

PARTICULARIDADES E SINGULARIDADES DE DIREITOS DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS

AURÉLIO GOMES DE OLIVEIRA¹

I- Histórico

A relação de trabalho doméstica se configura como uma das mais antigas de nossa existência. Muito antes de qualquer disciplinamento sobre a relação de emprego no âmbito domiciliar, o homem e principalmente as mulheres sentiam necessidade de possuir alguém servindo e cuidando dos afazeres da casa. No Brasil Colonial, a tarefa doméstica era desempenhada por escravas, mucamas ou criadas, que cresciam na Casa Grande do senhor de escravos, com a missão de cuidar dos afazeres domésticos, servindo à família, isto quando também não “serviam” ao patrão.

Segundo a ilustre jurista espanhola Rosa Guesada Segura²: “En el sistema precapitalista, el trabajo domestico era realizado bien por los siervos personales o incluso por los esclavos domesticos - puesto que la esclavitud pervivió en nuestro pais hasta finales del siglo XVIII - en cuyo caso el trabajo era forzoso, la relación no tenía origem contractual puesto que era consecuencia del status subiectionis proprio del regimen señorial, bien pro hombres libres que contrataban su servicio a cambio de um precio.”

Em 1916, o trabalho doméstico, que antes não possuía nenhuma regulamentação a respeito, uma vez que até 1888 era desempenhado por mulheres escravas, passou a ser disciplinado pelo Código Civil, sob o capítulo da locação de serviços. Em 1916, o Código Civil já assegurava aos empregados domésticos o direito ao aviso prévio (art. 1221). Em 1923, surgiu para o antigo Distrito Federal, o Decreto n. 16107, que não chegou a ter aplicabilidade, o mesmo ocorrendo com o Decreto n. 3078/1941.

A Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei 5452, de 01.05.1943) não amparou os trabalhadores domésticos. Estes foram expressamente excluídos

de seus preceitos pelo art. 7º, evoluindo lentamente para uma lei específica somente em 1972, a Lei n. 5859, de 11.12.1972. Entretanto, somente com a atual Constituição Federal, esta categoria de trabalhadores alcançou maiores direitos em relação aos trabalhadores celetistas.

II- Elementos caracterizadores da Relação de Emprego.

Ao contrário da CLT e do Direito do Trabalho que exige para a caracterização da relação de emprego: a pessoalidade, a permanência (trabalho não eventual), a dependência (ou subordinação) e o salário, no vínculo empregatício doméstico, não basta estar presente a permanência como segundo elemento. Há a necessidade da continuidade da relação de emprego, que representa um **plus** em relação ao requisito anterior. Assim, mesmo que uma faxineira ou passadeira possua permanência no trabalho (como exemplo, trabalhe há vários meses duas vezes por semana), não se pode falar que há uma relação de emprego doméstica, pois não há a continuidade, ou seja o trabalho diário. Assim, tem entendido o nosso Tribunal. A posição dominante, expressa nos julgados é descaracterizar uma relação de trabalho com uma diarista ou faxineira que trabalha, em alguns casos, até mesmo três vezes por semana, em dias diferentes a cada semana, para trabalho eventual, não gerando vínculo empregatício, por ausência da continuidade. Pois o Tribunal entende que se uma empregada do lar trabalha em uma semana na 2ª e 4ª e 6ª, por exemplo, e na outra, não tem o compromisso e trabalhar nos mesmos dias, não gerando subordinação, não há que se falar em vínculo empregatício.

Uma vez caracterizado o vínculo empregatício, passa o empregado doméstico a possuir alguns direitos da Consituição Federal e os da Lei nº 5859/1972, regulamentada pelo Decreto nº 71885/1973.

Empregado ou empregada doméstica, segundo definição legal é: “aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa, à família no âmbito residencial destas.” Desta forma, enquadram-se como domésticos aqueles que prestam serviços em atividade que não visam lucro, como os caseiros ou chacareiros de sítio de lazer, o jardineiro e assim em diante.

Observação importante deve ser feita em relação ao pedreiro de uma casa residencial que não possui um contrato na forma escrita de empreitada. Há duas correntes jurisprudenciais no nosso tribunal. Uma que os considera como empregados domésticos, outros entendem ser o trabalho eventual. *Data venia* as considerações dos defensores da primeira corrente, crê-se ser mais convincente a argumentação da segunda. Se não existe uma obrigatoriedade de comparecer ao trabalho que não é indeterminado, ou

1. Técnico Judiciário da DSAJ do TRT 18ª Região, bacharel em Direito pela UFG, especialista em direito constitucional e processual penal - UFG, tendo sido aprovado no mestrado em direito - Concentração em Ciências Penais da UFG.

2. Rosa Guesada Segura. El contrato de servicio domestico p.13

seja, todo dia em horários rígidos de entrada e saída, possuindo o pedreiro certa discricionariedade de vir em dia determinado realizar ofício certo, não há a continuidade a caracterizar o emprego doméstico. Da mesma forma, a subordinação é praticamente inexistente, uma vez que à exceção do engenheiro, o dono da obra quase nunca tem conhecimentos técnicos suficientes para comandar o ofício de pedreiros e serventes. Não obstante, o trabalho desse pedreiro é condicionado ao tempo da obra, é esporádico, ocasional, próprio do trabalho eventual. De igual maneira, os vigias ou vigilantes de prédios e zeladores não são empregados domésticos, pois estão sujeitos à legislação própria. A respeito do trabalho do pedreiro em residência, escreve, com muita propriedade, a jurista goiana Delaíde Alves Miranda Arantes³: “Entre os prestadores de serviços autônomos mais comuns, estão: ... b) o pedreiro ou o servente, que realiza o seu trabalho em pequenas reformas na residência, uma vez que pertence à categoria distinta e própria, não sendo considerado doméstico, embora preste trabalho que não tenha fins lucrativos, na edificação e reforma de residência;”

III- Verbas a que têm direito.

Passemos a elencar os direitos que possui essa categoria de empregados, amparados em lei e na Constituição Federal. A Constituição assim estabelece:

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

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

O parágrafo único do art. 7º da Carta Constitucional assegura esse direito aos empregados domésticos; logo, ocorrendo a dispensa a pedido ou sem justa causa, o doméstico tem o direito de 30 dias de aviso prévio, assim como têm que conceder 30 dias ao seu empregador, que devem ser comunicados por escrito. Deixando o trabalho antes desse período, deve indenizar o empregador pelos dias faltantes ou se for despedido, terá o direito de receber os dias que faltam para completar o trintídio legal.

É integrado esse período no tempo de serviço, o qual refletirá no cálculo do 13º salário e das férias vencidas.

Indagação importante tem surgido quanto à obrigatoriedade de conceder a redução de horário em duas horas ao empregado doméstico ou 7 dias para procurar outro emprego, conforme previsto no parágrafo único do art. 488 da CLT. Com muita

propriedade, assim escreve Delaíde Alves Miranda Arantes⁴:

“Uma vez conferido o aviso prévio ao empregado pela norma constitucional, este passa a ser regido pelo instituto trabalhista pertinente, ficando o empregador obrigado a permitir que o empregado saia 2 (duas) horas mais cedo do trabalho, a fim de procurar outro emprego, ou a conceder 7 (sete) dias consecutivos de folga, durante o período do aviso prévio, para a mesma finalidade.”

Entretanto, é de entender-se que não, por ser um direito previsto exclusivamente na CLT que não se aplica aos domésticos por força do art. 7º alínea “a” da própria Consolidação. Não obstante, esta categoria não possui direito a uma jornada de trabalho fixa de oito horas diárias, de forma que, se trabalhar menos em determinado dia sob a alegação de que está procurando outro ofício, não poderá ser punido com desconto proporcional no dia trabalhado.

Também não tem direito a categoria a horas extras ou adicional noturno por força de exclusão do art. 7º, parágrafo único da norma constitucional. Assim o é, imagina-se, pelo fato de que o empregado doméstico convive no seio familiar e muitas vezes, ali mora, como se fosse um membro da família. Como aferir a quantidade de horas trabalhadas de um empregado doméstico que dorme na residência? De igual maneira, quem seriam as testemunhas de uma sobrejornada em uma residência em que só trabalha um empregado, a não ser as próprias pessoas da família do eventual reclamado, que provavelmente, o protegeriam? Esses institutos são incompatíveis com o trabalho doméstico. Entretanto, o bom senso recomenda que os domésticos não ultrapassem as 8 horas diárias de um empregado celetista.

Possui o empregado doméstico direito a férias integrais de 20 dias úteis por força da Lei nº 5859/1972, após doze meses de trabalho para a mesma pessoa ou família (art. 3º). Existe uma discussão doutrinária e jurisprudencial se a duração das férias remuneradas do empregado seria de 30 dias corridos, nos termos da CLT ou se permaneceria os 20 dias úteis da lei especial. Segundo o magistério de Emílio Gonçalves⁵: “A Constituição equiparou os empregadores domésticos aos demais empregados no tocante ao direito de férias, pondo fim à discussão. Aplicam-se, agora, aos domésticos, as normas da CLT que disciplinam o direito a férias. Não apenas passaram a ter direito a férias com a duração de 30 dias corridos, como também fazem jus ao recebimento das mesmas com o acréscimo de um terço do salário normal”. Com

4. *ibid.* p. 33

5. Emílio Gonçalves e Emílio Carlos Garcia Gonçalves. Direitos sociais dos empregados domésticos; p.72

3. Delaíde Alves Miranda Arantes. O Trabalho Doméstico. Direitos e Deveres, p. 9

propriedade, observa Delaíde Alves Miranda Arantes⁶: “Mesmo existindo hoje forte corrente com respaldo doutrinário e jurisprudencial crescente, filiamo-nos ainda ao entendimento de que a partir da vigência da Constituição de 1988, não existe diferença entre as férias do empregado doméstico e a dos trabalhadores urbanos, aplicando-se os artigos 129 e 153 da Consolidação das Leis do Trabalho.”

A despeito de respeitáveis opiniões em contrário, não é de se aplicar a CLT aos empregados domésticos no que se refere ao direito às férias. Um decreto, ato regulamentar do Executivo, deve se ater aos estreitos limites delineados pela lei, não podendo ultrapassar o que aquela diz, sob pena de ilegalidade. Apenas o Decreto n.º 71885/1973 remete-nos a CLT e ao estender a Constituição atual o direito a férias com adicional de 1/3 ao doméstico no art. 7º, não fala que esta é de 30 dias corridos, tampouco em dobra pelo não pagamento ou concessão dentro do período aquisitivo. O empregado possui, pela lei específica, direito a 20 dias úteis de férias, que se tornam cerca de 24 ou mais dias corridos.

De igual maneira, não há que se falar em férias proporcionais, direito previsto na CLT para os empregados urbanos, que não consta, entretanto, na lei específica desta categoria. Entende Delaíde Alves Miranda Arantes que os empregados domésticos, da mesma forma que os urbanos, possuem direito a férias proporcionais na hipótese de dispensa sem justa causa ou desligamento espontâneo com mais de um ano de serviço. Outrossim, em julgado recente, se posicionou o Colendo TST, através de sua 5ª Turma, em recurso de revista, pub. no DJU de 09/03/2001, p.649, rel. min. Rider de Brito:

“Trabalhador Doméstico - Férias Proporcionais.

Não é devido aos trabalhadores domésticos, por falta de amparo legal, o pagamento das férias proporcionais. Recurso de Revista conhecido e provido”.

Ainda quanto a férias proporcionais e pagamento em dobro, veja-se os seguintes arestos do Colendo TST:

“FÉRIAS DE EMPREGADO DOMÉSTICO. INCABÍVEIS AS PROPORCIONAIS E PAGAMENTO EM DOBRO.

Segundo o entendimento desta Corte, a duração das férias do trabalhador doméstico continua, na vigência da Constituição Federal de 1988, a ser regida pela Lei n.º 5859/1972 (art. 3º). Por igual razão, não são devidas as proporcionais, nem o pagamento em dobro. Recurso

provido. (RR n.º 374902, publ. no DJU de 16/03/2001, p. 870, rel. juiz convocado Guedes de Amorim).”

No que se refere ao décimo terceiro salário ou gratificação natalina ou ainda salário trezeno, não resta dúvida de que esta verba é devida ao empregado doméstico de forma integral e proporcional. Havendo dispensa sem justa causa ou pedido de dispensa, é devido o 13º salário na proporção de 1/12 avos por cada mês trabalhado ou fração superior a 15 dias. As leis n.º 4090/1962 e 4749/1965 foram recepcionadas pelo art. 7º VIII da Constituição Federal, bem como pelo parágrafo único deste artigo que faz referência expressa aos direitos do doméstico. Além disso, essas leis não fazem parte do Decreto-lei que criou a CLT, não tendo o art. 7º alínea “a” da Constituição de 1988, eficácia sobre elas.

Cumpra-se tecer alguns comentários sobre a licença maternidade e o direito ou não à estabilidade da empregada doméstica. A Lei n.º 8213/1991 (Lei de Benefícios da Previdência) e seu Decreto n.º 3048/1999 regulamentam o art. 7º XVIII da Constituição, afastando dúvidas sobre o direito da gestante à licença de 120 dias, alcançando a doméstica por força do parágrafo único deste artigo. O salário do período de afastamento deve ser pago diretamente pela previdência social, ao contrário de outras categorias que recebem do empregador que é reembolsado pelo INSS. Cabe alertar o empregador sobre a necessidade de anotar a Carteira de Trabalho de sua empregada e recolher a contribuição previdenciária, sob pena de ter que arcar com o ônus de 120 dias de licença maternidade daquela. A esse respeito, assim se posicionou o TRT 18ª Região:

Doméstica. Salário maternidade. Forma indenizatória. Se o empregador além de não assinar a CTPS da obreira, não a inscreve junto ao INSS que paga diretamente o salário maternidade e ainda a despede injustamente no interstício de 28 dias antes do parto, assume a responsabilidade indenizatória pelo pagamento dos 120 dias de licença maternidade a que faz jus a doméstica gestante. Inteligência dos arts. 159 do CC 7º, incisos XVIII e XXXIV, parágrafo único da CF/88 e 71 e 73 da Lei previdenciária n.º 8213/91. (RO 1349/99, Ac.4626/99, Relator Juiz José Luiz Rosa, provido por unanimidade).

Sobre a estabilidade da empregada doméstica gestante, assim escreve, com propriedade, Delaíde Alves Miranda Arantes⁷: “Não cabe ao intérprete fazer restrição que a lei não fez, se o legislador constituinte não excluiu a empregada doméstica do âmbito de aplicação do direito à estabilidade, assim como o art. 7º

6. Delaíde Alves Miranda Arantes. *op. cit.* p.25

7. *ibid.* p. 38

da CLT, não cabe ao intérprete acrescentar a restrição.” Diz ainda a eminente jurista que mesmo não previsto no parágrafo único do art. 7º da Constituição, o direito à garantia no emprego contra a despedida arbitrária do empregado doméstico, ao qual o art. 10 caput do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias faz referência ao conceder estabilidade a gestante no emprego, deveria ser aplicada aos domésticos, tendo em vista o princípio da igualdade e razoabilidade.

Lamentavelmente, perdeu o constituinte originário oportunidade de estender às empregadas domésticas o direito à estabilidade, bastando para isso inserir a norma em um artigo isolado do art. 7º inciso I da Constituição. A despeito da situação desumana que esta se veria vítima, ao ser dispensada no 7º mês de gravidez e seu empregador não ter recolhido a contribuição previdenciária respectiva, impossibilitando-a de receber o salário-maternidade, essa é a posição dominante dos tribunais, inclusive do TRT 18ª Região. A empregada doméstica gestante não tem direito à estabilidade provisória. Não é crível sob o manto do princípio da igualdade ou razoabilidade declarar inconstitucional outra norma da Constituição, elaborada pelo constituinte originário. O empregado doméstico não tem direito, ainda, ao salário-família, salário-natalidade e estabilidade acidentária.

Por fim, a Lei nº 10208/2001 concedeu aos empregados domésticos o direito ao FGTS e ao seguro-desemprego, desde que concedidos facultativamente pelo empregador. Como é um direito não previsto expressamente na Constituição para o empregado doméstico, a lei tornou sua concessão discricionária para o empregador, que na prática, acaba não o concedendo. Talvez por receio de que em se fazendo o devido recolhimento, estaria lhe concedendo direito de numa eventual rescisão do contrato sem justa causa, o empregado receber a multa rescisória de 40% do saldo do FGTS por força do art. 18 § 1º da Lei 8036/1990 ou pelo art. 10, I da ADCT. Apesar de ser matéria ainda incipiente que precisa ser detalhada nos tribunais do trabalho, crê-se que, por força do art. 7º, parágrafo único, que excluiu os domésticos da aplicação do inciso I da Constituição; mesmo no caso da opção do empregador pelo recolhimento do FGTS, não é cabível a condenação dos empregadores domésticos ao recolhimento da multa rescisória sobre o fundo dos empregados domésticos em caso de despedida sem justa causa. Aqueles devem levantar tão somente o saldo do fundo somado ao valor do mês da rescisão.

Estas são algumas observações que representam singular contribuição às vozes pretorianas que no futuro, pacificarão as controvérsias sobre a relação de emprego doméstica. É necessário, sem perdermos de vista as limitações que a natureza familiar do ofício traz

em relação a direitos assegurados aos trabalhadores celetistas, venhamos a olhar com maior atenção essa categoria de trabalhadores encarregados do papel de guarnecer e dotar os lares de conforto suficiente para que seus membros tenham o descanso merecido após uma jornada laboral ou de estudos, não raras vezes, estafante. Profissionais do lar que inúmeras vezes, tornam-se membros da família, participam de seus problemas, queridos por todos, carecendo de uma proteção previdenciária ampla, consubstanciada em auxílio-família, auxílio-acidentário, bem como estabilidade provisória à gestante. Cumpre ao legislador, na missão indelegável de captar os fatos sociais pela norma legal, trazer à baila legislação inovadora neste sentido.

BIBLIOGRAFIA:

- ARANTES, Delaíde Alves Miranda. **O trabalho doméstico: direitos e deveres**, 5ª ed. ver ampl., Goiânia, Ed. AB, 1999, 155 p.
- GONÇALVES, Emílio e GONÇALVES, Emílio Carlos Garcia. **Direitos sociais dos empregados domésticos**, 4ª. ed, São Paulo, Ed. LTR, 1996, 230 p.
- SEGURA, Rosa Quesada. **El contrato de servicio doméstico**, Madri, Ed. La Ley, 1991, 266p.