

Dos direitos sociais implantados pela Emenda Constitucional nº 72: O começo do fim do trabalho doméstico *

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson

Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Ex-professor do curso de Direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário FACEX. Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado à linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Professor de Direito Efetivo do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus João Câmara. E-mail: rocco.nelson@ifrn.edu.br.

Resumo: A constituição dos direitos fundamentais dá-se através de um processo dialético-histórico. Tal afirmação fica evidenciada de forma palmar quando se trata de direitos sociais, onde inúmeros direitos e garantias trabalhistas são frutos de movimentos sociais, greves, reivindicações, do processo de organização dos trabalhadores em sindicatos. Não se ouvida dos diversos casos em que a vida fora dada em prol de um direito, hoje, dito como básico/fundamental. E nessa busca dos direitos sociais, contínua e irrenunciável, que fora publicada a Emenda Constitucional nº 72 em prol de equiparar o trabalho doméstico, marginalizado à categoria de um subtrabalho, tanto na esfera jurídica como cultural, aos mesmos direitos do empregado. A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, usando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, tem por linha de fundo analisar as repercussões normativas e sociais que a emenda constitucional supra pode vir a repercutir na dinâmica laboral do trabalhador doméstico.

Palavras-chave: Emenda Constitucional nº 72. Direitos sociais. Empregado doméstico.

Sumário: **1** Das considerações iniciais – **2** Do trabalhador doméstico segundo a disposição da Lei nº 5.859 de 1972 – **3** Dos direitos sociais fundamentais do trabalhador doméstico: o antes e o depois da EC nº 72 – **4** Alguns problemas decorrentes da EC nº 72: O fim dos trabalhadores domésticos e a constituição de uma “massa de diaristas” – **5** Considerações finais – Referências

1 Das considerações iniciais

Não se têm dúvidas de que se está diante de um tema fervoroso, hoje, na seara trabalhista: o conteúdo da Emenda Constitucional nº 72 de 2010, o qual tramitou na Câmara dos Deputados como PEC nº 478/2010 e no Senado como PEC nº 66/2012, recebendo a alcunha de “PEC das domésticas”.

* Artigo de investigação elaborado de estudo desenvolvido na linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, Brasil.

É uma matéria da moda, a qual tem sido examinada não só por estudiosos do Direito, mas tem tido um acompanhamento e discussões por parte da sociedade de forma geral.

Adianta-se que tal dispositivo constitucional, acrescido pelo constituinte derivado, irá gerar um grave problema social no âmbito doméstico da família brasileira, bem como numa categoria de trabalhadores, a qual, provavelmente, está fadada a sua desconstituição.

Trata-se de uma pesquisa monográfica, que faz uso de uma metodologia de análise qualitativa, utilizando os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, e busca fazer uma análise do paradoxo trazido pela EC nº 72 de 2013, vindo para tanto socorrer-se de técnica de pesquisa bibliográfica.

1.1 Alguns pontos importantes

Com o fim de evitar um possível desvirtuamento, ou interpretação equivocada do presente artigo, o qual poderia gerar apedrejamentos, alaridos, deve-se advertir que se pactua com o granjear de direitos e garantias fundamentais a todos os trabalhadores, de forma indistinta, e não se desconsidera o fato de a legislação trabalhista, por décadas, tratar o trabalhador doméstico de forma marginalizada.

A valorização e o respeito ao trabalhador, num sistema capitalista, trata-se de verdadeiro processo de humanização, galgando os standards dos direitos sociais, os quais, frutos de um processo histórico, não se admitem flexibilizações ou supressões.

E é nesse olhar de sempre singrar a constituição de novos direitos fundamentais e a sua implementação e eficácia, que se constata o paradoxo sistêmico que causa a EC nº 72/13.

A Emenda Constitucional, alhures, com o fim de retirar os trabalhadores domésticos de uma marginalização, a qual o ordenamento jurídico brasileiro lhes submetia, buscou dar-lhes a dignidade, ainda que tardia, que essa forma de trabalho merece, espelhando-se na realidade do direito comparado.

1.2 O paradoxo

No afã de produzir uma norma jurídica constitucional, antes do dia 1º de maio de 2013 (feriado nacional em comemoração ao dia do trabalhador), quando se percebe o caráter mais político e eleitoral, as casas legislativas federais ignoraram, ou não discutiram com a importância devida, as severas repercussões dessas novas normativas.

O paradoxo dá-se no momento em que a EC nº 72/13 busca resgatar a dignidade do trabalhador doméstico de forma a equipará-lo ao trabalhador empregado, provavelmente, ao ser inserido na dinâmica do sistema normativo brasileiro,

mas gera efeitos diametralmente opostos, deste modo, comprometendo o existir da própria categoria.

Esse efeito contrário, não desejado, se dá pelo fato de aumentar substancialmente o custo da manutenção do trabalhador doméstico no orçamento da família brasileira.

Esse custo torna-se algo tão desproporcional para a minguada renda familiar, que se pode, assim, vislumbrar alguns efeitos: uma demissão em massa dos trabalhadores domésticos; a sua conversão em diaristas (trabalhadores autônomos) e, conseqüentemente, a redução significativa da categoria do trabalhador doméstico, comprometendo a sua existência.

Acontecendo esses fatos, os efeitos da tão festejada EC nº 72/13 estreitam-se, colocando os desprestigiados trabalhadores domésticos em situação mais penosa no momento em que passam a tornar-se diaristas.

É sabido que essas afirmações podem sofrer críticas de serem exageradas, levianas. A partir do raciocínio esposado, a seguir, espera-se que compreenda-se a preocupação que se tem com o tema, em decorrência da aplicação dessas novas normas.

Espera-se, sinceramente, que essa visão “apocalíptica” no que se refere ao trabalhador doméstico seja um completo devaneio, não vindo em momento algum a se concretizar, ocorrendo, de fato, um processo de dignificação e humanização dessa categoria com a concretização desse novo plexo mínimo existencial de direitos.

2 Do trabalhador doméstico segundo a disposição da Lei nº 5.859 de 1972

O empregado doméstico, como dispõe o art. 1º da Lei nº 5.859 de 1972, seria aquele que presta um serviço de forma não intermitente no âmbito familiar, sem finalidade lucrativa por parte dos empregadores.²

Do conceito de empregado doméstico emergem os seguintes pressupostos: a) o trabalho é realizado por pessoa física; b) em caráter contínuo; c) no âmbito residencial de uma pessoa ou família, pouco importando tratar-se de residência consular, pois a unidade de jurisdi-

² Art. 1º Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas, aplica-se o disposto nesta lei. “Artigo 1º: (a) o termo “trabalho doméstico” designa o trabalho executado em ou para um domicílio ou domicílios; (b) o termo “trabalhadores domésticos” designa toda pessoa, do sexo feminino ou masculino, que realiza um trabalho doméstico no marco de uma relação de trabalho; (c) uma pessoa que executa o trabalho doméstico apenas ocasionalmente ou esporadicamente, sem que este trabalho seja uma ocupação profissional, não é considerada trabalhador doméstico” (Cf. Convenção nº 189 da OIT).

ção de que gozam os cônsules restringe-se aos atos de ofício; d) sem destinação lucrativa.³

Tecnicamente, empregado doméstico é a pessoa física que presta, com pessoalidade, onerosidade e subordinação, serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, em função do âmbito residencial destas.⁴

Está-se a falar do cozinheiro, da babá, mordomo, governanta, dentre outros.

Perceba que o espectro de atuação do trabalhador doméstico refere-se a um trabalho destinado para a família, de tal maneira, abarca as atividades, não só internas de uma residência, mas externas, desde que em prol daquele seio familiar.

A expressão utilizada pela Lei nº 5.859/72 designa, na verdade, todo ambiente que esteja vinculado à vida pessoal do indivíduo ou da família, onde não se produza valor de troca, mas essencialmente atividade de consumo. Desse modo, a expressão deve ser apreendida no seguinte sentido: com respeito ao âmbito residencial destas ou para o âmbito residencial destas, ou, ainda, em função do âmbito residencial da pessoa ou família.⁵

Seria o caso do motorista, do jardineiro, do vigia, do piloto particular, caseiros e zeladores de sítios e chácaras (sem exploração lucrativa), marinho particular, etc.

Fique claro que o bojo do trabalho doméstico diz respeito a um trabalho em prol da família, no qual não haja exploração com fim lucrativo desse trabalho. De tal sorte, torna-se indiferente se o trabalho prestado pelo doméstico é intelectual, especializado ou manual.⁶

3 Dos direitos sociais fundamentais do trabalhador doméstico: o antes e o depois da EC nº 72

Dos 34 incisos esculpido no art. 7º da Constituição Federal, apenas 9 eram destinados aos trabalhadores domésticos. Após a Emenda Constitucional nº 72, 16 novos direitos fundamentais sociais foram acrescentados ao trabalhador doméstico.

Antes da EC nº 72/13 os trabalhadores domésticos detinham os seguintes direitos:

³ BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 268. Cf. BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 173. Cf. CIZEWSKI, Ana Cláudia Vieira de Oliveira. Doméstico. In: SANTOS, Jackson Passos; MELLO, Simone Barbosa de Martins (Orgs.). *Contratos especiais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 116.

⁴ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 365.

⁵ DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 373.

⁶ Cf. CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 699.

Art. 7º ...

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

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

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

XV – repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

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

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

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

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

XXIV – aposentadoria;

Com o advento da nova alteração constitucional, apensaram a esse rol os seguintes direitos:

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

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

III – fundo de garantia do tempo de serviço;

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

IX – remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

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

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

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

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

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

XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

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

XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

XXVII – proteção em face da automação, na forma da lei;

XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

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

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

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

Em suma, houve equiparação do trabalhador doméstico ao trabalhador empregado. Coteja-se um hibridismo que compõe o que se poderia designar de trabalhador doméstico-empregado, pois se consubstanciaria em um trabalhador que presta serviço para um empregador que não visa lucro, no caso a família, entretanto, com todos os direitos que garantem o trabalhador empregado da CLT.⁷

Além dos básicos direitos ao salário mínimo, 13º salário e 1/3 de férias, o trabalhador doméstico passa a gozar de direito a uma jornada de trabalho de 8 horas diárias e 44 horas semanais, na qual a hora excedida deve ser remunerada como hora extra, em caso de trabalho à noite fará jus ao adicional noturno, passando o FGTS a ser uma obrigação e não mais uma facultatividade, seguro de acidente de trabalho, bem como proteção contra a despedida sem justa causa.

Esses são alguns direitos novos, o que chama atenção por agregarem uma maior onerosidade para o empregador doméstico.

4 Alguns problemas decorrentes da EC nº 72

4.1 Da necessidade de controle da jornada de trabalho

Na medida em que a EC nº 72 garante expressamente ao trabalhador doméstico o direito à remuneração do trabalho noturno superior à do diurno, remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal, limitando a jornada de trabalho a 8 horas diárias e 44 horas semanais, torna-se fulcral a obrigação do empregador doméstico em controlar a frequência da jornada de trabalho do seu empregado.

⁷ CLT. Art. 3º Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Por mais que a CLT determine a obrigatoriedade do controle de ponto em estabelecimentos com mais de 10 funcionários,⁸ para o empregador doméstico o ponto apresenta-se como fundamental, pois como aferir quando o empregado doméstico está ou não à disposição do empregador?

E mais, como ter certeza da veracidade das informações contidas no controle de ponto de um trabalhador doméstico? Algo é certo, as formas mais “mirabolantes” de fraude em relação a esse controle da jornada do trabalhador doméstico serão executadas e inventadas.⁹

Lembremos que o chamado ponto inglês não é aceito no ordenamento brasileiro, ou seja, o controle de ponto de horários, perfeitamente preenchido, indica, provavelmente documento adulterado.¹⁰

A família brasileira terá que criar um verdadeiro departamento de recursos humanos, na residência, para poder controlar o expediente do trabalhador doméstico, com o fito de evitar ou controlar as horas extras e a questão do trabalho noturno.

Extrai-se a ilação de que muitas empresas não possuem um setor de recursos humanos ou, quando o têm, esse não raras vezes funciona assaz aquém do que deveria, imagine o que será dentro de uma residência familiar?

Essa situação, de forma geral, agrava-se quando o empregado doméstico pernoita na residência onde trabalha. Indaga-se, novamente, como aferir se o trabalhador doméstico está ou não à disposição do empregador?¹¹

Isso pode se solucionar nos casos de residências abastadas, onde há um local de descanso reservado ao empregado fora da residência. Todavia, aqui se trata de uma exceção.

⁸ Art. 74 parágrafo 2º Da CLT. “Para os estabelecimentos de mais de dez trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho, devendo haver pré-assinalação do período de repouso”.

⁹ “Não é incomum, e todos em sã consciência sabem, que, na Justiça do Trabalho, o empregado-reclamante diga, à vista de um documento com sua assinatura, que o assinou em branco, ou que foi forçado a assinar, ou que não sabe ler, ou simplesmente que a assinatura não é sua” (FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. A EC 72/2013 e o Futuro do Trabalho Doméstico. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 150, p. 11-30, mar./abr. 2013, p. 18).

¹⁰ *Súmula nº 338 do TST* - Res. 36/1994, DJ 18.11.1994 - Nova redação - Res. 121/2003, DJ 21.11.2003 - Incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 234 e 306 da SBDI-1 - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

Determinação Judicial - Registros de Horário - Ônus da Prova

I - É ônus do empregador que conta com mais de 10 (dez) empregados o registro da jornada de trabalho na forma do art. 74, §2º, da CLT. A não-apresentação injustificada dos controles de frequência gera presunção relativa de veracidade da jornada de trabalho, a qual pode ser elidida por prova em contrário. (ex-Súmula nº 338 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003)

II - A presunção de veracidade da jornada de trabalho, ainda que prevista em instrumento normativo, pode ser elidida por prova em contrário. (ex-OJ nº 234 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

III - Os cartões de ponto que demonstram horários de entrada e saída uniformes são inválidos como meio de prova, invertendo-se o ônus da prova, relativo às horas extras, que passa a ser do empregador, prevalecendo a jornada da inicial se dele não se desincumbir (ex-OJ nº 306 da SBDI-1- DJ 11.08.2003).

¹¹ Cf. FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. A EC 72/2013 e o Futuro do Trabalho Doméstico. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 150, p. 11-30, mar./abr. 2013, p. 24.

Quantos não são os empregados domésticos que dividem o mesmo cômodo da casa com um dos filhos do empregador? E, nesse momento, não estaria ele à disposição do empregador? Perceba que, nessa situação, o trabalhador não consegue desvincular-se por completo da atividade laboral, pois mesmo em seu suposto descanso está atuando como acompanhante, “babá”, daquele filho do empregador, atuando no seu interesse.

Nessa situação, a qual apresenta-se como corriqueira, principalmente, decorrente da verticalização dos imóveis, o empregador doméstico pode suscitar as horas extras, além do adicional noturno.

Quiçá, poderia avocar em um regime de prontidão,¹² por analogia ao art. 244, §3º da CLT,¹³ que o trabalhador perceberia 2/3 da hora normal. Isso, provavelmente, será matéria discutida na justiça laboral. Entretanto, não se acredita que os tribunais venham a sufragar esse entendimento, pois é uma regra especial do trabalhador ferroviário, vindo a ser uma analogia que prejudica o trabalhador doméstico.

É palmar que o custo com o empregado doméstico, na situação supra, será estratosférico.

De tal sorte, conseqüentemente, os empregadores domésticos evitaram o pernoite do trabalhador. Essa situação, não raras vezes, será extremamente desconfortante para o trabalhador, o qual na maioria das vezes tem sua residência a longas distâncias da residência onde labora. Tem-se um maior custo com transporte e com tempo.

Nesse diapasão tem-se que lembrar que o trabalhador doméstico possui filhos e que, para sustentar a casa, deixa a criança com uma “babá” informal, pois, por mais que, agora, tenha direito à assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas, esse direito social não fora implantado pelo Estado.

Essa “babá” informal é um trabalhador doméstico, assim o trabalhador doméstico que deixa seu filho em casa sob o cuidado dessa “babá” terá que angariar fundos para custear esse trabalhador doméstico.

Nesse ponto constata um efeito cascata (trabalhador doméstico contratando um outro trabalhador doméstico), gerando um sério problema social, pois deve ater-se ao fato de que 93,3% dos trabalhadores domésticos, no Brasil, são mulheres.¹⁴

¹² Cf. FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A EC 72/2013 e o Futuro do Trabalho Doméstico. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 150, p. 11-30, mar./abr. 2013, p. 24.

¹³ CLT. Art. 244, §3º Considera-se de “prontidão” o empregado que ficar nas dependências da estrada, aguardando ordens. A escala de prontidão será, no máximo, de doze horas. As horas de prontidão serão, para todos os efeitos, contadas à razão de 2/3 (dois terços) do salário-hora normal.

¹⁴ OIT. Cartilha sobre Trabalhador(a) doméstico(a): conceitos, direitos, deveres e informações sobre a relação de trabalho. Nov. 2012. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/cartilha%20trabalhadores%20domesticos_967.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2013.

4.1.1 O caso dos cuidadores de idosos e dos enfermeiros

Tem-se um problema hercúleo quando se volta os olhos para o fato de a população brasileira possuir, hoje, um considerável número de idosos, vindo a se alargar a figura dos cuidadores de idosos, profissão essa ainda não regulamentada.

Somam-se a isso os inúmeros casos de pessoas enfermas, que estão em tratamento domiciliar e necessitam dos cuidados de enfermeiros em tempo integral.

Seja os cuidadores de idosos, seja os enfermeiros, no caso de acompanhamento domiciliar, todos são enquadrados como trabalhadores domésticos.

Formar-se-ão situações desalentadoras, pois o custo da manutenção desses trabalhadores domésticos tornar-se-ão inviáveis, tendo em vista o alto custo que terá a manutenção dos encargos trabalhistas, principalmente, por causa do adicional noturno e as horas extras.

Lembraremos que são diversos casos em que o idoso ou enfermo faz uso de mais de um cuidador ou de um enfermeiro, em sistema de rodízios.

Deve-se asseverar o verdadeiro estado de consternação da situação descrita, não se colacionando uma solução para tal conjuntura.

4.1.2 A questão da fiscalização da jornada de trabalho

O professor Georgenor de Sousa Franco Filho, pontualmente, chama atenção para o fato da incompatibilidade de fiscalização da jornada de trabalho doméstico, pelas superintendências fiscais do trabalho, em decorrência da inviolabilidade do domicílio, o qual é prerrogativa constitucional do indivíduo.

Entendemos que existem dificuldades intransponíveis. A maior delas é a inviolabilidade da residência do empregador (...).

Ora, a inviolabilidade da residência de uma família é consagrada internacionalmente e, pela Constituição, é um dos direitos fundamentais mais sagrados. Existem apenas três exceções: a) autorização do proprietário do imóvel; b) Ocorrência de delito, desastre ou necessidade de prestação de socorro de emergência; c) existência de ordem judicial autorizando a entrada. Não há outras. Consequência: impossível ser efetuada uma inspeção por parte de autoridades administrativas do Ministério do trabalho e Emprego para fins de verificação do cumprimento desse preceito.¹⁵

Abusos ocorrerão em relação à jornada de trabalho do trabalhador doméstico, entretanto, o auditor fiscal do trabalho não poderá devassar a residência da família (local de trabalho) sem o seu consentimento.

Deu-se o direito, mas a sua garantia encontra-se mitigada.

¹⁵ FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A EC 72/2013 e o Futuro do Trabalho Doméstico. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 150, p. 11-30, mar./abr. 2013, p. 16-17.

4.1.2.1 Instrução Normativa nº 110 do MTE

Em 7 de agosto de 2014 é publicada a Instrução Normativa nº 110 do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), estabelecendo os procedimentos de fiscalização do cumprimento das normas relativas à proteção ao trabalho doméstico.

Nos termos da normativa supra, a fiscalização dar-se-á, preferencialmente, de forma indireta, a qual se dá por notificação por via postal, para que o empregador compareça em dia e horário designados à unidade do Ministério do Trabalho e Emprego munido basicamente de cópia da CTPS do empregado doméstico.

Pelo não comparecimento justificado os auditores fiscais do trabalho lavraram auto de infração.

A presente instrução, atenta aos mandamentos constitucionais da inviolabilidade do domicílio, observa que a fiscalização do local de trabalho do empregado doméstico dependerá expressamente do consentimento do empregador:

Art. 4º Em caso de necessidade de fiscalização do local de trabalho, o AFT, após apresentar sua Carteira de Identidade Fiscal (CIF) e em observância ao mandamento constitucional da inviolabilidade do domicílio, dependerá de consentimento expresso e escrito do empregador para ingressar na residência onde ocorra a prestação de serviços por empregado doméstico.

Parágrafo único. Considera-se empregador, para fins do consentimento previsto no *caput*, qualquer pessoa capaz, pertencente à família para a qual o empregado doméstico preste serviços, que esteja responsável pela residência onde ocorra a prestação, no momento da inspeção a ser realizada por AFT.

Em síntese a referida instrução confirma os dizeres postos no tópico anterior. Ou seja, a fiscalização quanto à obediência dos cumprimentos dos novos direitos do trabalhador doméstico fica comprometida, visto que além do auto de infração por não comparecimento, sem a apresentação da documentação solicitada a atuação dos auditores fiscais é amiúde.

4.2 O bem de família como garantia dos débitos trabalhistas dos empregados domésticos

Sem dúvida a sociedade brasileira descarta o conhecimento referente ao art. 3º da Lei nº 8.009/90, que dispõe sobre exceções à impenhorabilidade do bem de família.

A festejada lei que vem proteger o direito à moradia, primando pela dignidade da pessoa humana, determina que 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.¹⁶

Contudo, o tecido normativo infraconstitucional supra abre algumas exceções a essa proteção. De forma prefacial, o art. 3º, I, determina que a impenhorabilidade não seja oponível nos caso de 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.

Em outras palavras, o débito trabalhista e previdenciário fruto do ônus com o trabalhador doméstico pode ser garantido, em processo judicial, com o imóvel da família.¹⁷

Perlustrada essa implicação, questiona-se quantas famílias brasileiras, tendo consciência das implicações jurídicas da contratação de um trabalhador doméstico, de fato contratariam um trabalhador doméstico ou manteriam a relação trabalhista em questão? Quem contrataria sabendo que poderia pagar a conta com a sua própria casa?

4.3 O fim dos trabalhadores domésticos e a constituição de uma “massa de diaristas”

Vislumbra-se que, no momento que a família brasileira tiver a devida consciência do custo de manutenção de um trabalhador doméstico, em que o imóvel da família pode ser dado como garantia para efetivação do cumprimento do débito trabalhista do doméstico, ter-se-á a migração dessa classe de trabalhadores para trabalhadores autônomos, os chamados “diaristas”.¹⁸

A figura dos diaristas dá-se pela intermitência do trabalho, sendo pacífico nas casas da justiça que o trabalho realizado duas vezes por semana não constituiria relação laboral doméstica.¹⁹

(...)

Esta Subseção negou provimento ao Recurso de Embargos interposto pela reclamada, sob os seguintes fundamentos sintetizados na ementa:

¹⁶ Art. 1º da Lei nº 8.009/90.

¹⁷ Cf. CIZEWSKI, Ana Cláudia Vieira de Oliveira. Doméstico. In: SANTOS, Jackson Passos; MELLO, Simone Barbosa de Martins (Orgs.). *Contratos especiais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 126.

¹⁸ “... No Brasil, considerando os nossos costumes e as nossas tradições, a tendência será, a exemplo de outros países, essa profissão ir gradualmente desaparecendo. Nossa história registra que a conquista de muitos direitos acabou por extinguir certas atividades. Talvez o trabalho doméstico caminhe a passos largos e rápidos para esse destino. Pior que o maior perdedor talvez seja o hipossuficiente”. (FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A EC 72/2013 e o Futuro do Trabalho Doméstico. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 150, p. 11-30, mar./abr. 2013, p. 28).

¹⁹ Cf. CIZEWSKI, Ana Cláudia Vieira de Oliveira. Doméstico. In: SANTOS, Jackson Passos; MELLO, Simone Barbosa de Martins (Orgs.). *Contratos especiais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010, p. 116.

“FAXINEIRA. VÍNCULO DE EMPREGO. DOMÉSTICA. CONTINUIDADE. O doméstico que prestou serviços por 12 (doze) anos para a mesma família, três vezes por semana, e mediante pagamento mensal, ainda que em serviços de faxina, atende o pressuposto da continuidade, suficiente para se reconhecer a existência de vínculo de emprego” (fls. 219).

(...)

O entendimento firmado por essa Subseção, no sentido da existência de continuidade na prestação dos serviços, que eram realizados três vezes por semana ao longo de doze anos, decorreu do quadro fático descrito pelo Tribunal Regional.²⁰

RECURSO DE REVISTA. DIARISTA DOMÉSTICA. LABOR ATÉ DOIS DIAS DA SEMANA. RELAÇÃO DE EMPREGO. INEXISTÊNCIA. 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. Incontroversos os demais elementos fático-jurídicos, porém comprovando-se o labor por somente dois dias na semana, configura-se o caráter descontínuo da prestação de trabalho, fora do pressuposto específico da Lei n. 5.859/72. Recurso de revista não conhecido.²¹

Colaciona julgado do TRT da 3ª região que branda pelo mesmo entendimento, não se reconhecendo o trabalho autônomo da diarista quando do trabalho superior a 2 vezes na semana.

RELAÇÃO DE EMPREGO DOMÉSTICO. TRABALHO CONTÍNUO E TRABALHO DESCONTÍNUO. O entendimento predominante nesta Especializada exige a continuidade da prestação de serviços para o reconhecimento da relação de emprego doméstico, em face do disposto no art. 1º da Lei nº 5.859/72. Considerando que como os demais trabalhadores o

²⁰ TST. RR-250040-44.2004.5.02.0078.

²¹ TST. RR-10600-44.2006.5.01.0058. “RECURSO DE REVISTA. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Expostos os fundamentos que conduziram ao convencimento do órgão julgador, com análise da matéria trazida à sua apreciação, consubstanciada está a efetiva prestação jurisdicional. Recurso de revista não conhecido, no aspecto.” 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”. (Cf. TST. RR - 344-46.2011.5.03.0079).

empregado doméstico tem direito ao repouso semanal remunerado, o trabalho em pelo menos 3 dias por semana autoriza o reconhecimento da relação de emprego porque está na zona limite entre trabalho contínuo e descontínuo.²²

Há decisões do TST que não reconhecem o vínculo de trabalhador doméstico quando a diarista realiza trabalho contínuo em até três vezes na semana.

(...)

Sem razão a recorrente.

O trabalho em casa de família, de forma intermitente, na condição denominada “diarista”, merece uma consideração especial por suas particularidades. Com efeito, o(a) “diarista” é o(a) trabalhador (a) que, normalmente, não se dispõe, por razões várias, a se vincular a um empregador através de um contrato de trabalho doméstico, com rigidez obrigacional de presença ao serviço e de horário e nem a perceber salário fixo mensal, pois prefere pactuá-lo com base na unidade dia, recebendo sempre ao final da jornada. É um(a) trabalhador(a) que se dispõe a prestar serviços em algum dia ou outro da semana, conforme seu interesse ou disponibilidade, seja porque seus compromissos pessoais ou mesmo familiares não lhe permitem a disponibilidade integral na semana, seja porque prefere este tipo de atividade trabalhando em residências várias, executando um tipo especial de serviço. A sua remuneração, por isto mesmo, é sempre, em proporção, maior do que a da empregada doméstica mensalista. E como sua tarefa é específica, muitas vezes, terminando-a, libera-se antes da jornada normal.

Também por isso, por realizar normalmente um serviço, a subordinação, a fiscalização, o comando, a ingerência durante a execução dos serviços é praticamente nenhuma.

E exatamente porque o tomador de serviço não se considera como empregador, e também o(a) trabalhador(a) não se considera como empregado(a), é que quando este(a) não comparece ao serviço não sofre punição alguma.

(...)

*Diante do exposto, entendo correta a decisão recorrida que não reconheceu o vínculo de emprego da diarista com a tomadora dos serviços, que prestava serviços em residência três dias por semana.*²³ (Grifos nossos)

Nesse sentido verbete sumular nº 19 do TRT da 1ª região:

TRABALHADOR DOMÉSTICO. DIARISTA. PRESTAÇÃO LABORAL DESCONTÍNUA. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. A prestação laboral

²² TRT da 3ª Região. RO nº 0010933-98.2014.5.03.0077.

²³ TST. RR-58100-60.2005.5.01.0020.

doméstica realizada até três vezes por semana não enseja configuração do vínculo empregatício, por ausente o requisito da continuidade previsto no art. 1º da Lei 5.859/72.

Destaca-se que o primeiro entendimento da configuração do vínculo de emprego com o trabalho superior a duas vezes na semana prevaleceu no bojo da Lei Complementar nº 150 de 2015, a qual veio por regulamentar a EC nº 72:

Art. 1º Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei.

É de clareza solar que, ocorrendo essa migração, os novos direitos galgados na EC nº 72 seriam privilégios de poucos, ocorrendo o paradoxo outrora explicitado, pois os ex-trabalhadores domésticos, agora “neodiaristas”, passarão a labutar mais, em diversas residências, alheios ao arcabouço protetivo do trabalhador doméstico, agravando a sua situação, indo de encontro a uma maior proteção dos direitos fundamentais galgados na recente alteração constitucional.

Isso corroborará com o crescimento de empresas prestadoras de serviços de limpeza e, mais uma vez, não será a categoria dos trabalhadores que será beneficiada.²⁴

5 Considerações finais

É cristalino que a EC nº 72, ao equiparar o trabalhador doméstico ao trabalhador empregado, no que se refere aos direitos sociais constitucionais, prescritos na Constituição de 1988, buscou fazer um resgate histórico de uma categoria que se encontrava execrada da proteção jurídica devida e marginalizada socialmente.

O legislador brasileiro cria normas jurídicas como forma de promoção de interesses particulares ou políticos, esquecendo-se de que a nova prescrição normativa irá dialogar com o sistema jurídico, bem como esquadrinhar a real manifestação dos seus efeitos na vida em sociedade.

²⁴ NOVOS NEGÓCIOS

Uma das primeiras franquias de serviço de limpeza em residências, a House Shine, deve abrir 60 unidades em sete Estados até o fim do ano, além das 40 que possui.

“O mercado brasileiro tem carência desse serviço”, diz o português Cândido Mesquita, responsável por trazer a rede ao Brasil. Para atrair a mão de obra, a empresa oferece salário e benefícios (cesta básica, seguro de vida) e plano de carreira.

Outro serviço que cresce nas agências é o de orientar patrões sobre procedimentos trabalhistas. Na Home Staff, de cinco por semana, passou para cinco por dia”. (ROLLI, Claudia. Nova lei trava contratação de mensalista. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 22 de março de 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/99836-nova-lei-trava-contratacao-de-mensalista.shtml>>. Acesso em: 30 abr. 2013).

Uma reprimenda, apesar de óbvia, tem que ser feita: uma prescrição normativa, por mais que venha a atender a um legítimo anseio social, ao ser integrada ao plexo normativo e posta em execução, pode acarretar efeitos diversos não desejados que porventura a neutralizem ou gerar efeitos diametralmente inversos.

Indaga-se, será que a EC nº 72 irá promover uma real dignificação do trabalho doméstico?

Pesarosamente, os reflexos dessa alteração constitucional levarão ao fim da classe dos trabalhadores domésticos, convertendo-os forçosamente a um agrupamento de 7 milhões de trabalhadores autônomos (diaristas), os quais viverão na informalidade.

Os trabalhadores domésticos, antes da EC nº 72, já se encontravam, na sua maioria, na informalidade. Agora, vão para a informalidade do trabalho autônomo. Da informalidade para a informalidade. Que benefícios essa categoria, de fato, galgou?

A renda da família brasileira não comporta a manutenção dos gastos com o trabalhador doméstico, sem falar de que o imóvel residencial não será albergado pela proteção da impenhorabilidade do bem de família, podendo ser utilizado para garantir os créditos trabalhistas do doméstico.

O sonho do cidadão brasileiro é ter a casa própria. Quem arriscaria perder a conquista desse sonho em prol da manutenção de um trabalhador doméstico?

Em defesa de um tratamento igualitário para os domésticos, ao equipará-los aos empregados da CLT, gerou-se uma desigualdade maior, pois trataram como iguais realidades fáticas diversas.²⁵

Assim, tem-se a apresentação de um quadro, onde a alteração constitucional em prol da efetivação de direitos fundamentais sociais inverte seus efeitos, determinando, por vias oblíquas, uma realidade que aleija o trabalhador, contrária à promoção da dignidade da pessoa humana.

Afinal, quem ganhou com a publicação da EC nº 72? Os trabalhadores domésticos? A família brasileira?²⁶

The social rights implemented by constitutional amendment n. 72: The beginning of the end of domestic work

Abstract: The constitution of fundamental rights give through a dialectical process-history. This assertion is evidenced palmar so when it comes to social rights, where numerous labor rights and guarantees are

²⁵ “Não esqueçam os que fazem as leis do Brasil que os tempos do liberalismo, do *laissez faire, laissez passer* da Revolução Francesa, não existem mais. Não se deve olvidar que melhor pouca legislação efetiva, que excesso legislativo utópico”. (FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A EC 72/2013 e o Futuro do Trabalho Doméstico. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 150, p. 11-30, mar./abr. 2013, p. 30).

²⁶ “Certamente haverá o incremento de empresas de intermediação de mão de obra, que, insistimos, serão as grandes beneficiadas com essa mudança, e servirão recrutar e fornecer mão de obra doméstica, representada por diaristas, farão os serviços dos empregados da atualidade e não terão vínculo direto com o empregador”. (FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A EC 72/2013 e o Futuro do Trabalho Doméstico. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 150, p. 11-30, mar./abr. 2013, p. 29-30).

fruits of social movements, strikes, CLAIMS, the process of organizing workers into unions. Not heard of many cases where life was given in favor of a right, today told how basic / fundamental. And this pursuit of social rights, continuous and unremitting, who had published a Constitutional Amendment 72 in favor of equalizing the housework, marginalized category of a sub-job, both on the legal and cultural rights to the same employee. Research on the screen, making use of a method of qualitative analysis, using the methods of hypothetical-deductive approach of descriptive and analytical, bottom line is to analyze the normative and social repercussions that the constitutional amendment above may come to pass labor dynamics in domestic worker.

Keywords: Constitutional Amendment n. 72. Social Rights. Domestic Employee.

Referências

- BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2012.
- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 7. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: atualizada até a Emenda Constitucional nº 90. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.
- _____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 09 de agosto de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.
- _____. Lei nº 5598, de 11 de dezembro de 1972. Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 12 de dezembro de 1972. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5859.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.
- _____. Instrução Normativa nº 110, de 06 de agosto de 2014. Dispõe sobre os procedimentos de fiscalização do cumprimento das normas relativas à proteção ao trabalho doméstico. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 07 de agosto de 2014. Disponível em: <http://www.trtsp.jus.br/geral/tribunal2/ORGaos/MTE/In_Norm/IN_110_14.html>. Acesso em: 20 abr. 2016.
- _____. Lei nº 150, de 01 de junho de 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, nº 8.213, de 24 de julho de 1991 e nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei nº 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 02 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm>. Acesso em: 20 abr. 2016.
- CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- CIZEWSKI, Ana Cláudia Vieira de Oliveira. Doméstico. In: SANTOS, Jackson Passos; MELLO, Simone Barbosa de Martins (Orgs.). *Contratos especiais de trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. A EC 72/2013 e o Futuro do Trabalho Doméstico. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, n. 150, p. 11-30, mar./abr. 2013.
- ROLLI, Claudia. Nova lei trava contratação de mensalista. *Folha de São Paulo*. São Paulo, 22 de março de 2013. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mercado/99836-nova-lei-trava-contratacao-de-mensalista.shtml>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso. Dos direitos sociais implantados pela Emenda Constitucional nº 72: O começo do fim do trabalho doméstico. *Revista Fórum Trabalhista – RFT*, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 51-67, jul./set. 2016.
