-desemprego às domésticas com restrições, seja quanto ao valor (limitado a um salário-mínimo), seja quanto ao número de parcelas (apenas três, de forma contínua ou alternada). Para a percepção do benefício, a empregada doméstica deve atender três requisitos simultâneos: a) inscrição no FGTS (vinculação); b) a dispensa deve se dar sem justa causa (entendida como justa causa às hipóteses previstas no art. 482, exceto “c” e “g”, da CLT); c) o trabalho como doméstica no mínimo por 15 meses⁽³⁰⁾, nos últimos 24 meses, contados da dispensa sem justa causa. Na prática, este benefício raramente é concedido às domésticas na medida em que a inclusão no regime do FGTS ainda consiste em faculdade do empregador.

O PL n. 244 regulamenta o direito ao seguro desemprego doméstico nos arts. 26 a 30, contudo, melhor previsão regulamentar seria também no sentido de igualdade de direitos.

c) “Fundo de garantia por tempo de serviço” (art. 7º, III);

Referido direito foi assegurado pela Lei n. 10.208/2001, que incluiu o art. 3º-A⁽³¹⁾ à Lei n. 5.859/1972, e regulamentado pelos arts. 1º e 2º, do Decreto n. 3.361/2000. A inclusão da empregada doméstica no FGTS, conforme regulamentação atual, consiste em faculdade do empregador, mediante requerimento (apresentação de guia de recolhimento do FGTS, devidamente preenchida e assinada pelo empregador à Caixa Econômica Federal, cf. art. 3º-A da Lei n. 5.859/1972). A possibilidade desta inclusão se deu a partir da competência de março de 2000, com a inscrição da doméstica de forma automática, a partir da efetivação do primeiro depósito em sua conta vinculada (§ 2º, art. 1º, do Decreto n. 3.361/2000).

Salienta-se que a inclusão é irretroatável em relação ao respectivo vínculo doméstico (art. 2º do Decreto n. 3.361/2000⁽³²⁾), mas, caso iniciado outro contrato de emprego doméstico, há faculdade de o novo empregador inscrever (ou não) a doméstica no regime. Em verdade, trata-se de norma “para inglês ver”, já que não nunca houve estímulo para que esta inclusão fosse de fato efetivada.

O PL n. 244/2013, em seu art. 22, regulamenta a indenização devida à doméstica em caso de dispensa sem justa causa ou por culpa do empregador, de forma a substituir a indenização de 40% sobre o montante dos depósitos fundiários como ocorre para os empregados comuns. Como particularidade da empregada doméstica, o empregador deverá deposi-

tar 3,2% calculado sobre a remuneração da empregada, mês a mês (e não por ocasião da extinção contratual). Em caso de dispensa por justa causa da empregada, demissão ou no contrato a prazo determinado, estes valores serão movimentados pelo empregador. Na hipótese de culpa recíproca, metade dos valores serão movimentados pelo empregado, enquanto a outra metade, pelo empregador.

d) “Remuneração do trabalho noturno superior à do diurno” (art. 7º, III);

Trata-se do adicional noturno que para os trabalhadores urbanos é fixado no importe de 20% calculado sobre a hora diurna, sendo considerado noturno o labor realizado entre às 22 horas de um dia até às 5 horas do dia seguinte. Para fins de cômputo da hora de trabalho, esta será considerada com a duração de cinquenta e dois minutos e trinta segundos (hora ficta noturna).

O art. 14 do PL n. 244 regulamenta o trabalho noturno doméstico prescrevendo as regras supra descritas que se identificam com o padrão geral celetista. Previsão particular é: “no caso de contratação, pelo empregador, de trabalhador exclusivamente para desempenhar trabalho noturno, o acréscimo será calculado sobre o salário anotado na Carteira de Trabalho e da Previdência Social” (art. 14, § 3º).

e) “Salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei” (art. 7º, XII);

Regulamentado pelos arts. 65 a 70 da Lei n. 8.213/1991 e arts. 81 a 92 do Decreto n. 3.048/1999, o salário-família consiste em benefício previdenciário de prestação mensal, pago em razão dos filhos de trabalhadores de baixa renda (restrição à renda foi sedimentada a partir da EC n. 20/1998), com o objetivo de auxiliar o segurado no sustento de seus filhos (e equiparados) menores ou inválidos. O referido benefício não possui carência e tem como fato gerado ter filho(s) menor(es) de 14 ano(s) ou inválidos ou a ele(s) equiparado(s) e ser de baixa renda. Nos termos da sistemática atual, para que haja manutenção do benefício faz-se necessária a apresentação anual de carteira de vacinação dos filhos e equiparados até 6 anos de idade e comprovação semestral de frequência à escola dos filhos e equipados dos 7 aos 14 anos (esta exigência a contar de 1999, com positividade de requisito atrelado à noção de maternidade e paternidade responsável).

Embora a EC n. 72/2013 estabeleça o direito ao salário família para as domésticas, há necessidade de regulamentação para que possa ser fruído.

f) “Assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 anos de idade em creches e pré-escolas” (art. 7º, XXV);

(30) Na contagem desses meses serão considerados “os meses que foram efetuados os depósitos do FGTS”, por um ou mais empregadores, e não de efetivo trabalho doméstico (isto é, esse tempo de trabalho como doméstico deve vir acompanhado do respectivo depósito do FGTS). Sendo considerada mês de atividade a fração igual ou superior a 15 dias (art. 4º, § 1º, Decreto n. 3.361/2000).

(31) Art. 3º-A, Lei n. 5.859/1972 (incluído pela Lei n. 10.208/2001): “É facultada a inclusão do empregado doméstico no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), de que trata a Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990, mediante requerimento do empregador, na forma do regulamento.”

(32) Art. 2º, Decreto n. 3.361/2000: “A inclusão do empregado doméstico no FGTS é irretroatável com relação ao respectivo vínculo contratual e sujeita o empregador às obrigações e penalidades previstas na Lei n. 8.036, de 1990.”

Este direito não consta de previsão expressa no PL n. 244/2013.

g) “Seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa” (art. 7º, XXVIII);

Este direito não consta de previsão expressa no PL n. 244/2013.

4.3. Direitos assegurados pela EC n. 27/2013 sem necessidade de regulamentação e de imediata aplicação

a) “Piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho” (art. 7º, V);

b) “Garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável” (art. 7º, VII);

c) “Proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa” (art. 7º, X);

d) “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” (art. 7º, XIII);

e) “Remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal” (art. 7º, XVI);

f) “Redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança” (art. 7º, XXII);

g) “Reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (art. 7º, XXVI);

h) “Proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil” (art. 7º, XXX);

i) “Proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência” (art. 7º, XXXI);

j) “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” (art. 7º, XXXIII);

Quanto à fixação de idade mínima para fins de desempenho de trabalho doméstico, o PL n. 244/2013 (parágrafo único, art. 1º), adequando-se a previsão da Convenção n. 182 da OIT, veda a contratação do menor de 18 anos para este tipo de atividade.

4.3.1. Principal alteração imediata: a jornada de trabalho

No texto original da Constituição Federal de 1988, em seu art. 7º, parágrafo único, foi assegurada o salário mínimo, fixado em lei, às domésticas. Como inexistia, até a EC n. 72/2013, previsão legal de jornada para esta categoria de trabalhadoras, consequentemente não havia como serem operadas as horas extraordinárias. Não obstante, mandava a boa prática e o bom-senso, que o empregador estipulasse

horário de trabalho compatível com o valor pago à empregada a título de salário, de forma a se ter remuneração justa e razoável. Tal boa prática, diversas vezes não era verificada, perpetrando perversa exploração do trabalho executado no âmbito residencial.

A partir da publicação da EC n. 72/2013, foi assegurada às domésticas a jornada de 8 horas diárias e de 44 horas semanais, autorizada a compensação de jornada ao longo da duração semanal mediante ajuste bilateral escrito. Exemplifica-se com o labor semanal de segunda a sexta-feira, considerando o sábado dia útil não trabalhado, e, consequentemente, com a jornada diária superior à de 8 horas (e.g. 8 horas e 48 minutos), de forma a compensar o não labor aos sábados. Outra possibilidade a ser acordada é o labor de 9 horas diários de segunda a quinta-feira e de 8 horas nas sextas-feiras, totalizando as 44 horas semanais.

Requisito distinto deve ser exigido para a instituição do chamado “banco de horas” (sistema de compensação anual de jornada), sendo indispensável a celebração de convenção ou acordo coletivo de trabalho (cf. item V, da Súmula n. 85 do TST).

A prática de horas extras, sem a previsão de compensação de jornada, implica o pagamento das horas extraordinariamente laboradas com o acréscimo de no mínimo 50% a mais do valor da hora normal, ressalvada a previsão de adicional mais benéfico em instrumento negocial coletivo. De toda forma, a prática de horas extraordinárias, como o próprio designativo remonta, deve ser excepcional (isto é, não ordinária) e respeitar o limite máximo de duas horas extras por dia de labor.

Com efeito da previsão deste novo direito, o controle de jornada dos empregados domésticos passa a ser feitos por livro/caderno de ponto, cartão de ponto, registrando inclusive o intervalo intrajornada para fins de alimentação e descanso (de 1 a 2 horas de duração, conforme regra geral estabelecida pela CLT). Entretanto, tal como para os trabalhadores de empresas comuns, com até 10 trabalhadores, referida anotação da hora de entrada e de saída não consiste em obrigação legal (art. 74, § 2º, da CLT). Em sentido contrário, atribuindo transparência à relação empregatícia doméstica, estabelece o PL n. 244 (art. 12) que “é obrigatório o registro do horário de trabalho do empregado doméstico, por qualquer meio manual, mecânico ou eletrônico desde que idôneo”.

O intervalo intrajornada (com duração de 1 a 2 horas), dada a sua natureza de norma de saúde e segurança do trabalho, deve obrigatoriamente ser fruído, consiste em parcela irrenunciável, não compensável, que macula de nulidade qualquer acordo em sentido contrário, inclusive negocial coletivo. Com regra, os intervalos intrajornadas não devem ser computados na jornada de trabalho diária de labor e, portanto, não é remunerado.

Caso haja desrespeito à fruição do intervalo intrajornada, nos termos do art. 71, § 4º, da CLT, deverá ser remunerado o período correspondente com um acréscimo de no mínimo 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (tempo ficto extraordinário ou hora extra ficta). Nos termos da sistemática jurisprudencial do TST (Súmula

n. 437⁽³³⁾), a não concessão ou a concessão parcial implica na remuneração total do período como hora extraordinária.

A grande particularidade quanto à temática jornada de trabalho da doméstica se refere àquelas hipóteses em que a trabalhadora dorme na residência. Neste ponto, se for requisitado seus serviços ou se estiver de prontidão (como é o caso de babás e dos cuidadores de idosos), deverá haver pagamento de horas extras, se for o caso, bem como do adicional noturno. Para que não haja esta implicação (obrigação de pagamento de hora extras e adicional noturno), relevante é que o empregador não faça qualquer tipo de solicitação que lese o gozo do descanso pela doméstica.

Outra especialidade é, por exemplo, da trabalhadora que viaja com a família. A princípio, a viagem pode implicar em pagamento de horas extras (caso não haja previsão de compensação de jornada), já que durante a viagem a empregada está à disposição do empregador, que deverá arcar com o pagamento de horas extras e do adicional noturno (se for o caso). Regulamentação em sentido diverso está prevista no art. 11 do PL n. 244 que estabelece o cômputo na jornada, não do período integral da viagem (tempo que a doméstica está à disposição do empregador), mas apenas as horas efetivamente trabalhadas no período. De toda forma, nos termos do Projeto, o acompanhamento em viagem está condicionado à prévia existência de acordo escrito entre as partes.

Quanto à regulamentação da jornada de trabalho da doméstica pelo PL n. 244/2013, por apresentar padrão distinto e restritivo do geral celetista, merece críticas as seguintes previsões: a) possibilidade de compensação anual de horários por acordo bilateral escrito (art. 2º, § 5º); b) o regime de trabalho em tempo parcial (art. 3º); c) a possibilidade de estabelecimento de horário de trabalho de 12 horas seguidas por 36 horas ininterruptas de descanso, que malefícios causam à saúde do trabalhador (art. 10); d) a possibilidade de redução do intervalo intrajornada para repouso e alimentação a 30 minutos (art. 13, *caput*); e) no caso do empregado que reside no local de trabalho, a possibilidade de se desmembrar o intervalo intrajornada em dois períodos, desde que cada um deles tenha no mínimo, 1 hora, até o limite de 4 horas ao dia.

4.4. Direitos previstos na legislação infraconstitucional

Aos domésticos é assegurada, como regra geral, a vedação de descontos salariais por fornecimento de alimentação, vestuário, higiene ou moradia (art. 2º-A, *caput*, da Lei n. 5.859/1972⁽³⁴⁾), acrescido pela Lei n. 11.324/2006). Como exceção, é permitido o desconto de despesas com moradia (art. 2º-A, § 1º, da Lei n. 5.859/1972), desde que: a) a residência do doméstico for local diverso do local da prestação de serviços; e b) a possibilidade de desconto tenha sido expressamente acordada pelas partes. Estas prestações não têm natureza salarial, não incorporam, pois, à remuneração para quaisquer efeitos (art. 2º-A, § 2º, da Lei n. 5.859/1972), já que tais prestações são instrumentais (para o trabalho), viabilizando a melhor prestação de serviços.

Nos termos do art. 18 do PL n. 224, além das idênticas previsões supra, é vedado o desconto de despesas com transporte e hospedagem no caso de acompanhamento em viagem, embora seja autorizado descontos no salário, em caso de adiantamento salarial e, mediante acordo escrito entre as partes, para a inclusão do trabalhador em planos de assistência médico-hospitalar, odontológica, seguro e de previdência privada, não podendo a dedução ultrapassar 20% do salário.

Também é assegurado aos domésticos o repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local (art. 9º da Lei n. 11.324/2006 revogando exclusão feita no art. 5º, Lei n. 605/1949).

O art. 1º, II, e art. 9º, do Decreto n. 95.247/1987 asseguram ao doméstico o vale transporte, custeado pelo beneficiário-doméstico, na parcela equivalente ao máximo de 6% do seu salário básico ou vencimento, excluídos quaisquer adicionais ou vantagens, e pelo empregador, no que exceder os 6%. Este percentual pode, portanto, ser descontado validamente pelo empregador.

No que concerne ao direito à indenização por dano moral, inclusive o decorrente de assédio sexual, não há justificativa plausível para excluir tais trabalhadores da tutela de eventuais lesões à sua esfera extrapatrimonial.

(33) Dispõe a Súmula n. 437 do TST: "INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT (conversão das Orientações Jurisprudenciais ns. 307, 342, 354, 380 e 381 da SBDI-1 – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012). I – Após a edição da Lei n. 8.923/94, a não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido, com acréscimo de, no mínimo, 50% sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho (art. 71 da CLT), sem prejuízo do cômputo da efetiva jornada de labor para efeito de remuneração. II – É inválida cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva. III – Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, § 4º, da CLT, com redação introduzida pela Lei n. 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação, repercutindo, assim, no cálculo de outras parcelas salariais. IV – Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruído como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, *caput* e § 4º da CLT.

(34) Art. 2º-A da Lei n. 5.859/1972 (incluído pela Lei n. 11.324/2006): "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."

4.5. Direitos não assegurados: particularidades caracterizadoras ou manutenção de discriminação ilegítima?

O parágrafo único do art. 7º da Magna Carta, com nova redação atribuída pela EC n. 72/2013, não assegura os seguintes direitos às domésticas:

a) "Participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei" (art. 7º, XI);

b) "Jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva" (art. 7º, XIV);

c) "Proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei" (art. 7º, XX);

d) "Adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei" (art. 7º, XXIII);

e) "Proteção em face da automação, na forma da lei" (art. 7º, XXVII);

f) "Ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho" (art. 7º, XXIX);

A não previsão para as domésticas de participação nos lucros ou resultados (art. 7º, XI), da proteção em face da automação (7º, XXVII), bem como da jornada de seis horas para o trabalho em turnos ininterruptos de revezamento (art. 7º, XIV), justifica-se em si considerando a natureza da atividade. Crê-se, ao contrário, que a proteção do mercado da mulher (art. 7º, XX), bem como a previsão de adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres e perigosas (art. 7º, XXIII) deveriam ser estendidas aos domésticos, não havendo particularidade concreta que fundamente referida diferenciação de tratamento.

Não obstante, a nova redação do parágrafo único do art. 7º da CF/1988 não se refere expressamente ao inciso XXXIX, o entendimento majoritário é que mencionada regra constitucional constitui critério geral da prescrição trabalhista, dirigido a todos os trabalhadores urbanos e rurais. Neste sentido, como inexistente exceção expressa de prazo prescricional aos domésticos, seja na Constituição Federal, seja na legislação infraconstitucional, aplica-se a regra geral também aos domésticos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS: EFEITOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 72/2013

A EC n. 72/2013 implicará o fim do trabalho doméstico, como querem parecer alguns?

Pensa-se que não, da mesma forma que a Lei Áurea não extinguiu a perversa prática da escravidão, embora contemporaneamente a ela sejam atribuídos novos contornos não menos graves.

A EC n. 72/2013 tem o grande mérito de atribuir civilidade à utilização do trabalho empregatício doméstico, rom-

pendo com a discriminação ilegítima perpetrada pelo texto original da Constituição de 1988 e pela legislação infraconstitucional. Representa mais um termo formal de ruptura com os resquícios da escravidão praticada no seio residencial. Significa nova mentalidade jurídico-social no sentido de se considerar todo e qualquer trabalho digno.

Ventos de salutares mudanças culturais e sociais se anunciam. Não só na relação trabalhista doméstica propriamente dita, por intermédio da extensão de direitos trabalhistas mínimos e, conseqüentemente, respeito à inata dignidade destas trabalhadoras, mas nas próprias relações familiares, por meio, inclusive de maior inserção do homem na divisão dos afazeres domésticos. Denota modificação cultural no sentido de redução do preconceito contra a mulher.

Quanto às chamadas "diaristas", elas permanecem a margem do padrão civilizatório conferido pelo Direito do Trabalho. Necessário, pois, novo marco regulamentador do elemento fático-jurídico "continuidade", nos exatos termos e contornos da "não eventualidade" celetista. Somente assim aquela que trabalha alguns dias na semana, por anos a fio, a uma pessoa ou família, terá seus direitos trabalhistas assegurados. Eis aí a mais grave crítica ao PL n. 244/2013.

O receio que se tem refere-se à possibilidade da recente alteração constitucional permanecer sem efetividade, dada à necessidade expressa de regulamentação de diversos direitos estendidos às domésticas. Inlui neste temor o fato de o trabalho doméstico, essencialmente introjetado no âmbito familiar, acabar limitando o trabalho em grupo, conseqüentemente, a ideia de classe e, em decorrência, o poder de reivindicação. Tal temor justifica-se, ainda, levando-se em conta que diversos direitos sociais trabalhistas constitucionalmente assegurados não são de fato plenamente exercidos. Citam-se com exemplos o direito à proporcionalidade do aviso prévio, que só foi regulamentado no ano de 2011, e a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7º, I, da CF), que permanece ineficaz no aniversário de vinte e cinco anos da Constituição da República!

O risco, portanto, é de se ter alcançado o ato jurídico emancipador e igualitário e tornar esterilizados alguns de seus efeitos, por meio da não concessão imediata dos novos direitos às domésticas.

Para se afastar tal risco, uma leitura possível dos efeitos da EC n. 72/2013 é de não ter recepcionado o art. 7º, "a", da CLT, e a Lei n. 5.859/1972, em todos os aspectos jurídicos que restrinjam os direitos e a proteção legal das domésticas, de forma a desenvolver a plena e imediata aplicabilidade à EC n. 72/2013.

Sem dúvida, a EC n. 72 de 2013 representa um marco histórico na legislação trabalhista, sobretudo por configurar mais um passo rumo à ruptura com o passado de escravidão e discriminação no Brasil, especialmente a que sofre a mulher negra, duplamente oprimida, pelo homem e pela mulher branca. A manutenção da categoria doméstica como subclasse de trabalhadores é inconcebível face aos avanços democráticos do país. Contudo, este progresso legislativo deve-se tornar efetivo, do ponto de vista concreto, de modo a

imprimir na sociedade brasileira menos preconceito, e mais igualdade e justiça social.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO (ANAMATRA). *Entra em vigor a Convenção sobre trabalho doméstico da OIT*. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/noticias/entra-em-vigor-a-convencao-sobre-trabalho-domestico-da-oit>> Acesso em: 12 set. 2013.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Trad. e nota prévia de José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.
- BEZERRA, Carlos *et al.* Proposta de Emenda à Constituição da Câmara dos Deputados n. 478, de 2010. Revoga o parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal, para estabelecer igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e demais trabalhadores urbanos e rurais. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=52A5BB12C41AD70FCC96A717283ABFDE.node1?codteor=755258&filename=PEC+478/201> Acesso em: 14 dez. 2012.
- BEZERRA, Carlos *et al.* Proposta de Emenda à Constituição da Câmara dos Deputados n. 66, de 2012. Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e demais trabalhadores urbanos e rurais. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=120984&tp=1>> Acesso em: 14 dez. 2012.
- BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. Portaria n. 448, de 3 de abril de 2013. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/trab_domestico/portaria-n-448-de-3-de-abril-de-2013.htm> Acesso em: 20 set. 2013.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. 6ª Turma. RR 2217-02.2011.5.15.0062. Decisão: 28.06.2013. Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda. DOU DF, PJ, TST, data: 28.06.2013.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 513933/1998. Decisão: 14.12.2001. Relator Carlos Alberto Reis de Paula. DOU DF, PJ, TST, data: 14.1.2001; DELGADO, 2011, p. 375.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 332845/1998. 4ª Turma. Decisão: 04.12.1999. Relator Ministro Antônio José de Barros Levanhagen. DOU DF, PJ, TST, data: 03.12.1999 e BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. AIRR 83800-20.2007.5.02.0447. 8ª Turma. Decisão: 25.09.2013. Relator Desembargador Convocado João Pedro Silvestrin. DOU DF, PJ, TST, data: 25.09.2013.
- CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *A PEC das domésticas*. Encontro com Fátima Bernardes (programa de televisão – transmitido em: 25 mar. 2013). Disponível em: <<http://globoTV.globo.com/rede-globo/encontro-com-fatima-bernardes/v/rodrigo-carelli-gastos-nao-aumentarao-tanto-para-os-patroes/2478769/>> Acesso em: 01 out. 2013.
- COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA. Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre a Proposta de Emenda à Constituição n. 66, de 2012 (n. 478, de 2010, na Câmara dos Deputados), do Deputado Carlos Bezerra e outros, que altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e demais trabalhadores urbanos e rurais. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mateweb-pdf/123851.pdf>> Acesso em: 13 mar. 2013.
- COMISSÃO MISTA PARA A CONSOLIDAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERATIVA E REGULAMENTAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO. Projeto de Lei da Câmara dos Deputados n. 224, de 2013. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=129645&tp=1>> Acesso em: 6 jun. 2013.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- DUTRA, Renata Queiroz. Monografia: *A ilegitimidade da discriminação da trabalhadora doméstica na Constituição Federal Brasileira*. Salvador: UFB, 2008.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa Mensal de Emprego (PME): 2003-2012*. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.
- MAGANO, Otávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho: direito individual do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTr, 1992.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *De “pessoa da família” a “diarista”*. Domésticas: a luta continua! Viomundo, 1º abr. 2013. Disponível em: <<http://www.viomundo.com.br/voce-escreve/jorge-souto-maior-domesticas-a-luta-continua.html>> Acesso em: 10 abr. 2013.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Sindicalismo e negociação coletiva* (exposição oral, palestra). In: XXXI CONGRESSO DOS ADVOGADOS TRABALHISTAS BRASILEIROS, 2009.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Manual do trabalho doméstico*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELLO. Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *Cartilha do trabalhador doméstico*. 2013. Brasília: MTE, 2013.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 36. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- NOVAIS, Denise Pasello Valente. *Discriminação da mulher no Direito do Trabalho, da proteção à promoção da igualdade*. São Paulo: LTr, 2005.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; VILLATORE, Marco Antônio César. *Direito do Trabalho doméstico: doutrina, legislação, jurisprudência, prática*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2006.
- ROCHA, Cármen Lúcia. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.
- SENADO FEDERAL (notícias). Jucá diz que Senado proporá a criação do Supersimples Doméstico. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/04/03/juca-diz-que-senado-propora-a-criacao-do-supersimples-domestico/tablet>> Acesso em: 3 abr. 2013.
- VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. *Relação de emprego: estrutura legal e supostos*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2005.