



Universidade de Brasília

Faculdade de Direito

Leonardo Cardoso Brito do Amorim

**A evolução histórica dos direitos trabalhistas dos empregados domésticos e o
significado da emenda constitucional 72/2103**

Brasília
2013

UnB – Universidade de Brasília
FD – Faculdade de Direito

**A evolução histórica dos direitos trabalhistas dos empregados
domésticos e o significado da emenda constitucional 72/2103**

Leonardo Cardoso Brito do Amorim

Trabalho de conclusão de curso
apresentado como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Direito
pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília – UnB

Orientador: Prof. Dr. Marthius Sávio
Cavalcante Lobato

Brasília
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

Leonardo Cardoso Brito do Amorim

A evolução histórica dos direitos trabalhistas dos empregados domésticos e o significado da emenda constitucional 72/2103

Trabalho de conclusão de curso aprovado como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pela seguinte banca examinadora:

Marthius Sávio Cavalcante Lobato
Professor Doutor e Orientador

José Geraldo de Sousa Júnior
Professor Doutor e Examinador

Renata Queiroz Dutra
Professora Doutoranda e Examinadora

Mamede Said Maia Filho
Professor Doutor e Examinador

Brasília, 23 de julho de 2013.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer a minha família, especialmente minha mãe Rozáurea, pelo incentivo à busca do conhecimento, bem como por todo o apoio durante a elaboração deste trabalho.

Aos meus amigos por todo o apoio dado. Tanto aos amigos da época de colégio, aos amigos distantes (em quilômetros) e aos amigos de curso e àqueles que cultivamos com o passar do tempo. Eles fazem todo esse caminho ter muito mais sentido.

Ao meu orientador, professor Marthius e todos os professores da Universidade de Brasília e, principalmente da Faculdade de Direito, e seus funcionários, que me propiciaram muitos mais que conhecimento jurídico em si, mas uma visão de mundo diferenciada e crítica, em particular do Direito.

RESUMO

A categoria do empregado doméstico é peculiar e diferenciada em relação às demais classes de trabalhadores brasileiros, recebendo historicamente um tratamento desigual e exclusivo dentro do ordenamento jurídico pátrio, sendo que para esse grupo de trabalhadores tal distinção significou invariavelmente exclusão e flexibilização de direitos. A partir da conceituação da figura sociojurídica do empregado doméstico e da análise da evolução histórica dos direitos trabalhistas gradualmente conquistados, o presente trabalho buscou apontar o sentido e alcance da PEC 66/2012 (PEC das Domésticas), posteriormente convertida na emenda constitucional 72/2013, no sentido da efetiva abolição do tratamento segregador historicamente dispensado ao empregado doméstico brasileiro, enfatizando-se ainda o projeto de lei regulamentador da referida emenda.

PALAVRAS-CHAVE: empregado doméstico; Lei 5.859/72; PEC 66/2012 (PEC das Domésticas); emenda constitucional 72/2013; projeto de lei complementar do Senado Federal.

Sumário

Introdução.....	7
1- A identificação da figura sociojurídica do empregado doméstico.....	9
1.1 - A prestação do trabalho por pessoa física.....	10
1.2 – A personalidade.....	11
1.3 – A onerosidade.....	12
1.4 – A subordinação.....	12
1.5 – A não eventualidade e a conformação jurídica relativamente distinta que recebe na definição do empregado doméstico: a continuidade.....	15
1.6 – A finalidade não lucrativa dos serviços prestados.....	17
1.7 – A apropriação dos serviços apenas por pessoa física ou família.....	18
1.8 – A efetuação dos serviços em função do âmbito residencial dos tomadores.....	19
2 – A evolução histórica dos direitos trabalhistas do empregado doméstico, no cenário brasileiro, até a promulgação da emenda constitucional 72/2013.....	21
2.1 – A aplicabilidade do Código Civil de 1916 às relações de trabalho em geral.....	21
2.2 – O Decreto-lei nº 3.078/41.....	22
2.3 – A lei nº 5.859/72.....	23
2.4 – A Constituição de 1988.....	24
3 – A Proposta de Emenda à Constituição 66/2012 (PEC das Domésticas) que se converteria na Emenda Constitucional 72/2013.....	26
4 – O projeto de lei complementar do Senado Federal regulamentador da emenda constitucional 72/2013.....	29
5 – Considerações Finais.....	36
REFERÊNCIAS.....	39

Introdução

O presente trabalho visa discutir a situação *sui generis* do empregado doméstico dentro do ordenamento jurídico brasileiro, em termos de garantias trabalhistas, a partir da caracterização desta categoria de trabalhadores e do estudo da evolução histórica dos direitos trabalhistas gradualmente conquistados.

Com efeito, a categoria do empregado doméstico é peculiar e diferenciada em relação às demais classes de trabalhadores brasileiros, recebendo historicamente um tratamento desigual e exclusivo dentro do ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, como se verá, para esse grupo de trabalhadores tal distinção significou invariavelmente exclusão e flexibilização de direitos.

Assim, o trabalho primeiramente analisará como se dá a identificação da figura sociojurídica do empregado doméstico, ressaltando os elementos genéricos, presentes à relação de emprego comum celetista e os elementos especiais, próprios ao vínculo empregatício doméstico.

Na sequência será abordada a evolução histórica dos direitos trabalhistas dos empregados domésticos, analisando-se os diplomas normativos que abrangeram a categoria, desde a aplicabilidade do Código Civil de 1916, que cuidava das relações de trabalho em geral, passando pela lei especial que dispõe sobre a profissão de empregado doméstico (Lei nº 5.859/72), pelo efeito emancipatório do texto constitucional de 1988 até a PEC 66/2012, posteriormente convertida na emenda constitucional 72/2013 e seu projeto de lei regulamentador.

Nesse sentido, será dada atenção especial, em capítulo próprio, à Proposta de Emenda Constitucional 66/2012 que se converteria na emenda constitucional 72/2013 e que formalmente aboliu o tratamento jurídico segregador que era até então dispensado ao empregado doméstico.

Finalmente, à análise do projeto de lei complementar do Senado Federal que regulamenta a emenda constitucional 72/2013 também será dispensado estudo mais pormenorizado, indagando da real efetivação da referida emenda que formalmente aboliu as diferenças entre os empregados domésticos e os demais trabalhadores.

1- A identificação da figura sociojurídica do empregado doméstico

A categoria do empregado doméstico é peculiar e diferenciada em relação às demais classes de trabalhadores brasileiros, recebendo historicamente um tratamento desigual e exclusivo dentro do ordenamento jurídico pátrio. Entretanto, como se verá, para esse grupo de trabalhadores tal distinção significou invariavelmente exclusão e flexibilização de direitos.

A constatação mais evidente que atesta este tratamento diferenciado aos domésticos é a sua exclusão expressa dos preceitos protetivos da Consolidação das Leis do Trabalho, a teor da letra “a” do artigo 7º de tal diploma normativo, que os qualifica, *in verbis*:

Art. 7º 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.

Levando-se em conta o dispositivo supracitado e combinando-o com outros dois preceitos celetistas, que definem a figura do empregado e do empregador, chega-se à caracterização da figura do empregado doméstico. Primeiramente, o artigo 3º da CLT considera empregado “toda pessoa física que prestar serviço de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Por outro lado, no artigo 2º do mesmo diploma normativo, o empregador é caracterizado como “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.”

Portanto, à definição de empregado doméstico comparecem os cinco elementos fático-jurídicos comuns à relação de emprego celetista, quais sejam, prestação do trabalho por pessoa física; pessoalidade; onerosidade; subordinação e não eventualidade, sendo que este último atributo recebe conformação jurídica relativamente distinta, falando-se aqui em continuidade, conforme estabelece a lei específica que dispõe sobre a profissão de empregado doméstico (Lei 5.859/72). Além disso, em tal conceituação legal estão presentes três elementos fático-jurídicos

especiais, próprios a esta relação empregatícia específica, a saber: finalidade não lucrativa dos serviços prestados; apropriação dos serviços apenas por pessoa física ou por família e efetuação dos serviços em função do âmbito residencial dos tomadores. (DELGADO, 2013, p.371).

Estes últimos vêm dispostos na lei especial que trata do empregado doméstico. Dessa maneira, de acordo com o artigo 1º da Lei nº 5.859/72, que traz redação quase idêntica ao disposto na CLT, empregado doméstico seria “aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas”. Integram, portanto, esta classe trabalhista o cozinheiro(a), faxineiro(a), jardineiro(a), motorista particular, governanta, babá, cuidador(a) de idosos, arrumadeira, entre outros.

É dessa maneira, que de acordo com Maurício Godinho Delgado (2013, p. 372):

Quatro componentes da relação empregatícia doméstica comparecem a essa figura sociojurídica sem merecer qualquer especificidade significativa, em contraponto ao padrão genérico celetista de relação de emprego. São eles: *pessoa física, personalidade, onerosidade e subordinação*. Trata-se, portanto, de elementos que se compreendem, no trabalho doméstico, a partir dos mesmos dados empíricos e conceituais verificados em outros segmentos da realidade socioeconômica.

1.1 - A prestação do trabalho por pessoa física

A prestação do trabalho por pessoa física, assim como os demais pressupostos genéricos, comuns à relação de emprego celetista, é analisada a partir da perspectiva do empregado, situação que se inverterá quando do estudo dos elementos fático-jurídicos especiais, próprios à relação de emprego doméstica, que serão tomados e caracterizados, fundamentalmente, a partir do panorama patronal.

Dessa maneira, em virtude de expressa disposição legal, somente o empregador poderá ser pessoa física ou jurídica. A necessidade de prestação dos serviços por pessoa física para a incidência das normas protetivas justralhistas se justifica em virtude da própria razão histórica de existência do Direito do Trabalho, que tutela bens jurídicos (vida, saúde, integridade moral, bem-estar, lazer, etc.)

fundamentais à pessoa física, não podendo, ordinariamente, ser usufruídos por pessoas jurídicas. Logo, contrariamente ao que acontece à figura do empregador, o empregado deverá ser sempre uma pessoa natural, física (DELGADO, 2013, pp. 282 e 372).

Finalmente, de acordo com entendimento de Mozart Victor Russomano (1997, p. 71):

Ao contrário do que ocorre com o empregador (pessoa física ou jurídica), o empregado, sempre, é pessoa física. A natureza personalíssima das obrigações que ele assume impede seja assim definida a pessoa jurídica, em qualquer de suas modalidades ou posições.

1.2 – A personalidade

Assim, como antecipado pelo eminente jurista, o elemento seguinte possui estreita relação com o anterior, com ele não se confundindo, entretanto. Trata-se da personalidade. Tal pressuposto da relação de emprego genérica, presente de igual maneira à caracterização da figura sociojurídica do empregado doméstico, relaciona-se com o caráter *intuitu personae* do contrato individual de trabalho, segundo o qual, o empregado se obriga a prestar, pessoalmente, os serviços contratados (MARANHÃO E CARVALHO, 1993, p.46).

Dessa maneira, a personalidade na prestação dos serviços por parte do trabalhador desautoriza sua substituição intermitente. Deve haver ao longo da concretização dos serviços pactuados um efetivo caráter de infungibilidade no que diz respeito ao empregado. Ressalte-se, por fim, que o elemento da personalidade produz efeitos mesmo quando da extinção do vínculo empregatício, uma vez que a obrigação da prestação pessoal do trabalho não se transmite a herdeiros e sucessores (DELGADO, 2013, p.283).

Como ressaltado anteriormente, a análise do preenchimento deste requisito é feita a partir da perspectiva obreira. A personalidade se aplica ao empregado mas não ao empregador, o que torna irrelevante a identidade deste. Com efeito, desde que não haja prejuízo em relação aos direitos adquiridos pelo trabalhador, a teor de expressa salvaguarda legal no artigo 10 da CLT, são irrelevantes as alterações jurídicas que porventura se operem na estrutura da

empresa empregadora e as eventuais alterações subjetivas do contrato, no polo empresarial. Tem-se como fundamento aqui, ainda, a diretriz da despersonalização da figura do empregador e o princípio da continuidade da relação de emprego, a proteger os direitos adquiridos pelo empregado. (DELGADO, 2013, p. 284; RUSSOMANO, 1997, pp. 57 e ss).

1.3 – A onerosidade

Além disso, para a configuração do vínculo empregatício comum e doméstico, tem-se o pressuposto da onerosidade. Tal elemento manifesta-se na medida em que decorrem obrigações recíprocas correspondentes para os contratantes, em uma relação de emprego, economicamente mensuráveis.

Dessa maneira, ao serviço pactuado e prestado pelo empregado, ao valor econômico de sua força de trabalho colocada à disposição do empregador, deve corresponder uma contraprestação econômica em benefício do trabalhador, consubstanciada no conjunto ou complexo de verbas salariais. A onerosidade é característica intrínseca de um vínculo (empregatício) que tem viés essencialmente econômico. Novamente, este elemento deve ser focado sob a ótica do prestador de serviços e a justificativa é óbvia, pois quer seja analisado sob a ótica do trabalho realizado, quer seja investigado sob a ótica do empregador, a onerosidade estaria sempre presente, uma vez que toda espécie de trabalho, mesmo as consideradas de menor complexidade, são passíveis de mensuração econômica, no atual sistema contemporâneo de mercado (DELGADO, 2013, p. 289).

1.4 – A subordinação

A seguir, como último pressuposto da relação de emprego que não recebe conformação jurídica específica quando integra a caracterização da relação empregatícia doméstica, a subordinação possui posição de destaque entre os elementos conformadores das relações empregatícias genérica e doméstica. Isso se dá pelo fato de o trabalho subordinado constituir ruptura histórica fundamental que

possibilitou o surgimento da relação empregatícia, consubstanciando-se em seu elemento fundamental, e conseqüentemente do próprio Direito do Trabalho, que possui como categoria nuclear a relação de emprego. Com efeito, a subordinação, situando-se no polo oposto ao do poder de direção exercido pelo empregador na relação empregatícia, surgiu, como elemento relevante, no período da Revolução Industrial, como contraposição à sujeição pessoal do trabalhador, presente nas relações escravagistas e servis vigorantes até então, o que possibilitou, como ressaltado, o surgimento e desenvolvimento do ramo justralhista. É assim, que o Direito do Trabalho pode ser considerado produto cultural do século XIX e das transformações sociais, econômicas e políticas deste período, onde ocorre a massificação e construção da hegemonia do trabalho livre mas subordinado, elemento nuclear da relação empregatícia, com a generalização do sistema de produção industrial na Europa e Estados Unidos da América, essencialmente (DELGADO, 2013, p. 80).

Além disso, é o pressuposto da subordinação que irá diferenciar a relação de emprego de todas as demais formas de relações de trabalho, excluindo, por exemplo, daquela figura sociojurídica o trabalhador autônomo.

Não se trata aqui de uma relação de dependência econômica e/ou técnica, embora esta seja uma situação de fato vivenciada por grande parte dos trabalhadores, globalmente considerados, uma vez que nem sempre o empregado depende do salário percebido para sobrevivência, trabalhando por prazer ou conveniência social ou moral, podendo possuir autonomia para utilizar suas técnicas pessoais ou estilos próprios para a prestação do serviço pactuado (RUSSOMANO, 1997, pp. 52 e ss).

Não se trata, igualmente, de uma concepção subjetiva, que se aproxima conceitualmente da expressão “dependência”, utilizada pela CLT em seu artigo 3º sem o devido rigor técnico, mas com base em entendimento teórico prevalecente à época. O elemento subordinação, presente às relações empregatícias genérica e doméstica, não se confunde, portanto, com sujeição pessoal do empregado ao empregador, não possuindo o caráter aviltante do trabalho escravo e servil, ou mesmo dos regimes medievais posteriores (DELGADO, 2013, pp. 293 e ss; RUSSOMANO, 1997, p. 52).

A subordinação é efetivamente, portanto, jurídica, derivada do contrato de trabalho e referindo-se à maneira de prestação do trabalho pactuado e não à pessoa do trabalhador. Assim, assumindo os riscos do empreendimento econômico, o empregador pode dispor dos diversos fatores de produção ali reunidos, dentre os quais encontra-se o trabalho. Como o trabalho, ou mais propriamente a força de trabalho, é indissociável de sua fonte, que é a própria pessoa humana, daí resulta a situação subordinada em que fica relativamente o empregado em relação à figura do empregador. Trata-se, portanto, de uma dependência hierárquica, fruto da natureza ou da organização interna da empresa empregadora, sendo assim contratual, voluntariamente aceita pelo empregado, como resultado de sua posição e do seu destino dentro do contemporâneo sistema de produção capitalista (DELGADO, 2013, p. 293; MARANHÃO e CARVALHO, 1993, pp. 64 e ss; RUSSOMANO, 1997, pp. 55 e ss).

Como manifestação dos efeitos práticos do elemento da subordinação, tem-se que o empregador tem o direito de dar ordens e o empregado, a obrigação de cumpri-las, desde que tais ordens sejam legítimas (RUSSOMANO, 1997, p. 55).

Dessa maneira, como resultado da subordinação, localizada na relação empregatícia no polo oposto ao do poder de direção, tem-se a faculdade do empregador de se utilizar da força de trabalho do empregado no interesse do empreendimento cujo risco assumiu e, por outro lado, a obrigação do empregado de se deixar dirigir pelo patrão no que tange à sua atividade profissional e respeitando-se aquilo que foi contratualmente acordado. Mais que isso, a direção e fiscalização do empregador, em relação aos serviços prestados pelo empregado, relaciona-se intimamente com a subordinação jurídica. Dessa maneira, é facultado ao empregador dirigir e comandar a execução do serviço pactuado, fiscalizar o cumprimento das obrigações contratualmente assumidas pelo empregado, bem como aplicar penas disciplinares (advertência, suspensão, dispensa), quando verificar-se inadimplemento contratual obreiro (MARANHÃO e CARVALHO, 1993, pp. 65 e ss).

1.5 – A não eventualidade e a conformação jurídica relativamente distinta que recebe na definição do empregado doméstico: a

continuidade

Finalmente, como último elemento configurador da relação empregatícia comum celetista, tem-se a figura da não eventualidade. Conforme sublinhado, para a caracterização da relação de emprego doméstica, tal elemento recebe conformação jurídica relativamente diferenciada. Utiliza-se, assim, como conceito distintivo, a ideia de continuidade.

Embora haja interpretação minoritária que entenda que as expressões são sinônimas, o que proporcionaria ao diarista doméstico ter reconhecido vínculo empregatício (DELGADO, 2013, p.374), não se trata, contudo, de mero jogo de palavras sem qualquer implicação jurídica, como se verá, uma vez que a presença do elemento continuidade, para a configuração do vínculo empregatício doméstico, e não da não eventualidade tem consequências decisivas para a formação dessa relação, excluindo o trabalhador eventual doméstico, conhecido como diarista, da possibilidade de formação de um vínculo empregatício, o que não ocorreria com a utilização da expressão “não eventualidade”. Senão, vejamos.

O critério da não eventualidade informa que os serviços prestados pelo empregado devem ser necessários à atividade normal do empregador. Não se exige, dessa maneira, exclusividade ou que o serviço executado não seja intermitente, bastando apenas que seja necessário ao desenvolvimento da atividade normal do ente patronal (BARROS, 2005, p. 239).

Dessa forma, dentro de uma relação de emprego, o serviço realizado deve possuir natureza permanente, inserindo-se na ordem regular das atividades econômicas do empresário. Afere-se, dessa maneira, o pressuposto da não eventualidade da análise da natureza da atividade econômica da empresa empregadora e do próprio trabalho realizado. Portanto, trabalho eventual é aquele que não se implanta na ordem normal das atividades econômicas do empresário, sendo sinônimo de trabalho ocasional, tendo-se como critério para a verificação da não eventualidade, como ressaltado, a natureza econômica da empresa e a essência do trabalho realizado (RUSSOMANO, 1997, pp. 77 e ss).

Logo, a simples transitoriedade da execução dos serviços, por si só, não desfigura o contrato de trabalho, nem afasta a condição de empregado, desde que o

serviço prestado transitoriamente corresponda a uma normal descontinuidade da atividade empresarial do empregador, levando-se em conta os fins normais da empresa e suas necessidades permanentes (MARANHÃO e CARVALHO, 1993, p. 63).

Diversa será a situação quando se analisar a mutação conceitual que tal pressuposto sofre para a conformação do vínculo empregatício doméstico. Como ressaltado anteriormente, para a configuração da relação de emprego doméstica não há que se falar na figura celetista da não eventualidade, mas sim em continuidade.

Tal expressão vem prevista na lei que dispõe sobre a profissão de empregado doméstico (Lei nº 5.859/72) e a diferenciação é fundamental uma vez que resulta de uma intenção da legislação especial de não estender ao trabalhador eventual doméstico, conhecido como diarista (aquele que compareceria um ou dois dias por semana ou quinzena ao local de trabalho), o tratamento jurídico conferido à figura do trabalhador doméstico (DELGADO, 2013, pp. 286 e ss).

Logo, para a configuração do pressuposto da continuidade tem-se por base teórica a teoria da descontinuidade, que nas palavras do eminente jurista Maurício Godinho Delgado (2013, p.286):

Informa que eventual seria o trabalho descontínuo e interrompido com relação ao tomador enfocado – portanto, um trabalho que se fracione no tempo, perdendo o caráter de fluidez temporal sistemática. Para essa formulação teórica, o trabalho eventual tem caráter fragmentado, verificando-se sua ocorrência de modo disperso no tempo, com rupturas e espaçamentos temporais significativos com respeito ao tomador de serviços examinado.

Tal teoria da descontinuidade teria sido rejeitada pela CLT, por ser com ela incompatível, e o principal sintoma de tal escolha seria a adoção da expressão “serviços de natureza não eventual” (DELGADO, 2013, p. 286).

Portanto, devido à distinção de critérios para a configuração deste elemento temporal no tocante ao padrão genérico celetista, quando tem-se a figura da não eventualidade e no que se refere à relação de emprego doméstica, quando temos a ideia de continuidade, o resultado prático é uma maior dificuldade para a configuração do vínculo empregatício doméstico. Isso se dá, pois o conceito de serviço executado continuamente seria mais sensível e intolerante a interrupções, não admitindo-se, assim, como contínuo um trabalho prestado de maneira

intermitente, a princípio, ao contrário do que ocorre levando-se em conta a expressão celetista da não eventualidade, conforme analisado.

Assim, analisados os elementos fático-jurídicos genéricos, celetistas, que comparecem à configuração da relação de emprego doméstica, com a necessária diferenciação do elemento temporal da não eventualidade, necessário se faz o estudo dos elementos fático-jurídicos especiais, próprios ao vínculo empregatício doméstico.

O diploma normativo que dispõe sobre a profissão de empregado doméstico opta por não repetir os pressupostos genéricos configuradores da relação de emprego celetista e que também comparecem à configuração do vínculo empregatício doméstico, definindo apenas tratamento jurídico diverso ao elemento da não eventualidade, que aparece como continuidade, e apresentando os elementos especiais, próprios ao vínculo de emprego doméstico, quais sejam: a finalidade não lucrativa dos serviços prestados; a apropriação dos serviços apenas por pessoa física ou por família e a efetuação dos serviços em função do âmbito residencial dos tomadores. Passemos à sua análise.

1.6 – A finalidade não lucrativa dos serviços prestados

Primeiramente, tem-se que os serviços prestados pelo empregado doméstico não podem ser utilizados por seu empregador com finalidades lucrativas, devendo esgotar-se na economia de consumo da pessoa ou da família. Portanto, se os objetivos visados não são os próprios da manutenção doméstica, o trabalho executado não será doméstico (VILHENA, 1975, p. 288).

Assim, o serviço prestado pelo empregado doméstico deve destinar-se ao regular desenvolvimento da vida do lar e não a uma atividade comercial ou industrial (NASCIMENTO, 2000, p. 175). O tipo de serviço prestado é irrelevante, importa que ele possua exclusivamente valor de uso e jamais valor de troca. Aqui, como antecipado alhures e como ocorre com os demais elementos específicos da relação empregatícia doméstica, o enfoque se dá sob o ponto de vista do tomador dos serviços, uma vez que considerando a ótica do empregado doméstico ou o trabalho em si, este sempre terá evidente conteúdo econômico (DELGADO, 2013, p. 377).

Nesse sentido o posicionamento da doutrina e jurisprudência pátrias, conforme se observa dos seguintes julgados do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região:

EMENTA: RELAÇÃO DE EMPREGO. DOMÉSTICA. SÍTIO DE LAZER. **Sendo a prestação de serviços realizada em sítio de lazer, que não explora atividade pecuária ou agrária com destinação econômica, eis que não comprovada a prática de quaisquer atos de comercialização, resta configurada a relação de emprego doméstica.** Ainda que eventualmente a autora tenha auxiliado o caseiro do sítio a executar tarefas ligadas ao campo, como corte de grama, limpeza de galinheiro, não há como enquadrá-la como empregada rural, em face da não exploração de atividade agro-econômica, devendo ser considerada a atividade básica de faxineira e cozinheira para os membros da família. (TRT 3ª Região – 1ª Turma – RO – 0057-2004-049-03-00-0 – Relª Juíza Maria Laura Franco Lima de Faria – DJMG 16.7.2004). (Grifos nossos).

CASEIRA DE SÍTIO - ENQUADRAMENTO - EMPREGADA CELETISTA - **Provado nos autos que a reclamada explora atividade econômica, ex vi do disposto no art. 2º da CLT, porquanto o sítio de sua propriedade, no qual laborava a reclamante, era habitualmente alugado a terceiros com patente finalidade lucrativa, mister se faz o deferimento à mesma dos direitos previstos por aquele Estatuto Consolidado.** (RO/4549/99 - 4ª Turma - Rel. Juiz Júlio Bernardo do Carmo - M.G. 09.10.1999).(Grifos nossos).

1.7 – A apropriação dos serviços apenas por pessoa física ou família

A seguir, tem-se o pressuposto específico da apropriação dos serviços por pessoa física ou família para a configuração da relação empregatícia doméstica. A necessidade de prestação laboral à pessoa ou família, exclui a possibilidade de pessoa jurídica ser tomadora de serviço doméstico, atuando como notável exceção ao princípio justralhista da despersonalização do empregador. Afastada essa despersonalização, ou significativamente mitigada, evidencia-se, assim, certa personalidade na figura do empregador doméstico, uma vez que na relação doméstica, o polo passivo de tal relação empregatícia não poderá ser ocupado por

pessoas jurídicas, mas apenas por pessoas naturais. Tal personalidade torna difícil a incidência na relação de emprego doméstica do instituto da sucessão trabalhista, uma vez que este instituto jurídico tem como um de seus fundamentos nucleares o princípio concernente à despersonalização do empregador, sem mencionar-se a inaplicabilidade da CLT aos domésticos e a ideia de empresa, relevante ao fenômeno da despersonalização e incompatível com a ideia de vínculo empregatício doméstico. Além disso, ausente tal personalidade ou significativamente atenuada, vicissitudes pessoais do empregador teriam o condão de afetar diretamente a relação de emprego pactuada. Nesse sentido, a morte do empregador tenderia a extinguir a relação trabalhista firmada, exceto se a prestação dos serviços se mantivesse perante a mesma família e unidade familiar, dentro dos mesmos moldes anteriormente pactuados (DELGADO, 2013, pp. 378 e ss).

1.8 – A efetuação dos serviços em função do âmbito residencial dos tomadores

Finalmente, como pressuposto derradeiro, como último elemento específico configurador da relação empregatícia doméstica tem-se importante critério espacial: o âmbito residencial de prestação laborativa.

Aqui, o fundamental 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 empregado” (DELGADO, 2013, p. 380).

Dessa maneira, a expressão “âmbito residencial” abrange todo local onde há desenvolvimento da vida do lar, como chácaras recreativas, casas de campo, casas de praia. Com efeito, o legislador teria deixado o texto legal mais claro se tivesse utilizado-se da expressão “para o âmbito residencial” (NASCIMENTO, 2000, pp. 174 e ss).

Assim, estão compreendidos no conceito de empregado doméstico não só a cozinheira, a governanta, a babá ou o mordomo, por exemplo, mas também todos aqueles que prestam serviço nas dependências ou em prolongamento da residência e nas casas de veraneio e sítios destinados ao recreio dos proprietários,

atendidos, obviamente, os demais requisitos para configuração da relação empregatícia doméstica. Nesta segunda hipótese enquadram-se o jardineiro, o vigia, o motorista, o piloto ou marinheiro particular, os caseiros e zeladores (BARROS, 2010, pp. 178 e ss).

Nesse sentido é o entendimento da doutrina e jurisprudência pátrias, conforme se observa das ementas dos julgados colacionadas abaixo:

EMENTA: ENQUADRAMENTO. TRABALHADOR DOMÉSTICO. O artigo 1º da Lei 5859/72 conceitua o empregado doméstico como "aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas". Do conceito de empregado doméstico emergem os seguintes pressupostos: a) trabalho realizado por pessoa física; b) em caráter contínuo; c) no âmbito residencial de uma pessoa ou família; d) sem destinação lucrativa. **Enquadram-se, portanto, na categoria de empregado doméstico não só a cozinheira, a copeira, a babá, a lavadeira, o mordomo, a governanta, mas também os que prestam serviço nas dependências ou prolongamento da residência, como o jardineiro, o vigia, o motorista, o piloto e o marinheiro particular, os caseiros e zeladores de casas de veraneio ou sítios destinados ao recreio dos proprietários, sem qualquer caráter lucrativo. Comprovada a prestação de serviços restrita aos cuidados com jardim, há de ser mantido o enquadramento do autor como empregado doméstico.** (TRT – 3ª Região – 2ª Turma – RO – 01954-2003-104-03-00-8. Relª Juíza Alice Monteiro de Barros – DJ 16.6.2004). (Grifos nossos).

EMENTA: RELAÇÃO DE EMPREGO - MOTORISTA RESIDENCIAL DOMÉSTICO - TRABALHO EXTERNO EVENTUAL - DIREITO ÀS HORAS EXTRAS - IMPOSSIBILIDADE. Se a prova dos autos demonstra que a reclamante foi admitida e registrada como trabalhadora doméstica (motorista), não há como enquadrá-la na categoria diferenciada dos empregados em empresas de transportes rodoviários (precedente 55 da SDI 1/TST). **A circunstância de ocorrer, em tese, a execução de tarefas externas eventuais em prol da reclamada e de seus familiares, não lhe dá o direito de receber horas extras**, pois se trata de pedido juridicamente impossível. (TRT – 3ª Região – RO – 15483/02 – (Ac. 4ª T.) - Rel. Juiz Lucas Vanucci Lins. DJMG 15.02.03). (Grifos nossos).

EMPREGADO DOMÉSTICO. MARINHEIRO. EMBARCAÇÃO PARTICULAR DE RECREIO. FINALIDADE MERCANTIL. INEXISTÊNCIA. RECONHECIMENTO.

Considera-se doméstico "aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas" (art. 1º, Lei 5.859/72); nesse diapasão, só

há de ser classificado o trabalhador como doméstico se a prestação de serviços estiver voltada - ou introjetada - para a usufruição pessoal ou familiar. Vale dizer, a tônica do dispositivo está centrada na finalidade não lucrativa da tarefa realizada pelo trabalhador, independentemente se a prestação de serviços ocorre, ou não, no espaço físico em que reside o contratante. Restando comprovada a ativação do recorrido - marinheiro de embarcação particular - em favor do reclamado apenas no âmbito recreativo-familiar, não existindo nela qualquer finalidade econômica ou lucrativa, não há como se afastar o reconhecimento de contrato de trabalho doméstico. (TRT- 15ª Região – Proc. 4987/00 (4414/02) – 2ª T. - Rel Juiz Luís Carlos Cândido Martins Sotero da Silva – DOESP 28.01.2002). (Grifos do relator).

2 – A evolução histórica dos direitos trabalhistas do empregado doméstico, no cenário brasileiro, até a promulgação da emenda constitucional 72/2013

2.1 – A aplicabilidade do Código Civil de 1916 às relações de trabalho em geral

No Brasil, o trabalho doméstico realizado no âmbito residencial foi inicialmente disciplinado pelas Ordenações do Reino. O assunto foi tratado a seguir pelo Código Civil de 1916, no capítulo que cuidava da locação de serviços, que era aplicado às relações de trabalho em geral (BARROS, 2005, p. 309).

Ainda quando as relações de trabalho encontravam-se disciplinadas pelo Código Civil, o Decreto nº 16.107, de 30.07.1923, do antigo Distrito Federal, aprovou o regulamento de locação dos serviços domésticos. O Decreto expedido pelo Executivo tratou de questões organizacionais e burocráticas de menor relevo, como a identificação dos locadores de serviços domésticos. Além disso, relacionando as atividades consideradas domésticas, não realizou qualquer distinção entre os serviços prestados às casas particulares e a estabelecimentos com evidente intuito lucrativo, como hotéis, restaurantes, bares, pensões, escritórios ou consultórios, todos mencionados expressamente (SILVA, 1997, p. 385).

2.2 – O Decreto-lei nº 3.078/41

Anteriormente à entrada em vigor da CLT, o Decreto-lei nº 3.078/41 pretendeu disciplinar as relações entre o empregador e o empregado doméstico estabelecendo obrigações recíprocas e direitos mínimos em relação a este, como o aviso-prévio de oito dias, após seis meses de serviço permanente e exclusivo e em caso de despedida injusta.

Contudo, tal decreto, que evidenciou-se como a primeira medida efetiva de regulamentação do trabalho doméstico, exigiu expressamente a necessidade de regulamentação, para efetiva vigência, o que jamais ocorreu. Dessa maneira, sempre foi considerado inexigível pela jurisprudência majoritária (RUSSOMANO, 1997, p. 84).

Entretanto, apesar do entendimento jurisprudencial dominante dos tribunais brasileiros à época, baseado na interpretação que o art. 7º, alínea “a”, da CLT ao excluir o empregado doméstico de seu âmbito protetivo havia revogado tal decreto, havia ponto de vista diverso, a pugar pela vigência do referido Decreto-lei nº 3.078/41.

Com efeito, Alice Monteiro de Barros (2005, p. 309) defende que o diploma consolidado, no momento em que disciplina as relações individuais e coletivas de trabalho e afasta o empregado doméstico do seu campo de incidência “não revogou o Decreto-Lei n. 3.078, mas simplesmente deixou de estender ao empregado doméstico as normas consolidadas”.

Por seu turno, reforçando tal entendimento, Mozart Victor Russomano (2005, p.84) afirma que

A lei ordinária depende de regulamentação apenas naquilo em que for inaplicável por si mesma. Esgotado, por exemplo, o prazo marcado pelo legislador para regulamentação de suas normas, sem que o Poder Executivo promova a expedição do regulamento previsto, deve o intérprete esforçar-se pela aplicação imediata das normas que, individualmente consideradas, independem de regulamentação. É o mesmo que ocorre nos casos de **regulamentação parcial** da lei: só algumas regras são aplicáveis de imediato. Sustentamos, por isso, [...] que o empregado doméstico tinha direito à prévia notificação, quando despedido injustamente. A jurisprudência discordou de nosso ponto de vista, entendendo que o art. 7º, alínea a, da Consolidação, em 1943, revogou o decreto-lei de

1941. Não o fez, na realidade, porém. Basta atentarmos para a circunstância de que aquela norma não disse que o empregado doméstico não tinha direitos. Limitou-se a declarar que os preceitos constantes da Consolidação a ele não se aplicam. O decreto-lei de 1941 não está contido na Consolidação: é anterior a ela. Não havendo, no texto novo, nada que, implícita ou explicitamente, seja incompatível com a legislação especial de 1941, não há porque a considerarmos revogada. (sublinhados nossos)

Posteriormente, a Consolidação das Leis do Trabalho, conforme visto, excluiu expressamente os empregados domésticos do seu campo de ação normativo. Com a exclusão do trabalhador doméstico do âmbito protetivo da CLT, a categoria restou localizada, em posição *sui generis*, inferiorizada, “em constrangedor limbo jurídico, sem direito sequer a salário mínimo e reconhecimento previdenciário do tempo de serviço” (DELGADO, 2013, p. 380).

2.3 – A lei n° 5.859/72

Dessa maneira, apenas em 1972 a categoria do empregado doméstico recebeu disposição legal própria (Lei 5.859/72) reconhecendo proteção jurídica tímida e mínima. De fato, a situação de exclusão foi consolidada, com o reconhecimento a esta classe trabalhadora de somente três direitos: férias anuais remuneradas de 20 dias úteis, após cada 12 meses de trabalho; anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social e inscrição do empregado como segurado obrigatório na Previdência Oficial.

Maurício Godinho Delgado comenta este momento histórico (2013, p.380):

Apenas no início da década de 1970, com a Lei n. 5.859, de 11.12.1972, é que a categoria adquiriu um mínimo de cidadania jurídica. Cidadania mínima, entretanto, uma vez que a Lei n. 5.859 não mais do que, praticamente, apenas *formalizava* a exclusão, ao não estender inúmeros direitos trabalhistas clássicos à categoria doméstica (o diploma legal fixou a pertinência da assinatura de CTPS, inserção na Previdência Social e férias anuais remuneradas de 20 dias úteis, silenciando-se, por exemplo, sobre salário mínimo, irredutibilidade salarial, 13° salário, aviso-prévio, descanso semanal remunerado, garantia à gestante, etc.).

2.4 – A Constituição de 1988

Com o advento da Carta Magna de 1988, a “Constituição Cidadã”, ocorreu inédita previsão constitucional de direitos individuais, sociais e trabalhistas, todavia o empregado doméstico continuou relegado a uma categoria inferior, novamente expressa previsão legal veio restringir direitos garantidos a esta classe de trabalhadores, apesar da distância que separava o trabalhador doméstico dos demais ter encolhido, com a significativa extensão de direitos à categoria.

Dessa forma, o texto constitucional, no Capítulo destinado aos direitos sociais e no artigo referente aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, opera nova segregação, restringindo o alcance da proteção trabalhista no que tange aos empregados domésticos, como que inviável ou desnecessário o reconhecimento pleno dos direitos trabalhistas a esta categoria, *in verbis*: “Art 7°. Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.”

Impende salientar, contudo, que o rol de direitos reconhecidos à categoria tornou-se muito mais extenso. Com a previsão constitucional de garantias trabalhistas até então inéditas, o abismo que separava o empregado doméstico dos demais empregados de certa forma retrocedeu.

Dessa maneira, no momento histórico focalizado, evidenciou-se significativa conquista de direitos trabalhistas por parte dos trabalhadores domésticos, embora relativamente mitigada em face de nova exclusão operada em relação a alguns direitos. Não foi com a Carta Magna de 1988 que a clivagem existente entre o empregado doméstico e os demais trabalhadores se dissipou, não houve o reconhecimento pleno aos empregados domésticos dos direitos e garantias trabalhistas asseguradas aos demais trabalhadores.

Assim, com a Constituição Federal de 1988 foi estendido à categoria doméstica: garantia de salário mínimo; irredutibilidade de salário; 13° salário; repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte dias; licença-paternidade, nos termos fixados em lei; aviso-prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo trinta dias, nos termos da lei; aposentadoria. A parte final do dispositivo constitucional refere-se ainda à integração à previdência social, o que já era previsto na legislação anterior.

Fato é, que antes de o texto constitucional proceder à relativa emancipação do empregado doméstico e mesmo após a nova exclusão perpetrada pelo legislador nacional, não estendendo plenamente os direitos trabalhistas ali previstos aos trabalhadores domésticos, havia certa tendência, captada pela doutrina justralhista, no sentido da eliminação gradual das diferenças entre os empregados domésticos e os demais empregados, como se um fenômeno inevitável e irreversível.

Assim que, indagando sobre qual seria a razão plausível para o afastamento do trabalho doméstico do âmbito protetivo das normas trabalhistas, Mozar Victor Russomano (1997, p.85) afirma que

Por mais lentamente que caminhe nesse terreno, o legislador brasileiro não poderia furtar-se por muito tempo a um melhor entrosamento do doméstico no sistema da Previdência Social e à indispensável complementação dessa obra através da promulgação de leis que lhes assegurassem direitos fundamentais universalmente reconhecidos aos trabalhadores modernos.

Na mesma direção tem-se o depoimento de Otacílio P. Silva (1997, p.386):

Parece evidente a tendência no sentido de eliminação, embora paulatina, da diferença de tratamento dos domésticos em face dos trabalhadores subordinados em geral. O balizamento pelo elemento *não-lucratividade* é frágil em face de outros fatores humanos e sociais.

Estaríamos, assim, na área específica do Direito do Trabalho, diante do “poder expansivo das normas sociais” (RUSSOMANO, 1997, p. 85). Nesse sentido, evidencia-se novo avanço inclusivo a partir de março de 2000: por meio de rara norma dispositiva presente no Direito do Trabalho, foi permitida a inserção do empregado doméstico no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, desde que o empregador assim optasse, não sendo obrigatório, portanto, tal preceito, mas

facultativo. Dessa maneira, uma vez inserido no FGTS, ocorreu sua consequente inclusão no sistema protetivo do seguro-desemprego, em situação de dispensa injusta. Aqui, contudo, nova restrição é verificada, seja em relação ao valor (salário mínimo), seja quanto à quantidade de parcelas (limitada a três) (DELGADO, 2013, p. 381).

Com a Lei nº 11.234/2006 amplia-se mais uma vez o leque de direitos trabalhistas da classe doméstica: é garantido o descanso remunerado em feriados; o período de férias passa de 20 para 30 dias e estende-se a garantia de emprego da gestante à categoria (desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto).

3 – A Proposta de Emenda à Constituição 66/2012 (PEC das Domésticas) que se converteria na Emenda Constitucional 72/2013

Todavia, apesar do lento e paulatino processo de inclusão social, que teve seu ápice com a Carta Magna de 1988, e do encurtamento da distância entre o empregado doméstico e os demais, em termos de reconhecimento de direitos trabalhistas, havia ainda uma assimetria evidente com muitos vazios legislativos e questões insatisfatoriamente tratadas. Basta que se consigne por exemplo a inexistência até então de jornada de trabalho para essa categoria e de hora extra ou a não obrigatoriedade do recolhimento do FGTS.

A discussão relativa a essa disparidade de tratamento legal, que resultava em um déficit de direitos, em uma proteção trabalhista mais tênue ou menos ampla em relação aos demais trabalhadores, considerou muitas vezes a própria natureza do trabalho doméstico como justificativa para tal situação desigual. Afinal, pondera-se, como poderá o empregador doméstico, pessoa física, controlar satisfatoriamente a jornada de trabalho de seu empregado? Como acompanhará o intervalo intra e interjornada uma vez longe de sua residência?

Outro forte argumento é o confronto que haveria entre a necessária inspeção das condições de trabalho na residência em que o trabalho doméstico seria prestado e o preceito constitucional da inviolabilidade do domicílio. Já Mozart

Victor Russomano (1997, p.83) considera a desorganização sindical, o baixo nível de instrução e a precária qualificação profissional dos empregados domésticos como fundamentais, além do fato deles comporem o grupo dos menos favorecidos ao lado de menores, mulheres operárias e inválidos readaptados para outras funções, não sendo uma coletividade organizada e poderosa, incapazes de exercer pressão e levantar seu clamor para que sejam ouvidos pelo legislador.

Os mesmos aspectos são salientados pelo eminente jurista Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena (1975, p. 287), para quem a exclusão doméstica “atende a postulados de política jurídica”, sendo fundamentais para se compreender tal questão “a natureza das relações mantidas na casa familiar, o atomismo da figura do prestador ou da prestadora, cujo trabalho jamais se executa em grupo e a rarefação dessa categoria de prestadores como classe reivindicatória”.

Por outro lado, ainda dentro do esforço doutrinário de compreensão da situação de marginalização dos empregados domésticos em relação aos demais trabalhadores brasileiros, o autor Otacílio P. Silva (1997, p. 386) traz à tona a questão do conflito de interesses que permearia a atuação do legislador pátrio. Assim, como muitos dos legisladores seriam empregadores domésticos não seria do seu interesse a extensão à categoria doméstica dos direitos trabalhistas amplamente reconhecidos aos demais trabalhadores. Além disso, seria conveniente dificultar ao máximo a possibilidade de configuração do vínculo de emprego doméstico, o que se daria com a inserção do elemento continuidade, em substituição à não eventualidade, por exemplo. Assim, segundo o autor, “se, por um lado, no Brasil, a legislação obreira, nas últimas décadas, tem andado à frente dos nossos costumes e exigências sociais, no que se refere aos domésticos, as imposições de mercado é que têm tomado a dianteira”.

Assim, quando dos debates legislativos e doutrinários em torno da proposta de emenda constitucional nº 66/2012 (PEC das Domésticas), objetivando alterar a redação do parágrafo único do artigo 7º da Constituição Federal de 1988 para efetivar igualdade de direitos trabalhistas para os empregados domésticos, muitos desses argumentos vieram à tona novamente, acompanhados, como se verá, de muitos outros.

Dessa maneira, questionava-se como se daria o controle da jornada do

doméstico, com as suas implicações em eventuais horas extras e adicional noturno, em razão da própria natureza dessa prestação trabalhista. O empregador, em grande parte do tempo ausente de sua residência, estaria inapto a exercer tal controle. Além disso, difícil questão seria a dos trabalhadores domésticos que dormem na residência em que laboram: as horas de repouso seriam consideradas de sobreaviso? Como se daria o respeito ao intervalo interjornada em tais casos? Outra questão problemática seria a do intervalo intrajornada. Novamente, o empregador, ausente do local em que o trabalho estaria sendo prestado, estaria impossibilitado de exercer tal controle.

Ademais, com o reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho, haveria uma multiplicação dos sindicatos patronais, o que somado à contribuição sindical obrigatória oneraria ainda mais o empregador doméstico. A simplicidade das relações domésticas, constituída por um empregador pessoa física, reclamaria ainda a necessidade de simplificação da tributação e recolhimento de encargos.

Tudo isso concorreria, ainda no campo das previsões mais catastróficas e questionáveis, para um inevitável aumento da informalidade e do desemprego devido ao insuportável aumento do custo em se manter um empregado doméstico.

Há ainda os que defendem que com o advento da emenda constitucional 72/2013 (antiga PEC das Domésticas) haveria na realidade uma situação de fato onde os empregados domésticos estariam agora em um patamar superior aos demais trabalhadores, gozando de privilégios e garantias não estendidos aos empregados comuns, uma vez que há por exemplo exceção em relação à impenhorabilidade do bem de família em relação aos créditos trabalhistas oriundos da relação de emprego doméstico e respectivas contribuições previdenciárias.

Evidenciou-se, assim, a necessidade de regulamentação da emenda constitucional 72/2013 para que se respondesse de maneira apropriada a todas essas indagações e se possibilitasse o efetivo exercício de alguns dos novos direitos conquistados pelos trabalhadores domésticos.

Dessa forma, a regulamentação revelou-se indispensável em relação a alguns direitos estendidos aos domésticos não só com o intuito de conferir segurança jurídica às relações entre empregados e empregadores domésticos, mas

como forma de garantir o exercício de fato de alguns dos direitos assegurados, que se tornariam letra morta sem a devida regulamentação. A efetiva abolição do tratamento segregacionista dispensado aos domésticos dependia de regulamentação.

Com efeito, com a promulgação da emenda constitucional 72/2013, apesar de sua incidência imediata às relações de emprego domésticas, verificou-se, ao lado de direitos assegurados imediatamente aos trabalhadores domésticos, a necessidade de regulamentação de outros direitos para seu efetivo exercício. E foi justamente em relação a estes últimos que surgiram as maiores controvérsias, no sentido de como se daria a sua regulamentação.

Dessa maneira, foram assegurados imediatamente aos empregados domésticos, a proteção do salário, na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; 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; remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal; redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança e o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

Portanto, tais direitos trabalhistas acima anunciados, por serem direitos fundamentais devem ser analisados sob a ótica constitucional do art. 5º, §1º da Carta Magna de 1988, que estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

4 – O projeto de lei complementar do Senado Federal regulamentador da emenda constitucional 72/2013

Por outro lado, restou clara a necessidade de regulamentação em relação a alguns novos direitos assegurados pela emenda constitucional analisada, para os quais não havia regulamentação ou cuja regulamentação existente não se adaptaria às condições peculiares do trabalho doméstico. Era a situação da indenização compensatória em caso de despedida arbitrária ou sem justa causa; do seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário; do fundo de garantia do tempo

de serviço; da remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; do salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei; da assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas e do seguro contra acidentes de trabalho.

Nos debates seguintes em torno de como se daria a regulamentação da emenda constitucional 72/2013 ficou patente a preocupação central: a questão da desoneração do empregador doméstico. De qualquer ponto que se parta a análise, quer seja da cobertura da mídia especializada, das opiniões manifestadas pelos especialistas em Direito do Trabalho e pelos congressistas envolvidos na regulamentação da matéria, ou mesmo da percepção geral da população brasileira sobre o tema, principalmente a classe média, o ponto fundamental e mais lembrado é a diminuição dos custos que tal extensão de direitos irremediavelmente acarretaria.

Assim, a promoção da efetiva isonomia, no que tange aos direitos trabalhistas, em relação aos empregados domésticos e os demais trabalhadores, com fundamento nos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, fica de certa forma relegada a um segundo plano, uma vez que a questão tratada com mais relevância e que atrai a atenção do legislador pátrio é a mitigação dos novos gastos, que inevitavelmente acompanham a extensão dos novos direitos, que o empregador doméstico deverá arcar.

Assim é que na justificção do projeto de lei complementar do Senado Federal, que dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico e regulamenta a emenda constitucional 72/2013, o relator, Senador Romero Jucá do PMDB-RR sublinha tal problema fundamental apontado, que se sobreleva da discussão da regulamentação:

Tivemos o cuidado de observar, ainda, as condições especiais do trabalho doméstico e do empregador doméstico, que não podem ser, simplesmente, igualados ao trabalho e ao empregador comum, sob pena de gerarmos situação de iniquidade, que represente grande carga ao empregador e que, em última instância, terminaria por se refletir na própria categoria dos domésticos, na forma de mais desemprego e de maiores índices de informalidade do trabalho (BRASIL, Projeto de Lei Complementar do Senado Federal, 2013).

Em outro ponto do mesmo projeto de lei, ao tratar da contribuição do

empregador para o INSS, fica clara a preocupação fundamental do relator em relação aos gastos patronais e o caráter secundário dos direitos trabalhistas conquistados pelos empregados domésticos:

Coerentemente, a proposta oferece melhores condições de quitação a quem puder fazê-lo de uma só vez, mas também institui possibilidade de parcelamento bastante atraente para os empregadores que não dispuserem de recursos para a quitação em parcela única. A medida, além de beneficiar os empregadores no momento em que as suas despesas de contratação se elevam, resultará em benefícios para os empregados e também para a Previdência Social, já que, dadas as ótimas condições oferecidas, a recuperação de arrecadação é praticamente garantida (BRASIL, Projeto de Lei Complementar do Senado Federal, 2013).

Cabe assim questionar se efetivamente está sendo eliminada a diferenciação de tratamento legal imposto aos empregados domésticos relativamente aos demais trabalhadores e no que tange aos direitos trabalhistas. Cabe indagar até que ponto a regulamentação da emenda constitucional 72/2013 em curso garante uma proteção trabalhista isonômica ao empregado doméstico. A evolução histórica analisada do tratamento jurídico dispensado à categoria doméstica autoriza um olhar de desconfiança para o projeto de lei, no sentido da real abolição da segregação que a separa das demais categorias de trabalhadores brasileiros.

Contudo, como se verá o projeto de lei efetivamente coloca o empregado doméstico no mesmo patamar dos demais empregados, estabelecendo disciplina trabalhista que sepulta o tratamento diferenciado existente até então, não deixando de considerar as apontadas peculiaridades intrínsecas à relação de emprego doméstica.

Cabe ressaltar, que o referido projeto de lei complementar do Senado Federal além de dispor sobre o contrato de trabalho doméstico e regulamentar a emenda constitucional 72/2013, regulamenta a indenização compensatória por rescisão contratual do emprego doméstico e institui o regime unificado de pagamento de contribuições e encargos do empregador doméstico – Simples Doméstico e o Programa de Recuperação Previdenciária dos Empregadores Domésticos – REDOM.

Primeiramente, logo em seu artigo 1º, o diploma legal traz a definição de

empregado doméstico, como “aquele que presta serviços de forma contínua, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas por mais de dois dias por semana”.

Não há novidade em tal conceituação, com exceção da parte final do dispositivo: “por mais de dois dias por semana”. Não se trata evidentemente de um novo pressuposto para a configuração da relação de emprego doméstico, mas sim de explicitação pelo projeto de lei do que seria o elemento continuidade.

Dessa maneira, ao promover explicitamente interpretação do pressuposto continuidade, tal novidade reveste-se de significativa relevância, uma vez que sepulta controvérsia jurisprudencial no sentido da definição da quantidade de dias laborados em uma semana necessários para o atendimento do pressuposto da continuidade e para a configuração do vínculo empregatício doméstico.

Com efeito, a questão nunca foi pacífica nos tribunais brasileiros, apesar de grande parte da jurisprudência nacional ter se inclinado no sentido de interpretar o atendimento ao elemento fático-jurídico da continuidade, requisito para a configuração do vínculo de emprego doméstico, apenas quando o serviço fosse prestado todos os dias da semana, excepcionando-se o repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos. Entretanto, também houve entendimento jurisprudencial no sentido do reconhecimento do vínculo empregatício ao serviço prestado ao menos três vezes na semana, atendidos os demais requisitos da relação de emprego doméstica.

Nesse sentido, traz-se para cotejo alguns julgados do Tribunal Superior do Trabalho que evidenciam o dissenso.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. VÍNCULO DE EMPREGO. EMPREGADA DOMÉSTICA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TRÊS VEZES POR SEMANA. Demonstrada a divergência jurisprudencial, há de ser dado provimento ao Agravo de Instrumento para determinar o processamento do Recurso de Revista. Agravo de Instrumento provido. RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. EMPREGADA DOMÉSTICA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TRÊS VEZES POR SEMANA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. Empregado doméstico é 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. **Evidenciando-se o labor por somente três vezes por semana, configura-se o**

caráter descontínuo da prestação de trabalho, fora, portanto, do pressuposto específico da Lei n.º 5859/72. Recurso de Revista conhecido e provido. (RR - 137800-73.2007.5.05.0030 , Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 10/04/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: 24/05/2013). (grifos acrescidos).

(...)2. DIARISTA. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE EMPREGO DOMÉSTICO. AUSÊNCIA DE CONTINUIDADE. Para a caracterização do empregado, regido pela CLT, exige-se a prestação de serviços -de natureza não eventual- (CLT, art. 3º): embora o trabalhador venha a não laborar por todos os dias da semana, sua condição não estará desnaturada quando as atividades de seu empregador admitirem tal comportamento e assim se houver pactuado. **Já a Lei nº 5.859/72 exige que o empregado doméstico preste serviços de -natureza contínua-, no âmbito residencial da família, o que equivale a, em princípio, trabalho em todos os dias da semana, com ressalva do descanso semanal remunerado (Constituição Federal, art. 7º, inciso XV e parágrafo único).** Não se pode menosprezar a diferença do tratamento dado pelo legislador a cada qual. São situações distintas, em que os serviços do trabalhador doméstico corresponderão às necessidades permanentes da família e do bom funcionamento da residência. As atividades desenvolvidas em alguns dias da semana, com vinculação a outras residências, apontam para a definição do trabalhador autônomo, identificado como diarista. Os autos não revelam a intenção das partes de celebrar contrato de trabalho doméstico, para prestação de serviços de forma descontínua, o que, embora possível, não se pode presumir, diante da expressa dicção legal e da interpretação que se lhe deve dar. O aplicador do direito não pode, sem respaldo na Lei, transfigurar relacionamento jurídico eleito pelas partes, dando-lhe, quando já produzidos todos os efeitos esperados, diversa roupagem. Haveria, aí, o risco inaceitável de se provocar instabilidade social e jurídica. Recurso de revista conhecido e provido. (RR - 344-46.2011.5.03.0079 , Redator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 19/09/2012, 3ª Turma, Data de Publicação: 09/11/2012). (grifos acrescidos).

(...)EMPREGADO DOMÉSTICO. VÍNCULO DE EMPREGO. O Tribunal Regional consignou que o comparecimento da Reclamante ao trabalho na casa do Reclamado não era diária, porque a Autora prestava serviços de acordo com a escala 12x36 (12 horas de trabalho seguidas de 36 horas de descanso). Todavia, por entender que o trabalho era contínuo e não eventual, a Corte de origem decidiu manter a declaração de vínculo empregatício entre as partes. **No recurso de revista, o Reclamado nega a existência de vínculo empregatício entre as partes, porque a Reclamante laborava em apenas 3 dias da semana (escalas de 12x36), o que, no seu entender, não configura labor contínuo. Não há ofensa direta à literalidade do art. 1º da Lei nº 5.859/1972, porque esse dispositivo não define a quantidade de dias necessária para a configuração da relação empregatícia doméstica. Ademais, a escala 12x36 representa forma de compensação de jornada que**

atende à conveniência do serviço e que não afasta, por si só, o caráter contínuo do trabalho. (...) (RR - 9900-88.2008.5.01.0061 , Relator Ministro: Fernando Eizo Ono, Data de Julgamento: 08/05/2013, 4ª Turma, Data de Publicação: 17/05/2013). (grifos acrescidos).

RECURSO DE REVISTA. DOMÉSTICO. VÍNCULO DE EMPREGO. CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CARACTERIZAÇÃO. O empregado doméstico é aquele que presta serviços de natureza contínua sem finalidade lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial, nos termos do que dispõe o artigo 1º da Lei nº 5.859/72. **No caso, incontroverso que a prestação de serviços pela reclamante se deu por quase doze anos, três vezes por semana, às segundas, quartas e sextas-feiras, mediante o recebimento de salário mensal, o que denota a continuidade na prestação de serviços, de modo a reconhecer o vínculo de emprego entre as partes.** Recurso de Revista conhecido e provido. (RR – 250040-44.2004.5.02.0078, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 26/05/2010, 6ª Turma, Data de Publicação: 11/06/2010). (grifos acrescidos).

Portanto, nesse caso, tendo-se em vista o projeto de lei regulamentador da emenda constitucional 72/2013, verifica-se desejável avanço em relação às conquistas de direitos trabalhistas por parte dos empregados domésticos. Isso ocorre pelo fato de o legislador nacional ter adotado entendimento que era até então o mais benéfico ao trabalhador doméstico, ao facilitar o reconhecimento do vínculo de emprego doméstico, além de se pacificar matéria que revelava profunda divergência interpretativa, a exemplo da jurisprudência trazida ao debate.

O referido projeto de lei que dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico traz ainda vedação expressa à contratação de menor de 18 anos para a realização de trabalho doméstico, o que inexistia na legislação anterior.

Quanto à jornada de trabalho, são instituídas três possibilidades. Além da tradicional jornada constitucional de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, é autorizada a adoção do compensador e flexibilizador sistema do banco de horas, que só poderá ser implantado por meio de acordo escrito entre empregado e empregador, quando inexistir acordo ou convenção coletiva de trabalho e “se o excesso de horas de um dia for compensado em outro dia, de maneira que não se exceda, no período máximo de um ano, a soma das jornadas semanais de trabalho previstas”.

Tem-se aqui a promoção de uma flexibilização dupla por parte do projeto de lei. Ao mesmo tempo em que se permite a utilização de mecanismo flexibilizador da jornada de trabalho, qual seja o banco de horas, não se repete a exigência celetista da implantação por meio de instrumento coletivo de trabalho, bastando apenas “acordo escrito entre empregado e empregador”, o que se justifica em parte em razão da inexpressiva representatividade sindical da categoria do empregado doméstico.

A terceira jornada de trabalho possível é a que estabelece doze horas seguidas de trabalho por trinta e seis horas de descanso. De certa forma, atende à conveniência do serviço prestado, devendo ser implementada mediante acordo escrito e com respeito aos intervalos para repouso e alimentação.

Além disso, a remuneração do serviço extraordinário atende o mínimo estabelecido constitucionalmente, ou seja, é 50% superior à do normal, seguindo, portanto, aquilo que determina a CLT.

Por seu turno, o trabalho noturno também é disciplinado nos mesmos moldes do texto consolidado, ou seja, a remuneração do trabalho diurno terá um acréscimo de pelo menos 20% sobre a hora diurna. Além disso, considera-se trabalho noturno, dentro dos moldes celetistas, como aquele executado entre as 22 horas de um dia e as 5 horas do dia seguinte. A única exceção quanto à disciplina do trabalho noturno reside na duração da hora, que no projeto de lei tem duração de 60 minutos, contrariando, portanto, o texto celetista que estabelece duração de 52 minutos e 30 segundos.

Tal distinção de duração da hora noturna é evidente ofensa ao princípio constitucional da igualdade, não se justificando sob qualquer ângulo que se observe a questão. A única interpretação que se faz possível é a de ocorrência de claro erro material legislativo a ser afastado durante o processo legislativo.

Além disso, o intervalo interjornada do empregado doméstico é estabelecido em 10 horas, sofrendo redução na comparação com o padrão celetista, de 11 horas.

Quanto ao intervalo intrajornada, o tempo mínimo celetista de uma hora é respeitado, admitindo-se a redução a trinta minutos, desde que haja prévio acordo e compensação por redução correspondente da jornada ao seu término, no mesmo

dia.

Contudo, para os trabalhadores que residem no local de trabalho, de acordo com o projeto de lei, “o período de intervalo poderá ser desmembrado em dois períodos, desde que cada um deles tenha, no mínimo uma hora, até o limite de quatro horas por dia”.

O seguro-desemprego segue a mesma regra da legislação anterior, que, no entanto, estabelecia restrição em relação ao empregado doméstico, seja em relação ao valor (salário mínimo), seja quanto à quantidade de parcelas (limitada a três) (DELGADO, 2013, p. 381).

Por outro lado, estabelece-se a obrigatoriedade por parte do empregador doméstico do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que até então é facultativo. O projeto fixou em 11,2% a alíquota do FGTS dos empregados domésticos, dos quais 3,2% serão destinados a uma conta específica a ser utilizada em caso de dispensa sem justa causa. Trata-se de artifício do legislador para fragmentar a indenização de 40% do FGTS, devida em tais hipóteses aos empregados celetistas, levando-se em conta a natureza peculiar do empregador doméstico, que não possui *status* de empresa.

Finalmente, com o objetivo de desonerar o empregador doméstico, o projeto reduziu a alíquota dos patrões para o INSS dos empregados domésticos de 12% para 8%.

5 – Considerações Finais

Evidencia-se, assim, o surgimento de determinados mecanismos flexibilizadores no projeto de lei ora analisado, que, no entanto, não desvirtuam o caráter revolucionário da emenda constitucional 72/2013 e de seu projeto de lei regulamentador. Tem-se, assim, nova extensão de direitos e garantias trabalhistas à categoria do empregado doméstico só comparável, talvez, com a que ocorreu quando do advento da Constituição de 1988.

Dessa forma, parecem estar superados os argumentos que defendiam um

tratamento desigual ao empregado doméstico pela própria natureza do serviço prestado e da relação empregatícia doméstica, onde tem-se um empregador sem *status* de empresa, inapto, em muitos casos a acompanhar e fiscalizar a prestação laboral.

Portanto, a emenda constitucional 72/2013, bem como o projeto de lei que a regulamenta, promoveram de fato a remoção das barreiras que separavam o trabalhador doméstico dos demais.

A longa marcha do trabalhador doméstico em busca de tratamento jurídico igualitário, no que diz respeito aos direitos e garantias trabalhistas parece ter chegado ao fim, o que é claro não impede o surgimento de novas pautas emancipatórias e a expansão destas conquistas.

O fato é que o empregado doméstico possui hoje os mesmos direitos de um empregado comum protegido pela CLT. O longo caminho percorrido pelo empregado doméstico em busca de isonomia, desde a disciplina do seu trabalho como locação de serviço pelo Código Civil de 1916, passando pela exclusão expressa dos preceitos da CLT, pelo significativo aumento do rol de direitos trabalhistas com o advento da Carta Magna de 1988, chegou a seu novo ápice, qual seja, a promulgação da emenda constitucional 72/2013 e a edição de seu projeto de lei regulamentador.

Assim, os referidos instrumentos flexibilizadores, como a possibilidade de implementação de banco de horas mediante acordo escrito entre empregado e empregador ou a possibilidade de redução do intervalo intrajornada, desde que haja prévio acordo e compensação por redução correspondente da jornada ao seu término, no mesmo dia, ficam de certa forma relegados a segundo plano, seja porque têm importância apenas relativa, seja porque são mecanismos presentes em maior ou menor grau em outras categorias de trabalhadores.

É necessário salientar, contudo, que a inexistente, ou significativamente débil, representação sindical dos empregados domésticos é fenômeno alarmante que poderá abrir espaço a adoção de expedientes flexibilizadores das conquistas trabalhistas alcançadas.

Com efeito, tal ausência de representatividade sindical já influenciou o surgimento de determinados instrumentos flexibilizadores da jornada de trabalho,

conforme ressaltado anteriormente. Assim, no projeto de lei regulamentador da emenda constitucional 72/2013 vem consignado, por exemplo, a possibilidade de implementação do banco de horas mediante acordo escrito entre empregado e empregador doméstico, o que só é possível em uma relação celetista por instrumento coletivo de trabalho.

Por outro lado, o projeto de lei também contemplou demandas dos empregadores domésticos a possibilitar uma crescente formalização do trabalho doméstico, que padece de níveis alarmantes de informalidade.

Nesse sentido, estão previstas três possibilidades de jornada de trabalho doméstico e o intervalo intrajornada possui significativa maleabilidade, contribuindo para a adequação às conveniências do serviço prestado.

Além disso, foram estabelecidos variados expedientes desoneradores: como a redução da alíquota de INSS de 12% para 8%; a fragmentação da pesada multa indenizatória por dispensa sem justa causa e a instituição do regime unificado de pagamento de contribuições e encargos do empregador doméstico – Simples Doméstico e do Programa de Recuperação Previdenciária dos Empregadores Domésticos – REDOM.

Portanto, pode-se afirmar que a emenda constitucional 72/2013 tornou-se de fato efetiva com o seu projeto de lei regulamentador, com ambos atendendo, nas palavras do relator do projeto, o Senador Romero Jucá, o

Desejo que a sociedade brasileira – por meio do Congresso Nacional – manifestou: o desejo de reconhecer a essa categoria a importância de seu trabalho, de incorporá-la ao conjunto dos trabalhadores brasileiros, extinguindo a simbólica segregação que até então a separava dos demais trabalhadores. (BRASIL, Projeto de Lei Complementar do Senado Federal, 2013).

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências** – 4. ed. - São Paulo: Ltr, 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho** – São Paulo: Ltr, 2005.

BARROS, Alice Monteiro de (coord.). **Curso de Direito do Trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá** – 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Ltr, 1997.

BRASIL, **Projeto de Lei Complementar do Senado Federal**, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho** – 12. ed. - São Paulo: Ltr, 2013.

MARANHÃO, Délio e CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. **Direito do trabalho** – 17. ed. - Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1993.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho** – 26. ed. rev. e atual. - São Paulo: Ltr, 2000.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho** – 6. ed. - Curitiba: Juruá, 1997.

SILVA, Otacílio P. **Empregados Domésticos** in BARROS, Alice Monteiro de (coord.). **Curso de Direito do Trabalho: estudos em memória de Célio Goyatá** – 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Ltr, 1997.

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