

DIREITOS ASSEGURADOS AO EMPREGADO DOMÉSTICO EM FACE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Ana Flávia Paulinelli Rodrigues Nunes

Advogada trabalhista. Docente dos cursos de Direito, Ciências Contábeis e de Engenharia de Produção do UNIFOR-MG
Pós-graduada em Carreiras Trabalhistas pelo Instituto Gama Filho

Daniela da Silva

Discente do Curso de Direito do UNIFOR-MG

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade analisar os direitos assegurados ao empregado doméstico, sob o prisma do Princípio Constitucional da Igualdade e sob o enfoque da não discriminação, resguardada na Constituição Federal. Para uma melhor compreensão do assunto, abordou-se a origem do trabalho doméstico, sua evolução legislativa, a conceituação do empregado doméstico bem como se explicou o Princípio da Igualdade e a não discriminação. O que se pode perceber é que existe um preconceito em relação ao empregado doméstico, que está culturalmente relacionado com a origem da profissão, na época da escravidão. Sendo assim, o preconceito gerou uma discriminação social e jurídica em relação a essa classe, que persiste até a atualidade. Diante da importância do tema, o objetivo do presente artigo é ressaltar a necessidade da aplicação dos direitos garantidos ao trabalhador urbano ao trabalhador doméstico, para que haja uma coesão no ordenamento jurídico vigente.

Palavras-chave: Empregado doméstico. Princípio da igualdade. Discriminação.

ABSTRACT

This article aims to analyze the rights guaranteed to the domestic servant in the light of the constitutional principle of equality and with a focus on non-discrimination enshrined in the Constitution. For a better understanding of the subject, addressed the origin of the housework, her legislative developments, the concept of domestic servants and explained the principle of equality and non discrimination. What we can see that there is a prejudice against the domestic servant, which is culturally related to the origin of the profession at the time of slavery. Thus, the bias generated a social and legal discrimination against this class, which persists until today. Given the importance of the topic, the purpose of this paper is to highlight the need for implementation of the rights guaranteed to the urban worker to the domestic worker, so there is a legal order in force cohesion.

Keywords: Domestic servant. Principle of equality. Discrimination.

1 INTRODUÇÃO

O contexto histórico em que se deu a origem do trabalho doméstico tem uma grande relação com o preconceito e o consequente tratamento discriminatório que lhe é inerente.

No Brasil, a escravidão foi um grande marco na cultura, e é nesse período que surge o trabalho doméstico.

Rangel (2010) afirma que existem duas teorias para explicar a origem da classe doméstica: a primeira é a da escravidão e a segunda é a de que o trabalhador doméstico deriva de uma conjuntura em que era enaltecido por seus amos, com honrarias e privilégios.

A primeira corrente é adotada pela maioria dos doutrinadores, seguida por Sérgio Pinto Martins, e a que se perfila neste artigo. Segundo este posicionamento, a origem do empregado doméstico se dá no mesmo período da escravidão, onde alguns escravos eram separados para realizar as tarefas de casa, enquanto os outros eram explorados na terra pelos senhores.

A maioria dos escravos que exercia a função doméstica eram mulheres. Os homens tinham que realizar as tarefas fora de casa, nas atividades rurais, e as mulheres ficavam incumbidas de realizar os afazeres domésticos.

Os portugueses traziam os negros africanos de suas colônias na África para utilizar como mão-de-obra escrava, nos engenhos de açúcar e em minas de ouro. Junto com os escravos homens, eram traficadas também escravas mulheres, para serem utilizadas para os trabalhos domésticos (cozinheiras, arrumadeiras e, até mesmo, amas de leite), servindo aos senhores que as compravam.

Mesmo com a abolição da escravatura, as escravas que exerciam a função doméstica não saíram da casa dos senhores, pois preferiam permanecer como domésticas e ter, em troca, um lugar para comer e dormir, ao invés de enfrentar uma sociedade cheia de preconceitos. Neste sentido, expõe Sérgio Pinto Martins (2002, p. 18): “[...] com a abolição da escravatura, muitas pessoas que eram escravas continuaram nas fazendas, em troca de local para dormir e comida, porém na condição de empregados domésticos”.

Os direitos das domésticas eram muito limitados. Elas tinham apenas uma cama para que pudessem descansar e a comida era controlada. Trabalhavam o dia inteiro, sem qualquer remuneração. Trocavam seus serviços pela segurança de ter um lugar para ficar.

No sistema feudal, não foi diferente, a independência na produção, baseada na exploração servil, originou duas categorias: a primeira se encarregava de trabalhos na lavoura e pecuária e a segunda se encarregava de tarefas domésticas, junto aos senhores feudais.

Na passagem do sistema feudal para o sistema mercantilista de produção, houve uma grande melhoria na condição do trabalhador.

No século XVII, havia várias pessoas que faziam serviços domésticos, como aias, despenseiros, amas, amas-de-leite, amas-secas, cozinheiros, secretários, criados, damas de companhia. Aos poucos, houve um nivelamento entre os homens livres e os servos, surgindo o famulus. A Igreja começou a se preocupar com a situação do famulus, de modo que houve uma melhoria em sua condição, passando a ser considerado um prestador de trabalho, de maneira autônoma. (MARTINS, 2002, p. 17).

Com o passar dos anos, a “ajuda doméstica” se transformou em serviço doméstico.

A industrialização e a urbanização, com a expansão da classe média, transformaram a chamada “ajuda” em serviço doméstico — realizado sobre as bases de casa e comida — para a população migrante de mulheres jovens brancas e não-brancas nascidas no campo. (MELO, 1998, p. 01).

Havia, ainda, muita dificuldade de garantir qualquer direito às domésticas, porque a função exercida por elas era em um universo interior do lar. Portanto, exercida de forma isolada, o que dificultava a possibilidade de se unirem, além de dificultar a fiscalização pelo Poder Público.

Russomano revela que:

Hoje, sente-se contra isso uma reação, que se deve, entretanto, exercer cautelosamente. E isso porque a legislação regulamentadora do trabalho só produz bons efeitos quando amparada, eficientemente, pela fiscalização administrativa, fiscalização essa que esbarra, no caso dos domésticos, no princípio constitucional da inviolabilidade do. (RUSSOMANO, 1990, p. 32).

Outro fator importante é que o trabalho doméstico era essencialmente feminino, classe que também sofreu e ainda sofre discriminação no mercado de trabalho, ainda que, hoje, seja de forma bem mais atenuada.

Sendo assim, as conquistas resultantes das lutas pelos movimentos feministas trouxeram consequências diretas para as domésticas. Neste sentido, Helano Rangel, em seu artigo sobre a discriminação sociojurídica à empregada doméstica na sociedade brasileira contemporânea, expressa que “Somente quando as mulheres foram ganhando seu espaço na sociedade, por força dos movimentos feministas, é que as empregadas domésticas veriam sufragados seus anseios de alforria”.

As normas que, atualmente, regulamentam o trabalho doméstico são resultado de incansáveis lutas e revoluções, por longo período na história, porém, se interpretadas literalmente, ainda não foram capazes de romper com a projeção do passado de desprestígio em relação ao trabalho doméstico ligado ao trabalho escravo.

Portanto, o que se propõe neste trabalho é uma interpretação sistemática das normas, onde, em consonância com o princípio da igualdade, deve-se aplicar a extensão dos direitos dos trabalhadores urbanos aos trabalhadores domésticos.

2 EMPREGADO DOMÉSTICO

2.1 CONCEITO

A Lei 5859/72 define empregado doméstico em seu art. 1º nos seguintes termos: “aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas.”

Segundo Maurício Godinho Delgado (2009, p. 347), “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”.

Ou seja, para que haja a configuração da relação de emprego doméstico, é necessária a presença dos cinco elementos fáticos jurídicos caracterizadores da relação de emprego (pessoa física, pessoalidade, onerosidade, subordinação e não eventualidade, embora este receba conformação jurídica especial para o doméstico no termo “continuidade”) e a presença dos elementos específicos, que podem ser extraídos do art. 1º da Lei 5859/72, quais sejam: finalidade não lucrativa dos serviços, prestação de serviços à pessoa ou à família e no âmbito residencial destas.

Em relação aos elementos fáticos jurídicos caracterizadores da relação de emprego, existe uma peculiaridade em relação ao elemento da “não eventualidade”, que, na relação do doméstico, foi substituído por “continuidade”.

Quanto à diferença de nomenclatura, existem duas correntes interpretativas: a primeira, seguida por Sérgio Pinto Martins (2007), que entende que a diferenciação de expressões é absolutamente irrelevante. E a segunda, seguida por Maurício Godinho Delgado (2009), que

entende que o processo de interpretação do Direito sempre há de combinar o método linguístico com os métodos sistemáticos e teleológicos. Sendo assim, ao não adotar a mesma expressão, o Legislador fez opção doutrinária firmando o conceito de trabalhador eventual doméstico, em conformidade com a teoria da descontinuidade.

Em relação aos elementos específicos, por finalidade não lucrativa, deve-se entender que as atividades desenvolvidas pelo empregado não podem ter por intuito a atividade econômica do empregador, ou seja, não podem ensejar lucro para o empregador. Trata-se de serviço sem repercussão fora do âmbito familiar.

No tocante ao elemento prestação de serviços à pessoa ou à família, resta claro que não há possibilidade de uma pessoa jurídica ser a tomadora de serviço. Apenas pessoa física, individualmente ou em grupo unitário, pode ser empregador doméstico.

Por fim, a lei fala que o serviço deverá ser prestado “no âmbito residencial desta.” Porém, o termo deve ser entendido “para o âmbito residencial desta”. Neste sentido, explica Sérgio Pinto Martins:

O serviço prestado não é apenas no interior da residência, mas pode ser feito externamente, como ocorre com o motorista, desde que, evidentemente, o seja para pessoa ou família. Daí, podermos dizer ser incorreto quando o art. 1º da Lei n. 5859/72 determina que o serviço deve ser prestado no âmbito residencial, pois o motorista não presta serviços no âmbito residencial, mas externamente, para o âmbito residencial. (MARTINS, 2007, p. 140).

Portanto, o que caracteriza o empregado doméstico não é a função que ele exerce, mas, sim, a presença dos elementos fáticos jurídicos caracterizadores da relação de emprego, acrescidos dos elementos especiais constantes no art. 1º da Lei 5859/72.

Sendo assim, podem ser empregados domésticos a cozeira, o motorista, o enfermeiro, o jardineiro, dentre outros, desde que preenchidos os elementos caracterizadores da relação de emprego doméstico.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO EMPREGADO DOMÉSTICO

Em 1941, editou-se o Decreto-lei 3.078, que disciplinou a locação de serviço dos empregados domésticos. Porém, são divergentes os posicionamentos a respeito de sua vigência. Segundo Alice Monteiro de Barros:

Havia quem entendesse que o referido diploma legal não entrara em vigor, à falta de regulamentação (J. Antero de Carvalho. Direito e Jurisprudência do Trabalho, p.92); outros (Mozart Victor Russomano) sustentavam a sua autoexecutoriedade no que fosse possível, e, finalmente, havia os que o consideravam revogado pela CLT e legislação complementar (Arnaldo Sussekund e Evaristo de Moraes Filho. Temas atuais de Trabalho e Previdência. São Paulo:LTr Editora, 1976, p.40). (BARROS, 2010, p. 140).

Em 1943, foi criada a CTL (Consolidação das Leis Trabalhistas), que excluiu, de forma expressa, em seu artigo 7º, “a” sua proteção aos empregados domésticos, e não fez qualquer menção no que tange a regulamentação dos direitos relativos à atividade doméstica.

Nesse quadro, segundo Delgado (2009), apenas em 1972, quando foi editada a Lei 5.859, que a categoria da doméstica adquiriu o mínimo de cidadania jurídica.

Esta lei concedeu aos domésticos apenas três direitos: as férias anuais remuneradas de 20 dias úteis, após 12 meses de trabalho; inscrição do empregado como segurado obrigatório da Previdência Social; e, por fim, as anotações na CTL.

Em 1987, entrou em vigor a legislação do Vale-Transporte, alcançando também os trabalhadores domésticos. Porém, somente com o Decreto nº 95.247/87 é que, efetivamente, estendeu-se o vale-transporte à categoria da doméstica.

Em 1988, foi promulgada a Constituição da República do Brasil, amplamente baseada nos ideais de justiça, igualdade e democracia, a qual listou, em seu art. 7º, § único, direitos para a categoria dos domésticos em número maior do que aqueles já assegurados na legislação vigente.

Os direitos garantidos de forma expressa na Constituição são: salário mínimo; irredutibilidade salarial; 13º salário; repouso semanal remunerado e, preferencialmente, aos domingos; gozo de férias anuais remuneradas, com um terço a mais do que o salário normal; licença à gestante, sem qualquer prejuízo do emprego e do salário, com duração de 120 dias; aviso prévio proporcional ao tempo de serviço de, no mínimo, 30 dias; aposentadoria; e integração à previdência social.

Em 2000, com a Medida Provisória n. 1986, permitiu-se a inserção da doméstica no sistema de Fundo de Garantia, por um ato voluntário do empregador. A inclusão é irretratável com relação ao respectivo vínculo contratual e impõe ao empregador a obrigação de cumprir todas as determinações relativas ao FGTS. Com a inclusão do empregado ao sistema de FGTS, este passa a ser contemplado com o seguro desemprego, em caso de dispensa sem justa causa.

E, por fim, em 2006, com a Lei 11.324, estendeu-se ao trabalhador doméstico, além dos direitos anteriormente citados, o descanso remunerado nos feriados, 30 dias de férias, garantia de emprego à gestante, desde a gravidez, até cinco meses após o parto, além de criar o incentivo fiscal para o empregador doméstico, permitindo a dedução das contribuições previdenciárias patronais no imposto de renda, desde o exercício de 2007 até 2012.

Estas alterações legislativas demonstram o intuito do poder constituinte originário de melhor amparar os trabalhadores domésticos, buscando tornar cada vez mais equitativo os direitos dos trabalhadores domésticos, frente aos trabalhadores comuns.

3 O PRECONCEITO EM RELAÇÃO AO “EMPREGADO DOMÉSTICO” E O CONSEQUENTE TRATAMENTO DISCRIMINATÓRIO QUE LHE É INERENTE

Conforme já exposto, existe um preconceito em relação ao empregado doméstico, ligado a um erro histórico-antropológico, que associa essa profissão ao papel do escravo na “Casa Grande Senzala”.

O preconceito não é contra a função que se executa quando se é doméstico, mas, sim, quanto ao rótulo, quanto à nomenclatura “empregado doméstico”.

O preconceito da sociedade contra a “profissão doméstico” é tão grande que, a título de exemplo, a maioria dos enfermeiros que se enquadra em todos os requisitos caracterizadores da relação de trabalho doméstico, e, portanto, é empregado doméstico, não aceita a assinatura de sua carteira na função de empregado doméstico.

Como não poderia ser diferente, o preconceito em relação ao empregado doméstico gerou uma discriminação em relação a essa profissão, não só social, mas também jurídico, gerando as leis específicas deste tema, tanto a constitucional quanto a infraconstitucional, extremamente restritivas quanto aos direitos desta categoria.

Nos dizeres de Dalmo de Abreu Dallari, citado por Dom Evaristo Arns (2010, p.17), “o preconceito, além de introduzir a discriminação, restringe a liberdade, acarreta a perda de respeito pela pessoa humana, introduz a desigualdade e a injustiça”.

Segundo Maurício Godinho Delgado, no livro Discriminação:

Discriminação é a conduta pela qual nega-se à pessoa tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta por ela vivenciada. A causa da discriminação reside, muitas vezes, no cru preconceito, isto é, um juízo sedimentado desqualificador de uma pessoa em virtude de uma característica, determinada extremamente, e identificadora de um grupo ou segmento mais amplo

de indivíduos, como preconceito de cor, raça, riqueza, e etc. (DELGADO. p. 108, 2010).

A discriminação, quando germinada na sociedade, causa grandes diferenciações entre os indivíduos sociais, capaz de prejudicar, e até impedir, os exercícios de determinados direitos.

É o que ocorre com o empregado doméstico, que, mesmo após muitos séculos da abolição da escravidão, ainda é discriminado, possuindo legislação própria, com os seus direitos diferenciados em relação aos demais empregados, mesmo após a promulgação da Carta Magna de 1988.

Não há dúvidas de que, com o passar dos anos, as leis pertinentes a esta categoria foram sendo modificadas, ampliando o número de direitos que lhes são assegurados.

A própria Constituição de 1988 alargou o rol de direitos dos domésticos, em seu art. 7º, § único, porém, equivocadamente, manteve um rol de direitos restritivos, o que, inquestionavelmente, deságua em um tratamento discriminatório, gerando aparente conflito com outros preceitos Constitucionais.

Motta e Barchet, ao tratar dos direitos sociais, expressam, de forma brilhante, o seu posicionamento em relação ao artigo 7º, § único, da Constituição da República, nos seguintes termos:

A Constituição da República inova ao tratar os empregados domésticos, o que, sem dúvida é meritório. Todavia, sujeita-os a um regime especial, negando-lhes o total acesso aos demais direitos disponibilizados para “todos” os trabalhadores urbanos ou rurais, no dizer do caput. O texto constitucional parece criar uma discriminação sociojurídica que, de certa forma, contraria toda a hermenêutica do artigo estudado. É lamentável! (...) Assim, faz-se uma mescla: reconhece-se um pouco, descrimina-se um pouco. O que não é bom, já que a autoridade (de qualquer dos Poderes) não pode ser pusilânime. (MOTA; BARCHET, 2007, p. 338).

E a política do “reconhece-se um pouco, descrimina-se um pouco” em relação ao empregado doméstico continuou a ser verificada na legislação específica a esta categoria, muitos anos depois da Constituição.

A lei 10.208, de 2001, que regulamentou a concessão do seguro-desemprego ao doméstico, manteve o tratamento discriminatório aleatório, dando direito ao empregado doméstico ao recebimento de, no máximo, 03 parcelas de seguro desemprego (urbano: até 05 parcelas), no valor de 01 salário mínimo (urbano: até 02 salários mínimos), desde que trabalhado por um período mínimo de quinze meses, nos últimos vinte e quatro meses, contados da dispensa sem justa causa (urbano: trabalhar no mínimo 06 meses).

Não há qualquer razão de fato ou de direito que justifique a prevalência da restrição de direitos dos domésticos.

Há quem sustente que a diferença de tratamento é sustentável, em virtude de os serviços prestados pelo doméstico se dar sem finalidade lucrativa, o que, a nosso ver, não é argumento sólido para a manutenção do tratamento discriminatório.

Não pode uma característica do empregador, qual seja, a falta de finalidade lucrativa no serviço do empregado, prejudicar o empregado com um tratamento discriminatório.

O trabalho doméstico não gera lucro para o empregador diretamente, mas indiretamente, pois o empregado, ao ficar na casa do empregador cumprindo os afazeres domésticos, permite que este saia de casa e se dedique a uma atividade que visa o lucro.

Vale ressaltar, contudo, que, ainda que o posicionamento majoritário seja o que permite a aplicação desta legislação específica restritiva de direitos, essa desigualdade de tratamento entre os empregados domésticos e os demais trabalhadores tem se tornado insustentável, quando lidas à luz do princípio da igualdade. É o que se passa a analisar.

4 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AO DOMÉSTICO, DIANTE DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DA NÃO DISCRIMINAÇÃO E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Não obstante a existência de uma legislação específica dos trabalhadores domésticos, necessária se faz uma análise sistemática desta legislação, dentro do ordenamento jurídico, vigente a fim de se verificar a sua aplicabilidade diante dos princípios fundamentais da Constituição.

A Constituição da República, ao dispor sobre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dispõe, em seu art. 3º, IV, que é objetivo “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Dispõe, ainda, em seu artigo 5º, caput, sobre o princípio da igualdade: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Alexandre de Moraes, (2007, p.31) explica que, segundo o princípio da igualdade, “(...)Todos os cidadãos têm direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico”.

O direito à igualdade veda a discriminação arbitrária. Sendo assim, muitas vezes, se observa, na legislação Brasileira, a tentativa de alcançar uma lei mais justa, tratando os desiguais com tratamentos diferenciados, de acordo com as suas desigualdades, na medida em que eles se igualem, obtendo uma justiça.

Não se faz razoável a aplicação dessa premissa em relação à restrição de direitos dos domésticos, uma vez que não existe desigualdade em relação ao trabalhador doméstico que justifique o tratamento diferenciado que lhe é aplicado.

De um lado, está o art. 7º, § único, da Constituição da República, que, mesmo sendo uma Constituição de justiça e igualdade, apontou, de forma seletiva, os direitos da categoria doméstica. De outro lado, os artigos 3º, IV e 5º caput, da Constituição, consagrando a não discriminação e o princípio da igualdade.

É importante salientar que a constitucionalização dos princípios fez deles o ponto central de todo o ordenamento jurídico. Os princípios passaram a ser normas de dever ser. A normatividade dos princípios foi reconhecida na própria Constituição Federal, no art. 5º, § 2º, quando esta previu que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos princípios por ela adotados.

Sendo assim, os princípios adquiriram poder normativo, passando a ser norma constitucional, além de possuírem suas funções orientadora e supletiva anteriormente já consagradas.

É certo que não existe hierarquia entre as normas constitucionais, incluindo suas espécies: princípios e regras. A valorização dos princípios não significa a negativa das regras. Conforme explica Robert Alexy (2008, p. 87), “tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever ser”.

Porém, os princípios constitucionais têm supremacia sobre qualquer outra norma, seja constitucional ou infraconstitucional, pois são eles que fundamentam e preservam todos os valores contidos no ordenamento jurídico.

Os princípios constitucionais são os conteúdos primários diretores do sistema jurídico-normativo fundamental de um Estado. Dotados de originalidade e superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, os valores firmados pela sociedade são transformados pelo Direito em princípios. Adotados pelo constituinte, sedimentam-se nas normas, tornando-se, então, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas

do Estado. São eles, assim, as colunas mestras da grande construção do Direito, cujos fundamentos se afirmam no sistema constitucional [...] (ROCHA, 1994).

Disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a Lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere atônica e lhe dá sentido harmônico. (MELLO, p. 817-818, 2003).

Sendo assim, a igualdade garantida na CR/88 é considerada um princípio constitucional, dotado de normatividade, e, portanto, fundamenta e preserva todos os valores contidos no ordenamento jurídico.

Desta forma, é incontestável que o § único do art. 7º da Constituição feriu o preceito constitucional da não discriminação e o princípio da igualdade, pois, se todos são iguais perante a lei, não poderia tal dispositivo restringir, de forma discriminatória, os direitos do trabalhador doméstico, gerando uma desarmonia no sistema jurídico.

A norma constitucional, ao especificar quais são os direitos reconhecidos ao trabalhador doméstico, considerada isoladamente, criou inadmissível discriminação, cometendo o pecado da particularização, para estabelecer diferenciações entre trabalhadores subordinados, levando-se em conta como critério distintivo tão-somente o fato de que os serviços prestados têm por destinatária atividade econômica não lucrativa, o que não se afigura como causa justa para a implantação de semelhante restrição, em afronta direta ao princípio da isonomia, guia do ordenamento jurídico brasileiro. (PAROSKI, 2006).

O doutrinador José Cretella Júnior manifestou sobre a contradição do legislador, nos seguintes termos:

O art. 7º, parágrafo único da Constituição de 5 de outubro de 1988, que estamos comentando, alterou os princípios que informam a nossa Oitava Constituição da República Federativa do Brasil, o da igualdade entre eles. Se “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, o regime jurídico do trabalhador doméstico, advindo da relação empregatícia é equiparado ao regime jurídico trabalhista dos demais empregados de fábricas, indústrias ou empresas (....). (CRETELLA JÚNIOR, 1994, p. 1036).

Desse modo, diante da análise sistemática do ordenamento jurídico, o que se percebe é que os princípios são dotados de normatividade, com uma superioridade material sobre todos os conteúdos que formam o ordenamento constitucional, uma vez eles que fundamentam e preservam os valores contidos no ordenamento jurídico, definindo a lógica e a racionalidade do sistema normativo.

Uma interpretação do sistema jurídico, em desconformidade com os princípios que lhe regem, feririam a boa hermenêutica, gerando uma desarmonia no ordenamento vigente, pois, como defendia Montesquieu (1973), é preciso ter em conta o “Espírito das Leis”.

Sendo assim, é inadmissível a aplicação do § único do art. 7º da Constituição, que mantém um tratamento discriminatório em relação ao empregado doméstico, devendo o trabalhador do âmbito familiar ter regime jurídico equiparado ao dos demais empregados, em consonância com o princípio da igualdade e da não discriminação.

Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, o ordenamento jurídico aplicável ao trabalhador doméstico é o dos demais trabalhadores.

5 CONVENÇÃO N. 189 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A Organização Internacional do Trabalho adota como Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento a afirmação universal da obrigação de respeitar, promover e aplicar os princípios relativos aos direitos fundamentais, dentre eles, a eliminação de todas as formas de discriminação, em matéria de emprego e ocupação.

E foi nesta vertente que, no dia 16 de junho de 2011, com o quadro de 396 votos a favor, 16 contra e 63 abstenções, foi aprovada a Convenção 189 da OIT, que prevê a igualdade de direitos entre os empregados de outras categorias e os empregados domésticos.

O quadro da votação demonstra que há uma paralisação mundial para acabar com o cenário de discriminação do trabalho do empregado doméstico no mercado de trabalho. É uma tendência histórica evolutiva mundial a perspectiva de elevar a condição humana desses trabalhadores, sendo cada vez mais insustentável a manutenção da desigualdade de direitos para essa categoria.

Há convenções, como é o caso da Convenção 189, que integram o núcleo dos direitos fundamentais do trabalhador, porque se referem à proibição da discriminação no emprego, sendo assim, se enquadram no feixe de direitos humanos.

É importante destacar que, no cenário brasileiro, após a Emenda Constitucional n. 45/2004, com a inserção do § 3º, no artigo 5º da Constituição, todos os tratados cujo objeto for de direitos humanos, se aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, passam a ter status de Emenda

Constitucional e, portanto, passam a produzir efeitos imediatos no ordenamento jurídico. Nesse sentido, Evaristo de Moraes Filho:

Uma vez ratificada a convenção, integra-se a convenção no ordenamento jurídico positivo interno, normalmente, independente de medidas práticas posteriores. É o que se dá no Brasil, no qual a ratificação resulta de lei, transformando o conteúdo da convenção, desde logo em *ius recptum*. (MORAES FILHO; MORAES, 2000, p. 221).

Sendo assim, caso o Brasil venha ratificar a Convenção 189 e se enquadre no artigo supra citado, é inquestionável que cessará a discussão sobre a aplicação do rol restritivos de direitos aos empregados domésticos, uma vez que a Convenção terá status de emenda Constitucional e revogará o art. 7º, § único da Constituição.

Na hipótese de ser aprovada a Convenção, sem respeito à questão formal do § 3º, no artigo 5º da Constituição, posicionamento interessante é o de Amauri Mascaro Nascimento, que entende que:

Pensamos que o princípio da hierarquia é o da predominância da norma favorável. Assim, uma convenção internacional favorável ao trabalhador preferirá à lei interna. Se, no entanto, as disposições desta forem mais benéficas, a convenção não prevalecerá, observadas certas particularidades. (NASCIMENTO, 2009, p. 98).

E, por fim, caso a Convenção não seja ratificada pelo Brasil, é importante destacar que as normas da OIT influem em nossas relações de trabalho, quer desempenhando um papel integrativo de lacunas, quer atuando como diretrizes para o legislador, quer, ainda, pela sua aplicação direta como princípios que devem presidir o nosso sistema. A convenção tem efeito integrativo do nosso ordenamento jurídico e obriga o juiz a aplicá-la.

Sendo assim, conforme Délio Maranhão e Luiz Inácio B. Carvalho (1998) “É, portanto, principalmente, através de uma pressão moral que a OIT vai obtendo conquistas no sentido da unificação internacional das normas de proteção ao trabalho”.

Não obstante a Convenção 189 seja uma excelente ferramenta para frear o posicionamento majoritário atual que aplica a restrição de direitos aos empregados domésticos, importante é salientar que, a nosso ver, a não ratificação ou a ratificação, sem obediência ao requisito formal do § 3º, no artigo 5º da Constituição, da Convenção 189 da OIT pelo Brasil não afasta a obrigatoriedade quanto à aplicação de direitos iguais entre os trabalhadores gerais e o trabalhador doméstico, em razão do caráter normativo dos princípios da igualdade e da não discriminação e de sua supremacia material.

6 CONCLUSÃO

O Direito deve ter como objetivo primordial, em qualquer situação, a dignidade do homem, visando o ideal de justiça instituído na Constituição Federal.

Não obstante a maior parte da doutrina defenda a aplicabilidade do art. 7º, parágrafo único, tal entendimento não deve prevalecer.

A forma discriminatória com que se restringe os direitos dos domésticos, fruto de uma cultura social de desprestígio ligada ao serviço escravo, resta em flagrante desrespeito aos preceitos constitucionais da não discriminação e do princípio da igualdade.

Tal fato foi, inclusive, reconhecido pela Organização Internacional do Trabalho, que editou a Convenção 189, prevendo direitos iguais para os empregados domésticos.

A aprovação da Convenção 189, com o quadro de votação mencionado neste artigo, já é suficiente para ilustrar que há um reconhecimento mundial a respeito da necessidade de reversão desta situação de discriminação.

Certo é que, os que defendem a manutenção do tratamento diferenciado para os empregados domésticos estão defendendo um posicionamento que vai em direção oposta ao processo evolutivo do Direito, enquanto objeto de justiça social.

Sendo assim, por todos argumentos apresentados, restou-se, fundamentadamente demonstrado, que a legislação aplicável ao empregado doméstico tem que ser a dos trabalhadores em geral, sob pena de restar em flagrante desarmonia com os prismas da igualdade e não discriminação vigentes no ordenamento jurídico atual.

Não estender ao doméstico os direitos assegurados aos trabalhadores urbanos e rurais vai de encontro com o objetivo do texto constitucional, que é instituir um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar a igualdade e a justiça, além de ir em direção oposta ao processo evolutivo histórico mundial de luta contra a discriminação do trabalho do empregado doméstico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROS, A. M. **Curso de direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. Malheiros, 2009.

CORTES, O. **Historia do trabalho**. 2006. Disponível em: < http://www.guatimozin.org.br/artigos/hist_trabalho.htm > Acesso em: 21 fev. 2011.

CRETELLA JÚNIOR, J. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

MARANHÃO, D.; CARVALHO, L. I. B. **Direito do trabalho**. 17. ed. Petrópolis: Gráfica Serrana, 1998.

MARTINS, I. G.; PASSOS, F. (Coord.). **Manual de iniciação ao direito**. São Paulo: Pioneira, 1999.

MARTINS, S. P. **Direito do trabalho**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, S. P. **Manual do trabalho doméstico**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MELO, H. P. O serviço doméstico remunerado no Brasil: de criadas a trabalhadoras. **IPEA**, Rio de Janeiro, ano 98, n. 565. Disponível em : <http://www.ipea.gov.br/pub/td/td0565.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2011.

MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MONTESQUIEU, C. S. **Do espírito das leis**. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

MORAES, A. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES FILHO, E.; MORAES, A. C. F. **Introdução ao direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2000.

MOTTA, S.; BARCHET, G. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

NASCIMENTO, A. M. N. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAROSKI, M. V. A empregada doméstica e a garantia provisória de emprego da gestante. **JusNavigandi**, Teresina, ano 11, n. 1195, 9 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9027>>. Acesso em: 28 fev. 2011.

RANGEL, H. M. V. A discriminação sociojurídica à empregada doméstica na sociedade brasileira contemporânea. Uma projeção do passado colonial. **JusNavigandi**, Teresina, ano 15, n. 2394, 20 jan. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/14215>>. Acesso em: 21 fev. 2011.

RENAULT, L. O. L. et al. **Discriminação**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

ROCHA, C. L. A. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROMITA, A. S. **Globalização da economia e direito do trabalho**. São Paulo: Ltr, 1997.

RUSSOMANO, M. V. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

RUSSOMANO, M. V. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2002.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.