



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

KARINA REBOUÇAS VIEIRA DE OLIVEIRA

**NOVOS DIREITOS DO EMPREGADO DOMÉSTICO E A
POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO IMEDIATA**

Salvador
2013

KARINA REBOUÇAS VIEIRA DE OLIVEIRA

**NOVOS DIREITOS DO EMPREGADO DOMÉSTICO E A
POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO IMEDIATA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Valton Pessoa

Salvador
2013

TERMO DE APROVAÇÃO

KARINA REBOUÇAS VIEIRA DE OLIVEIRA

NOVOS DIREITOS DO EMPREGADO DOMÉSTICO E A POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO IMEDIATA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2013

A Deus que iluminou o meu
caminho nessa caminhada.

Aos meus pais pelo amor, apoio e
especial incentivo.

Aos meus irmãos pela amizade,
companheirismo e torcida.

AGRADECIMENTOS

Ao Dr. Valton Pessoa, orientador presente que confiou no trabalho desenvolvido, meu especial agradecimento pelo seu empenho e dedicação na análise deste trabalho.

“Nas Grandes Batalhas da vida, o primeiro passo para vitória é o desejo de vencer.”

Mahatma Gandhi

RESUMO

O trabalho desenvolvido propõe-se a analisar a possibilidade de aplicação imediata aos novos direitos assegurados ao empregado doméstico, posto que a emenda constitucional nº 72/13 ao garantir tais direitos, condicionou a concretização de alguns deles à regulamentação legal. Entretanto, trata-se de direitos fundamentais, sem perder de vista que a Constituição Federal impõe a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Para a análise em questão o presente trabalho dedica-se a demonstrar o passado histórico de discriminação, desigualdade e marginalização da categoria doméstica, os avanços trazidos pela emenda constitucional, com o estudo desses novos direitos afiançados a categoria, e a criticar os aspectos negativos da emenda. Analisa-se ainda os direitos fundamentais, perpassando pelas suas características principais, tais como: sua supremacia, aplicação imediata, e vinculação ao Poder Público e aos particulares. Oportunamente, dedica-se a detalhar aplicação imediata dos novos direitos dos empregados domésticos à luz dos princípios jurídicos. Por fim, propõe-se o trabalho a analisar a possibilidade dos novos direitos serem aplicados imediatamente aos domésticos, mesmo contrariando, supostamente, a interpretação literal do novo texto constitucional.

Palavras-chave: Empregado doméstico; Emenda Constitucional nº 72/13; Novos direitos; Direitos fundamentais; Aplicabilidade imediata.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
art.	artigo
CEF	Caixa Econômica Federal
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CPC	Código de Processo Civil
EC	Emenda Constitucional
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OIT	Organização Internacional do Trabalho
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PL	Projeto de Lei
SAT	Seguro contra Acidente de Trabalho
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 EMPREGADO DOMÉSTICO	12
2.1 CONCEITO	12
2.2 HISTÓRICO	13
3 EMENDA CONSTITUCIONAL N° 72/2013	18
3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	18
3.2 OBJETIVO DA EMENDA	22
3.3 OS NOVOS DIREITOS ASSEGURADOS	23
3.4 OS DIREITOS PENDENTES DE REGULAMENTAÇÃO	25
3.4.1 Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa	25
3.4.2 Seguro-desemprego	27
3.4.3 Fundo de Garantia do Tempo de Serviço	29
3.4.4 Remuneração do trabalho noturno superior à do diurno	32
3.4.5 Salário-família	33
3.4.6 Assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas	35
3.4.7 Seguro contra acidentes de trabalho	36
3.5 CRÍTICAS À EMENDA	38
4 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	41
4.1 CONCEITO	41
4.2 SUPREMACIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	43
4.3 APLICABILIDADE DIRETA E IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	45
4.4 A VINCULAÇÃO DO PODER PÚBLICO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	49
4.5 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	52
5 APLICAÇÃO IMEDIATA DOS NOVOS DIREITOS DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS	54
5.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO	54

5.2 PRINCÍPIO DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO	56
5.3 PRINCÍPIO DA JUSTIÇA SOCIAL	58
5.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE	59
5.5 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	61
5.6 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE	63
6 ANÁLISE DOS NOVOS DIREITOS SOB A ÓTICA DA APLICAÇÃO IMEDIATA	66
6.1 SEGURO-DESEMPREGO	67
6.2 FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO	68
6.3 RELAÇÃO DE EMPREGO PROTEGIDA CONTRA DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA	69
6.4 REMUNERAÇÃO DO TRABALHO NOTURNO SUPERIOR À DO DIURNO	70
6.5 SALÁRIO-FAMÍLIA	71
6.6 ASSISTÊNCIA GRATUITA AOS FILHOS E DEPENDENTES DESDE O NASCIMENTO ATÉ CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS	73
6.7 SEGURO CONTRA ACIDENTES DE TRABALHO	73
7 CONCLUSÃO	75
REFERÊNCIAS	79

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva analisar a nova emenda constitucional que ampliou os direitos dos empregados domésticos, categoria de trabalhadores que tanto tem contribuído para a sociedade com seu labor diário em milhões de lares espalhados por esse imenso país, e que ainda carece de diversos direitos básicos essenciais a dignidade humana, apesar de alguns avanços da Constituição de 1988.

Em toda história brasileira o trabalhador doméstico foi discriminado, excluído e marginalizado social e juridicamente. O desprestígio e o preconceito sofrido por essa classe trabalhadora foi refletido no lento processo de evolução legislativa quanto à proteção dessa modalidade de labor. Entretanto, a Emenda Constitucional nº 72/13 foi criada para estender aos domésticos novos direitos já concedidos aos demais trabalhadores, como forma de atenuar a desigualdade existente.

É em virtude da absurda opressão e exclusão histórica que os trabalhadores do lar sofreram, que se justifica a apreciação do tema proposto, sendo de grande relevância a análise sobre a possibilidade de aplicação imediata dos novos direitos garantidos a essa classe.

Recentemente, com a alteração do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal, pretendeu-se proclamar a igualdade dessa classe trabalhadora com os demais empregados urbanos e rurais. Todavia ainda não se trata de concreta isonomia, posto que alguns direitos ainda não foram estendidos, em que pese as outras categorias já possuírem.

De outro giro, a própria emenda constitucional nº 72/13 traz em si algo que não deveria, na medida em que ao conceder alguns direitos, malgrados serem fundamentais, transfere ao talante do legislador ordinário a sua regulamentação.

O trabalho desenvolvido busca analisar a possibilidade de aplicação imediata dos direitos recentemente assegurados ao trabalhador do lar que foram expressamente condicionados à regulamentação futura pela própria emenda para que sejam efetivados. Não se pretende aqui tratar dos direitos em que a referida emenda não estatuiu como pendente de regulamentação, posto que quanto a estes resta óbvia a sua aplicabilidade imediata.

No segundo capítulo, será abordado o conceito de empregado doméstico e o histórico do tratamento dispensado a esse profissional ao longo da história no Brasil.

O capítulo seguinte analisará, de modo crítico, a emenda constitucional nº 72/13, seus antecedentes históricos, os objetivos da alteração constitucional, além dos novos direitos trazidos; discorrendo, em seguida, sobre os direitos que a princípio, dependem de regulamentação.

O capítulo quarto, destaca os novos direitos dos domésticos sob a ótica dos direitos fundamentais, seu conceito e supremacia, e possibilidade de aplicação direta e imediata; sem olvidar da vinculação do poder público aos direitos fundamentais, e por fim, de sua eficácia horizontal.

No quinto capítulo, se explanará acerca dos princípios que convergem para a aplicação imediata dos direitos fundamentais aos empregados domésticos, a exemplo do princípio da proteção, da igualdade, da justiça social, do valor social do trabalho, da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da proporcionalidade, incluindo o conceito e o alcance quanto aos direitos fundamentais no âmbito juslaboral.

No sexto e último capítulo, volta-se o presente estudo ao seu objeto central, que é a discussão sobre a possibilidade dos novos direitos serem aplicados imediatamente aos domésticos, mesmo contrariando, supostamente, a interpretação literal do novo texto constitucional.

2 EMPREGADO DOMÉSTICO

Ao iniciar a análise do tema, os novos direitos do empregado doméstico e sua aplicabilidade imediata, cabe primeiramente compreender o sujeito de direito titular dessas garantias, com a sua definição e aspectos históricos relevantes ao tema.

2.1 CONCEITO

Segundo a Lei nº 5.859/72, artigo 1º, empregado doméstico é a pessoa física que presta serviço de natureza contínua, sem finalidade lucrativa, à pessoa ou à família, no âmbito residencial desta.

O vínculo de emprego doméstico constitui-se a partir de oito elementos fático-jurídicos: os genéricos, que são os necessários para configurar qualquer relação de emprego (pessoa física; personalidade; onerosidade; subordinação e não eventualidade), e três elementos fático-jurídicos peculiares dessa relação empregatícia (finalidade não lucrativa; apropriação dos serviços apenas por pessoa física ou por família; efetuação em função do âmbito residencial dos tomadores) (DELGADO, 2009, p.348).

A exigência legal de finalidade não lucrativa consiste na impossibilidade do trabalho doméstico gerar serviços para terceiros, devendo se restringir exclusivamente em prol da pessoa ou família pela qual foi contratado. Assim, caso o patrão produza, por exemplo, doces para vender a terceiros, a cozinheira não pode ser considerada doméstica, mas sim empregada urbana, bem assim, se a residência torna-se uma pousada, a faxineira e a cozinheira deixam de ser domésticas, visto que seus serviços concorreram para a atividade com finalidade lucrativa.

Assim, se houver concomitância na prestação de serviço doméstico com a prestação de serviços em atividade lucrativa para o mesmo empregador, prevalecerá o regime jurídico mais favorável, ou seja, o que maior proteção proporcionar ao trabalhador, portanto, o da CLT (SARAIVA, 2012, p.100).

De outro lado, é possível identificar o trabalho doméstico quando um grupo de pessoas físicas que moram, por exemplo, em uma república de estudantes, contratam empregado para os afazeres do lar, não tendo nenhuma finalidade lucrativa. Assim, o obreiro doméstico pode ter como empregador, não só família ou pessoa física, podendo ser contratado também por pessoas que não têm parentesco, mas que desfrutam do seu labor no mesmo âmbito residencial e sem fins lucrativos.

Vale ressaltar que pessoa jurídica não podem ser tomadoras dos serviços domésticos, como pode se depreender dos requisitos estabelecidos na lei, que exige a prestação desse serviço apenas à pessoa física ou à família.

Por sua vez, por âmbito residencial deve-se entender as tarefas realizadas em favor do empregador no recinto “familiar”, isto é, tanto as tarefas tipicamente inerentes aos afazeres domésticos (limpeza, cozinha, vigilância da residência, entre outros), como outras atividades complementares em prol do ente familiar, ainda que prestadas fora do âmbito residencial, como, por exemplo, o motorista particular.

Nesse sentido, se enquadrariam nessa categoria, não só a cozinheira, a babá, a faxineira, a arrumadeira, como também aqueles empregados que laboram nas dependências da residência ou nos seus prolongamentos, a exemplo do jardineiro, do motorista particular, do caseiro, do segurança particular, entre outros (que não prestam serviços no “âmbito” da residência) (BARROS, 2012, p. 268/269).

Entretanto, os faxineiros, zeladores, serventes e porteiros de condomínios, que estão a serviço apenas da administração destes, e não dos condôminos em particular, não são regidos pela lei dos domésticos (Lei nº 5.859/72), mas pela CLT.

2.2 HISTÓRICO

Doméstico remete a etimologia da palavra latina *domus* que significa casa. Ao fazer uma análise histórica, percebe-se que o trabalho doméstico traduz verdadeiro resquício do período colonial escravista, onde parte dos escravos já realizavam os afazeres do lar na casa grande.

Registra-se que, em face da ausência de políticas públicas voltadas para a inserção

do ex-escravo na sociedade, o sistema escravocrata gerou como consequência a exclusão social da população negra, que marginalizada encontrou espaço apenas em ocupações subalternas. Assim, grande parte dos libertos foram laborar como domésticos.

Devido a isto, atualmente, essa categoria profissional é composta majoritariamente por mulheres negras e com baixa escolaridade, o que acarretou a persistência no seio da sociedade de certa resistência à extensão de direitos básicos à referida categoria.

De acordo com a diretora de Programas da Secretaria de Políticas de Ações Afirmativas, Dr^a. Ângela Maria de Lima Nascimento (2012, p.5/6):

Superar a miséria implica reconhecer os fatores que geram, reforçam e fortalecem as condições de miséria, sobretudo para grupos que, historicamente, foram colocados em lugar de desigualdade, como no caso das trabalhadoras domésticas brasileiras, em sua maioria mulheres negras e com baixa escolaridade. [...] Importante mencionar que, historicamente, a inserção das mulheres africanas no contexto colonial se deu como peça da dinâmica produtiva ao lado do homem negro, mas de forma diferente da mulher branca que não chegou à colônia na condição de escrava, embora ambas tenham se submetido às relações patriarcais. Esse histórico mostra que a manutenção de práticas sociais baseadas nas iniquidades das relações de trabalho, nas inúmeras formas de discriminação, no desrespeito e na violência com a qual são tratadas as trabalhadoras domésticas encontram-se ancoradas nas representações negativas que a sociedade e o Estado brasileiro construíram sobre as mulheres negras nas relações sociais desenvolvidas.

Nota-se que a desigualdade e discriminação sofrida pelas domésticas refletem razões históricas que remetem à escravidão dos negros africanos trazidos para as plantações de cana-de-açúcar e para o serviço na casa grande, onde labutavam durante o dia e se recolhiam à noite nas senzalas.

Tal herança histórica pode ser observada nas normas constitucionais originalmente estabelecidas na Carta Magna de 1988, em relação ao obreiro doméstico - que são em sua maioria negros e exercem atividades que eram feitas por escravos, na medida em que foram contemplados com menos direitos frente aos demais trabalhadores.

É importante frisar que historicamente o homem sempre quis explorar o mais fraco para se manter na classe dominante, tendo inevitavelmente por trás o intuito econômico. Dessa forma, resta clara a falta de interesse da classe dominante na alteração do quadro discriminatório a que se encontravam submetidos os obreiros domésticos.

Nesse sentido, afirma Joaquim Barbosa (2001, p.18):

Discriminar nada mais é do que insistir em apontar ou inventar diferenças, valorizar e absolutizar essas diferenças, mediante atividade intelectual voltada à legitimação de uma agressão ou de um privilégio.

Essa é a forma de perpetuação da desigualdade social existente no país, o conformismo social, mascarando o interesse das classes mais abastadas de se manter como classe privilegiada, explorando a mão de obra barata dos menos favorecidos.

Com efeito, o sistema escravocrata gerou como fruto uma exclusão social da população negra, que atualmente labora em sua grande parcela na atividade doméstica, que passaram milhares de anos sem muitos direitos fundamentais. Isso se evidencia, após a abolição, diante da falta de políticas afirmativas de inclusão social, a marginalização dos ex-escravos, que passaram a exercer atividades em condições subalternas (como ocorre hoje com o trabalho doméstico) e que os colocam numa situação de inferioridade na pirâmide social.

A esse respeito são pródigos os relatos históricos de que “após a abolição da escravatura, muitos ex-escravos acabaram permanecendo nas terras, em troca de local para dormir e comida para sobreviver, porém, agora não mais como escravos e sim como domésticos” (PAMBLONA FILHO, 1997, pg. 96).

Cássio Casagrande (2008, p.1), lembra que:

O escravagismo permeou as relações sociais brasileiras para além da questão racial, uma vez que aquele regime influi também no modo como a sociedade brasileira valora o trabalho manual, em especial o prestado no âmbito doméstico por serviçais, do que é prova a situação de notória discriminação a que estão relegados, até hoje, os trabalhadores domésticos.

Considerada atividade subalterna também pelo fato de ser exercida basicamente de forma manual, ensejando certo desprestígio e verdadeiro preconceito e marginalização dos executores de tal atividade.

Dessa forma, percebe-se que toda essa cultura de discriminação, desigualdade, exclusão e marginalização enraizada no seio social em desfavor dos domésticos se refletem também na legislação pátria, que durante décadas discriminou o trabalhador do lar em relação aos demais empregados, os deixando sem proteção a direitos básicos. A real justificativa para essa desigualdade pauta-se em uma questão histórica, qual seja: a escravidão, que gerou efeitos discriminatórios na

sociedade brasileira ainda existentes, mesmo após mais de um século da abolição da escravatura.

A discriminação aos domésticos é fruto de resquícios ideológicos, que atinge toda a sociedade, inclusive os que legislam. Nesse sentido discorre Joaquim Barbosa (2001, p.30):

[...] no que concerne à discriminação em razão de raça ou cor, existe ainda o chamado “racismo inconsciente. Este que bem pode ser ilustrado por aquelas hipóteses em que não há propósito discriminatório por parte do legislador ao editar a norma excludente, tampouco por parte de quem a aplica. No entanto, a discriminação lá está. Palpável. Visível. Irrefutável. A inevitabilidade do preconceito inconsciente é magistralmente demonstrável: Quando o discriminador não tem consciência do seu preconceito e tem convicção de que percorre a trilha da justiça, são pacas as chances de sucesso da razão e da persuasão moral. No Brasil, algumas práticas discriminatórias, sobretudo em matéria de educação e emprego, se enquadram perfeitamente nessa modalidade. Banalizadas, passam a integrar a prática institucional e são ofuscadas pela ausência de questionamentos propiciada pelo mito da democracia racial.

Não se pode olvidar que os princípios do estado democrático de direito, como a isonomia, a dignidade da pessoa humana e a não discriminação, devem ser observados não só pela sociedade civil, mas também pelo Estado e por quem o representa, não podendo deixar de serem realizados, sob pena de passarem a ser meros pedaços de papéis sem realização existencial.

Ademais, a evolução legislativa referente a essa classe trabalhadora foi morosa e gradual. Nota-se que o primeiro diploma normativo a regular o trabalho doméstico foi o Código Civil de 1916, que o incluiu, no art. 1.216, como modalidade de locação de serviço. Entretanto, o obreiro doméstico foi conceituado apenas em 1923, pelo Decreto 16.107/23. Este Decreto foi a primeira norma do ordenamento jurídico a garantir alguns direitos a esses trabalhadores. Com o surgimento da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), o conceito de empregado doméstico foi alterado, e as regras estabelecidas anteriormente foram revogadas. Porém, a CLT, no seu art.7º, alínea “a”, excluiu expressamente o trabalhador do lar das proteções dispostas em tal Consolidação.

Como já dito, o processo de mudanças foi lento e gradual, somente na última década de 70 que o doméstico teve Lei própria, que o regulasse. As primeiras mudanças expressivas surgiram com a Lei 5.859/72 e com a Carta Maior de 1988 que, no seu art. 7º, parágrafo único, concedeu diversos direitos aos domésticos, entretanto, não estendeu muitos dos direitos garantidos aos demais trabalhadores

rurais e urbanos. Outros direitos foram conferidos a esses trabalhadores através de novas leis posteriores à Constituição, como por exemplo: estabilidade à gestante, férias de 30 dias, FGTS e seguro-desemprego. Contudo, estes dois últimos eram condicionados à boa vontade do empregador, uma vez que a lei facultou à escolha pelo mesmo.

Ademais, para o alento e redenção da categoria dos domésticos, a partir de 2011 houve grandes avanços na legislação nacional e internacional, como será abordado no item seguinte.

3 EMENDA CONSTITUCIONAL N° 72/2013

Foi graças à emenda constitucional nº 72/2013 que foi assegurado à categoria dos domésticos diversos direitos básicos e fundamentais, já outrora concedidos aos trabalhadores rurais e urbanos. Assim, a mencionada emenda foi salutar ao proporcionar a quase igualdade de direitos para essa classe trabalhadora tão desprestigiada, discriminada, excluída e marginalizada. Portanto, é de extrema relevância o estudo desses novos direitos, bem como dos antecedentes históricos, objetivos e críticas referentes a essa emenda.

3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A Constituição de 1988, dita Constituição cidadã, discriminou os trabalhadores do lar, ao contemplá-los com menos direitos em relação aos garantidos para os trabalhadores rurais e urbanos. Dessa forma, fazendo uma leitura literal constitucional e legislativa, eram direitos do doméstico apenas: carteira de trabalho devidamente anotada; salário mínimo; feriados civis e religiosos; irredutibilidade salarial; 13ºsalário; repouso semanal remunerado; férias com no mínimo 1/3 de acréscimo; licença maternidade de 120 dias com o salário maternidade; licença paternidade de 5 dias; auxílio doença; aposentadoria; pensão por morte; auxílio reclusão; integração no regime geral de previdência social; aviso-prévio; vale-transporte; FGTS facultativo; seguro-desemprego em caso de contribuição ao fundo de garantia por tempo de serviço; dano moral em caso de discriminação e assédio; direito de greve; e estabilidade gravídica.

Vale ressaltar que o FGTS era facultado ao empregador conceder ou não, sendo assim, caso não fosse concedido o FGTS, também não seria garantido o seguro desemprego. É fácil perceber que a grande maioria dos empregadores não optava pelo recolhimento do FGTS, comprometendo a efetividade desses direitos, já que eram desprovidos de obrigatoriedade.

De outro lado, diversos direitos assegurados aos trabalhadores rurais e urbanos não

foram estendidos aos domésticos¹, como se depreende do texto original do artigo 7º da Carta Magna com a exclusão dos incisos mencionados no seu parágrafo único, apenas estes poucos concedidos aos domésticos.

Portanto, resta clara a discriminação legislativa sofrida pelos domésticos no próprio texto original da Constituição de 1988, *a contrario sensu* dos seus princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da não discriminação, do valor social do trabalho e da justiça social.

Entretanto, em 2011 houve um grande avanço internacional sobre o tema:

¹Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I- relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da 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;

V- piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; 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;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

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

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

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;

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;

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;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

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;

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

A conferência da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em Genebra aprovou em junho/11 normas de proteção ao empregado doméstico, por meio da convenção nº 189 que prevê a extensão de direitos básicos ao obreiro do lar, bem como da recomendação 201 com o mesmo título - “convenção sobre trabalho descente para as trabalhadoras e trabalhadores domésticos” - da convenção nº 189 que a complementa. Apesar de o Brasil ser membro da OIT ainda não houve a ratificação desta convenção no país. Entretanto, a mesma representa um grande avanço para a comunidade internacional.

A mídia destacou movimento de diversos juristas brasileiros em verdadeiro abaixo assinado com 250 assinaturas em defesa da adoção da Convenção 189 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) defendendo a imediata ratificação da referida convenção e lançam o movimento “As domésticas, Direitos Já” (ORTIZ, 2011).

Por sua vez, a jurista Luciane Cardoso Barzotto (2011, p.949), ao se referir a convenção da OIT 189 sobre os domésticos, assim enfatiza:

[...] O texto introdutório da nova convenção refere que esta atividade diversas vezes desprezada do ponto de vista social é realizada principalmente por mulheres, meninas, migrantes ou pessoas pertencentes a comunidades desfavorecidas e vulneráveis à discriminação relativa ao emprego e trabalho, bem como a outras violações dos direitos humanos.

No preâmbulo da mencionada Convenção está evidenciada a necessidade de justiça ao doméstico, que produz sim riqueza com seu trabalho, mas que seguiu por décadas “invisível” e não valorizado. Assim, a convenção 189 da OIT propõe um labor descente para o doméstico, incentiva a profissionalização da categoria, e garante a qualidade de trabalho, ao impor o tratamento igualitário aos domésticos frente aos demais trabalhadores, no que se refere aos direitos fundamentais (BARZOTTO, 2011, p.949).

A referida convenção nº189 estabelece que todos os signatários devem adotar medidas tendentes a promover o bem-estar de todos os trabalhadores domésticos, através da assimilação dos princípios e direitos fundamentais do trabalho e dos direitos humanos. Prevê, assim, a eliminação das discriminações, do trabalho infantil e forçado, e dos abusos no trabalho doméstico.

Nesse sentido a doutrinadora Luciane Cardoso Barzotto (2011, p. 950) salienta:

Para a Organização internacional do trabalho o paradigma do trabalho decente significa uma política institucional que procura impulsionar ações mundiais em torno de quatro pilares laborais: os direitos fundamentais (trabalho com liberdade, igualdade e não forçado ou infantil); o emprego como fator de desenvolvimento para todos; proteção social (redes de amparo em situações de vulnerabilidade) e o diálogo social (busca de consenso entre governo e organizações de trabalhadores e de empregadores sobre condições justas e dignas de trabalho e emprego). Em síntese, a OIT define trabalho decente como “aquele desenvolvido em ocupação produtiva, justamente remunerada e que se exerce em condições de liberdade, equidade, seguridade e respeito à dignidade da pessoa humana.

Portanto, resta claro que por esse conceito dado pela OIT, o labor doméstico no Brasil não era um trabalho descente, visto que não se coadunava com os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da equidade, do valor social do trabalho e da justiça social. Nesse sentido, a convenção nº 189 visa dignificar o trabalho doméstico mundialmente, para que seja exercido em condições de igualdade e respeito.

A convenção objetiva dar tratamento isonômico para os domésticos, concedendo os mesmos direitos básicos garantidos aos demais trabalhadores, como por exemplo: limitação da jornada de trabalho; registro da jornada; horas extras; descanso intra e interjornadas; descanso semanal de pelo menos 24 horas consecutivos; limitação para pagamento de salário in natura; ambiente de trabalho salubre; direito a ser informado dos seus direitos e obrigações em contrato escrito; liberdade de associação e negociação coletiva.

Vale ressaltar, que convenção, entendido como tratado internacional que vincula os Estados-Membros da OIT que por ventura venham a ratificá-lo, somente passa a vigorar no plano internacional, nos termos do art. 21, “2” da própria convenção, se e somente se, vier a ser ratificado por pelo menos dois Estados- Membros da OIT. Em verdade, já houve a ratificação por dois países Uruguai e Filipinas. Todavia para entrar em vigor resta o transcurso do interstício mínimo de doze meses após a ratificação.

Assim, para que a referida convenção tenha plena vigência internamente, no Brasil, basta que após a entrada em vigor no plano internacional a Presidência da República a submeta ao crivo do Congresso Nacional, e esta venha a aprovar por meio do denominado decreto legislativo. Entretanto, caberá ao poder executivo posteriormente promulgar através de decreto esta convenção internacional.

Quanto aos avanços nacionais sobre o tema, é de extrema relevância explanar

sobre a dita PEC das domésticas (Proposta de emenda constitucional nº 478). No dia 03 de abril de 2013, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 72/2013, que finalmente estendeu aos obreiros do lar grande parte das garantias fundamentais, já, originalmente, asseguradas aos demais trabalhadores, com a alteração do parágrafo único do art. 7º da Carta Magna de 1988:

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional: Artigo único. O parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art.7º, parágrafo único: São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social."

Segundo Cláudio Souza Neto (2013, p.1), secretário-geral da OAB Nacional, após a aprovação da PEC, a EC nº72/13 tem incidência imediata nas relações de trabalho, incluído os contratos já em curso. Nesse sentido, não se pode dizer que os contratos anteriormente firmados são atos jurídicos perfeitos. A emenda à Constituição não irá retroagir para incidir sobre o trabalho já realizado antes da sua vigência. Contudo, incidirá sobre o trabalho que venha a se concretizar *a posteriori*, mesmo que o contrato que venha lhe dar fundamento já esteja em vigor na data da sua promulgação.

Na atualidade, os domésticos são detentores da maioria dos direitos assegurados aos trabalhadores rurais e urbanos constitucionalmente, e portanto, a integralidade desses direitos deve ter incidência imediata.

3.2 OBJETIVO DA EMENDA

A Proposta de Emenda Constitucional nº 478 de 2010, de autoria do deputado Carlos Bezerra, teve como objetivo alterar o parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal, para garantir a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os trabalhadores urbanos e rurais.

Nesse sentido, as razões que motivaram a apresentação da proposição, constantes na justificativa do autor da PEC, são as seguintes:

Desde 2008, está sendo elaborada, no âmbito no Poder Executivo, uma Proposta de Emenda à Constituição para estabelecer um tratamento isonômico entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais brasileiros. A tarefa foi entregue a um grupo multidisciplinar que envolveu a Casa Civil e os Ministérios do Trabalho e Emprego, 2 da Previdência Social, da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão. As mudanças pretendidas no regime jurídico dos domésticos beneficiarão 6,8 milhões de trabalhadores, permitindo-lhes acesso ao FGTS, ao Seguro desemprego, ao pagamento de horas extras e ao benefício previdenciário por acidente de trabalho, prerrogativas que estão excluídas do rol dos direitos a eles assegurados no parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal. Infelizmente, os trabalhos iniciados em 2008, no Governo Federal, foram interrompidos e permanecem inconclusos. A principal dificuldade encontrada pelos técnicos para a conclusão dos trabalhos é o aumento dos encargos financeiros para os empregadores domésticos. Sabemos que, seguramente, equalizar o tratamento jurídico entre os empregados domésticos e os demais trabalhadores elevará os encargos sociais e trabalhistas. Todavia, o sistema hoje em vigor, que permite a existência de trabalhadores de segunda categoria, é uma verdadeira nódoa na Constituição democrática de 1988 e deve ser extinto, pois não há justificativa ética para que possamos conviver por mais tempo com essa iniquidade. A limitação dos direitos dos empregados domésticos, permitida pelo já citado parágrafo único do art. 7º, é uma excrescência e deve ser extirpada (BEZERRA, 2012, p.1/2).

A emenda em sua essência teve o condão de atenuar as desigualdades, discriminações, e injustiças perpetradas por longos séculos, fruto do sistema escravista, que arranhava a dignidade do trabalhador doméstico. Essa emenda resume a libertação e redenção de uma categoria desprestigiada, desassistida e injustiçada, constituindo assim um grande avanço nos direitos humanos.

3.3 OS NOVOS DIREITOS ASSEGURADOS

A emenda 72/2013, como já dito, trouxe diversos novos direitos ao patrimônio jurídico dos domésticos, sendo estes atualmente titulares de muitas garantias básicas anteriormente já concedidas aos demais trabalhadores.

Ademais, os novos direitos trazidos pela emenda 72 vêm corroborar a finalidade do Direito do Trabalho que é garantir melhores condições de trabalho, além de melhores condições sociais ao trabalhador. Dessa forma, o Direito do Trabalho tem por objetivo melhorar as condições de trabalho do obreiro, bem como de suas situações sociais, garantindo ao trabalhador um ambiente de trabalho salubre, e

uma remuneração que lhe permita ter uma vida digna para que possa exercer seu papel na sociedade (MARTINS, 2009, p.17).

Esse ramo do direito, portanto, pretende corrigir as deficiências encontradas nas relações de trabalho, não só quanto às condições de trabalho, mas também para assegurar um salário condigno, para que o trabalhador possa suprir suas necessidades e de sua família. A melhoria das condições de trabalho e sociais do obreiro deve ser feita por meio de uma legislação que tenha por finalidade proteger o trabalhador, que é o pólo mais fraco da relação. Os instrumentos protetivos a serem observados nessas relações são os previstos na legislação, quando limita a jornada de trabalho, assegurar férias ao trabalhador, garante intervalos nas jornadas de trabalho, estabelece um salário mínimo que permita ao trabalhador uma existência honrosa, etc (MARTINS, 2009, pg. 17).

Nesse sentido, são os novos direitos constitucionalmente garantidos a essa categoria: “Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos da lei complementar que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”; “seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário”; “fundo de garantia do tempo de serviço”; “remuneração do trabalho noturno superior à do diurno”; “proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”; “salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda, nos termos da lei” (Art. 7º, parágrafo único, da CF).

A EC nº 72/13 também assegurou aos domésticos: “duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho”; “remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal”; “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”; “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”; “assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas”; “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” (Art. 7º, parágrafo único, da CF).

Com o novo texto do parágrafo único do art. 7º da CF ainda foram estendidos aos trabalhadores do lar: “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou

culpa”; “proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil”; “proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência”; “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”.

Portanto, a EC nº 72/13 ao alterar o parágrafo único do art. 7º da Carta Maior, estendeu aos domésticos a maioria dos direitos garantidos aos demais trabalhadores, dando tratamento quase que igualitário ao obreiro doméstico, como forma de se efetivar a tão sonhada justiça.

3.4 OS DIREITOS PENDENTES DE REGULAMENTAÇÃO

Entretanto, muitos foram os direitos concedidos aos domésticos que a própria Constituição inadequadamente condicionou a sua efetividade à superveniência de lei futura, uma vez que a EC nº 72/13 tem a seguinte redação:

São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

Alguns novos direitos dependem, pelo texto acima, de regulamentação. Nesse sentido, torna-se imprescindível uma análise desses direitos que a referida emenda estatuiu como dependente de regulamentação futura para ser aplicado e efetivado, o que será abordado nos itens seguintes.

3.4.1 Relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa

A Constituição Federal no inciso I, do art. 7º prevê como um direito social a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos

da lei complementar que preverá indenização compensatória, além de outros direitos.

Cumprido lembrar que até a presente data não foi observado o desejo do constituinte de 1988, na medida em que não veio a ser promulgada até os dias atuais a lei complementar exigida, por falta de interesse político. Assim, atualmente, conforme legislação brasileira, o trabalhador não é destinatário de tutela quanto a sua ocupação, permanecendo a dispensa um direito potestativo do empregador (BARROS, 2012, p. 772).

Esse dispositivo provocou um grande enfraquecimento do princípio da continuidade da relação de emprego, que estabelece que os contratos de trabalho devem ser pactuados por prazo indeterminado, passando o trabalhador a integrar a estrutura da empresa permanentemente. Este princípio resta enfraquecido, uma vez que a dispensa arbitrária ou sem justa causa pelo empregador, foi convertida em um mero ato potestativo do empregador, tornando-se apenas mais onerosa, em virtude de exigência de pagamento de indenização compensatória (SARAIVA, 2012, p.142).

Apesar de não ter sido feita lei complementar, aplica-se o art. 10 do ADCT da Constituição, que estabelece que fica limitada a proteção referida no inciso I do art. 7º da Carta Magna, ao aumento de quatro vezes a porcentagem prevista no art. 6º, parágrafo 1º da lei 5.107/66. Entretanto a mencionada lei foi revogada pela Lei 8.036/90, a qual dispõe no seu art. 18, parágrafo 1º:

Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros.

Dessa forma, o empregador ao despedir arbitrária ou imotivadamente seu empregado deve pagar multa de 40% dos valores depositados a título de FGTS na conta vinculada do obreiro, atualizados e com juros, até que surja uma Lei Complementar para regular a indenização compensatória de que trata o art. 7º, I, da CF.

Portanto, a despedida arbitrária, imotivada ou sem justa causa consiste no poder potestativo do empregador de unilateralmente e de forma desfundamentada romper o vínculo empregatício. Entretanto esta modalidade de despedida é vedada quando

o trabalhador possuir estabilidade, ou quando houver suspensão do contrato de trabalho em virtude de recebimento de auxílio doença pelo INSS.

Quanto aos obreiros domésticos, só é vedada a despedida sem justa causa no caso de suspensão do contrato laboral por recebimento de auxílio doença ou quando a empregada estiver em gozo da estabilidade gestante, uma vez que essa é o único tipo de estabilidade concedida ao doméstico.

Em relação ao recebimento de indenização compensatória, em caso de despedida arbitrária do empregado doméstico, o legislador constituinte condicionou tal direito ao surgimento de lei que o regulamente.

3.4.2 Seguro-desemprego

O seguro-desemprego tem natureza assistencial e previdenciária estabelecida pela Constituição Federal no art. 201, III, e está regulado na Lei nº 7.998/90.

Esse direito consiste em um benefício previdenciário que é custeado com os recursos da seguridade social, principalmente os gerados com o Programa de Integração Social (PIS) e com o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor (Pasep) (SARAIVA, 2012, p. 144).

Esse benefício previdenciário é garantido aos trabalhadores desempregados involuntariamente, ou aos trabalhadores resgatados de trabalhos forçados, ou análogos ao trabalho escravo, bem como aos pescadores no período defeso, sendo, em regra, concedido mensalmente por três a cinco meses.

Assim, o seguro-desemprego é garantido nos casos de despedida imotivada (quando o trabalhador não deu causa à dispensa), ou rescisão indireta (quando o empregador cometer falta grave). Entretanto, não é assegurado quando o empregado pede demissão, quando é dispensado por justa causa, ou quando há culpa recíproca do empregado e do empregador, uma vez que não há surpresa, não podendo o trabalhador se beneficiar da sua própria torpeza, sob pena configurar-se um *venire contra factum proprium*.

Nesse sentido, Renato Saraiva (2012, p.145), assevera que são finalidades do seguro desemprego:

Prover assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado em virtude de dispensa sem justa causa, inclusive a indireta, ao trabalhador comprovadamente resgatado de regime de trabalho forçado ou da condição análoga à de escravo; auxiliar os trabalhadores na busca ou preservação do emprego, promovendo, para tanto ações integradas de orientação, recolocação e qualificação profissional.

Para o trabalhador dispensado sem justa causa, fazer jus a tal benefício é necessário a comprovação do preenchimento alguns requisitos cumulativamente, quais sejam: o recebimento de salários relativos a cada um dos seis meses imediatamente precedentes à despedida, por parte de pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada; ter sido empregado de pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, ou ter executado trabalho autônomo reconhecido por lei, durante pelo menos 15 meses nos últimos 24 meses; não estar em gozo de benefícios previdenciários de prestação continuada, salvo nos casos de recebimento de auxílio-acidente, auxílio suplementar, e o abono de permanência em serviço; não estar em gozo do auxílio-desemprego; não receber qualquer tipo de renda própria que seja suficiente para garantir a sua subsistência e de sua família (Art. 3º da Lei 7.998/90).

De acordo com o art. 6º da Lei nº 7.998/90 esse benefício pode ser requerido a partir do sétimo dia subsequente à rescisão do contrato de trabalho.

Para aquisição de novo seguro é necessário o decurso mínimo de 16 meses, contados da data de dispensa que deu origem a primeira habilitação, o que é chamado de período aquisitivo. Assim, a cada novo período aquisitivo o benefício pode ser retomado (VIANNA, 2010, p. 554/555).

O trabalhador pode receber o seguro-desemprego entre três a cinco meses, continua ou alternadamente. Assim, o trabalhador receberá três parcelas, se comprovar vínculo de emprego com pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, com duração mínima de seis meses e no máximo onze meses, nos últimos trinta e seis meses anteriores à dispensa que deu origem ao benefício; quatro parcelas, se comprovar vínculo de emprego com pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, com duração mínima de doze meses e no máximo vinte e três meses, nos últimos trinta e seis meses anteriores à dispensa; ou cinco parcelas, caso comprovar vínculo de emprego com pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, de no mínimo vinte e quatro meses, nos últimos trinta e seis meses anteriores à dispensa (VIANNA, 2010, p. 555).

Vale ressaltar que esse benefício não pode ser inferior ao salário mínimo vigente, segundo o parágrafo 2º do art.5º da lei.

O seguro-desemprego pode ser suspenso ou cancelado nas hipóteses estabelecidas no art. 7º e 8º da lei que o regulamenta:

Art. 7º O pagamento do benefício do seguro-desemprego será suspenso nas seguintes situações:

I - admissão do trabalhador em novo emprego;

II - início de percepção de benefício de prestação continuada da Previdência Social, exceto o auxílio-acidente, o auxílio suplementar e o abono de permanência em serviço;

III - início de percepção de auxílio-desemprego.

Art. 8º O benefício do seguro-desemprego será cancelado:

I - pela recusa por parte do trabalhador desempregado de outro emprego condizente com sua qualificação registrada ou declarada e com sua remuneração anterior;

II - por comprovação de falsidade na prestação das informações necessárias à habilitação;

III - por comprovação de fraude visando à percepção indevida do benefício do seguro-desemprego; ou

IV - por morte do segurado.

Esse direito foi estendido ao trabalhador doméstico pela emenda nº 72, contudo já era concedido ao doméstico que fosse inscrito no FGTS à escolha do empregador. O seguro-desemprego é um benefício condicionado a inscrição do trabalhador no FGTS, portanto, tal direito para os domésticos fica ainda mais prejudicado, em virtude de ser considerado o direito ao FGTS também pendente de regulamentação.

3.4.3 Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço foi criado pela lei 5.107/66 e regulamentado pelo decreto 59.820/66, todavia após diversas alterações legislativas tem-se no momento em vigência acerca do tema a lei 8.036/90, regulamentada pelo decreto 99.684/90.

Trata-se de depósito bancário com finalidade de garantir uma indenização para o trabalhador que pode sacar em diversas oportunidades e especialmente na dispensa sem justa causa. Lembrando que o montante de recursos depositados em conta vinculada e destinados ao trabalhador tem a finalidade, inclusive, de viabilizar o direito social à moradia, através do Sistema Financeiro da Habitação.

Com efeito, o fundo é regido pelo Conselho Curador, que tem como presidente o representante do Ministério do Trabalho, tendo voto de qualidade quanto às decisões tomadas pelo Conselho. Os demais integrantes são os representantes dos trabalhadores, empregadores, órgãos e entidades governamentais (FUHRER, 2005, p.123).

Por sua vez, a Caixa Econômica Federal é o agente operador do Fundo de Garantia e, desde 1991, assumiu o controle de todas as contas vinculadas dos trabalhadores brasileiros, enquanto a rede bancária passou tão somente à condição de simples recebedora e pagadora do FGTS, sem a antiga função de depositária das contas vinculadas do fundo como acontecia no regime anterior a 1991 (MARTINS, 2009, p. 445).

Cumprido salientar que os créditos atinentes ao referido fundo gozam dos mesmos privilégios concedidos aos créditos trabalhistas, conforme dispõe o art. 2º, parágrafo 3º, da lei 8.844/94. A atual Constituição colocou o FGTS entre os direitos trabalhistas fundamentais (art. 7º, III), sendo a justiça especializada do trabalho competente para as ações que objetivem obrigar o empregador a efetuar os depósitos, ainda quando a CEF e até mesmo o Ministério do Trabalho (União) sejam litisconsortes, consoante disposto no art. 25 e 26 da lei 8.036/90.

De acordo com o art. 20 da lei 8.036/90, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço pode ser sacado em diversas hipóteses², como por exemplo: nos casos de

² Art. 20. A conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada nas seguintes situações:

- I - despedida sem justa causa, inclusive a indireta, de culpa recíproca e de força maior;
- II - extinção total da empresa, fechamento de quaisquer de seus estabelecimentos, filiais ou agências, supressão de parte de suas atividades, declaração de nulidade do contrato de trabalho nas condições do art. 19-A, ou ainda falecimento do empregador individual sempre que qualquer dessas ocorrências implique rescisão de contrato de trabalho, comprovada por declaração escrita da empresa, suprida, quando for o caso, por decisão judicial transitada em julgado;
- III - aposentadoria concedida pela Previdência Social;
- IV - falecimento do trabalhador, sendo o saldo pago a seus dependentes, para esse fim habilitados perante a Previdência Social, segundo o critério adotado para a concessão de pensões por morte. Na falta de dependentes, farão jus ao recebimento do saldo da conta vinculada os seus sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, expedido a requerimento do interessado, independente de inventário ou arrolamento;
- V - pagamento de parte das prestações decorrentes de financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), desde que:
 - a) o mutuário conte com o mínimo de 3 (três) anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou em empresas diferentes;
 - b) o valor bloqueado seja utilizado, no mínimo, durante o prazo de 12 (doze) meses;
 - c) o valor do abatimento atinja, no máximo, 80 (oitenta) por cento do montante da prestação;
- VI - liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário, observadas as condições estabelecidas pelo Conselho Curador, dentre elas a de que o financiamento

despedida sem justa causa, despedida indireta, de culpa recíproca entre empregado e empregador, e de força maior; do trabalhador ou seus dependentes estarem acometidos pelo vírus HIV, ou em estado terminal; de custeio de prestações para financiamento da casa própria, concedido no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, se preenchidos os requisitos legais; do trabalhador ter idade igual ou superior a setenta anos; de necessidade pessoal, em virtude de grave desastre natural, se obedecidos os requisitos da lei; entre outros.

De outro giro, a jurisprudência do STJ pacificou, na súmula nº466, que cabe o saque do FGTS em caso de contrato de trabalho nulo: “O titular da conta vinculada ao FGTS tem o direito de sacar o saldo respectivo quando declarado nulo seu contrato de trabalho por ausência de prévia aprovação em concurso público”.

Impende ressaltar que compete à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a inscrição dos débitos para com o FGTS junto à Dívida Ativa da União, bem assim a

seja concedido no âmbito do SFH e haja interstício mínimo de 2 (dois) anos para cada movimentação;

VII – pagamento total ou parcial do preço de aquisição de moradia própria, ou lote urbanizado de interesse social não construído, observadas as seguintes condições:

a) o mutuário deverá contar com o mínimo de 3 (três) anos de trabalho sob o regime do FGTS, na mesma empresa ou empresas diferentes;

b) seja a operação financiável nas condições vigentes para o SFH;

VIII - quando o trabalhador permanecer três anos ininterruptos, a partir de 1º de junho de 1990, fora do regime do FGTS, podendo o saque, neste caso, ser efetuado a partir do mês de aniversário do titular da conta;

IX - extinção normal do contrato a termo, inclusive o dos trabalhadores temporários regidos pela;

X - suspensão total do trabalho avulso por período igual ou superior a 90 (noventa) dias, comprovada por declaração do sindicato representativo da categoria profissional.

XI - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna.

XII - aplicação em quotas de Fundos Mútuos de Privatização, regidos pela Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, permitida a utilização máxima de 50 % (cinquenta por cento) do saldo existente e disponível em sua conta vinculada do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na data em que exercer a opção.

XIII - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for portador do vírus HIV;

XIV - quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes estiver em estágio terminal, em razão de doença grave, nos termos do regulamento;

XV - quando o trabalhador tiver idade igual ou superior a setenta anos.

XVI - necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural, conforme disposto em regulamento, observadas as seguintes condições:

a) o trabalhador deverá ser residente em áreas comprovadamente atingidas de Município ou do Distrito Federal em situação de emergência ou em estado de calamidade pública, formalmente reconhecidos pelo Governo Federal;

b) a solicitação de movimentação da conta vinculada será admitida até 90 (noventa) dias após a publicação do ato de reconhecimento, pelo Governo Federal, da situação de emergência ou de estado de calamidade pública; e

c) o valor máximo do saque da conta vinculada será definido na forma do regulamento.

XVII - integralização de cotas do FI-FGTS, respeitado o disposto na alínea *i* do inciso XIII do art. 5º desta Lei, permitida a utilização máxima de 30% (trinta por cento) do saldo existente e disponível na data em que exercer a opção.

sua cobrança judicial diretamente ou através da CEF, mediante convênio, a representação judicial e extrajudicial do referido fundo, enquanto a fiscalização do recolhimento é da competência da Superintendência Regional do Trabalho, antiga Delegacia Regional do Trabalho, órgão vinculado ao Ministério do Trabalho (MARTINS, 2009, p 462).

A jurisprudência da Suprema Corte no tocante à prescrição é no sentido de que não sendo tributo, o seu prazo é de 30 anos. Do mesmo modo, o colendo Superior Tribunal de Justiça sumulou a questão através da súmula 210: “A ação de cobrança das contribuições para o FGTS prescreve em 30 (trinta) anos”. Ademais, a súmula 392 do TST esclarece: “É trintenária a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento da contribuição para o FGTS, observado o prazo de 2 (dois) anos após o término do contrato de trabalho.”

Ademais, em relação à garantia desse direito aos domésticos, o legislador constituinte, ao considerar tal direito pendente de regulamentação, acaba por criar mais uma dificuldade para a efetividade dos direitos de multa de 40% do FGTS em caso de despedida arbitrária e do seguro-desemprego, que também foram considerados pendentes de regulamentação.

3.4.4 Remuneração do trabalho noturno superior à do diurno

Noturno é o período em que o trabalhador labora, ou está à disposição do empregador, dentro de um interstício de tempo considerado como horas noturnas pela lei.

Visando a proteção do trabalhador, posto que o trabalho noturno é mais árduo ao organismo humano, a Constituição de 88 previu a garantia da remuneração do trabalho noturno superior ao diurno. Nesse sentido, explica o doutrinador Luciano Martinez (2011, p.309):

Como biologicamente o ser humano é influenciado pela luz solar, ele está, como outros tantos animais, submetido a um rito circadiano, ou em linguagem popular, a um relógio biológico. Esse marcapasso natural regula a cadência física e psicológica do corpo humano, influenciando o apetite, a digestão, a circulação sanguínea, a sensação térmica, a fadiga muscular e, especialmente, o estado de vigília, o humor e a disposição. Diante do quanto expandido no intróito, é de elevada importância o tratamento diferenciado para aqueles que trabalham em horário favorável ao ritmo

circadiano (turno diurno) e para aqueles que laboram fora dele (turno noturno).

Assim, em relação ao trabalhador urbano, a CLT estabeleceu no seu art.73, que deve ser entendido labor noturno o executado das 22h às 5h, sendo à hora noturna considerada como um período de cinquenta e dois minutos e trinta segundos. Portanto, ao trabalhar ou ficar à disposição do empregador nesse interstício de tempo, o trabalhador urbano faz jus a um adicional de 20% do valor da hora.

Quanto ao trabalhador rural, o art. 7º da lei 5.889/73 estabeleceu o adicional noturno de 25% do valor da hora. O período considerado noturno para o trabalhador rural que labore na pecuária é de 20h às 4h, enquanto aquele que trabalha na agricultura as horas noturnas são das 21h às 5h. Entretanto, para os rurícolas a hora noturna tem duração normal de 60 minutos.

Ademais, quanto à aplicabilidade desse direito aos domésticos, a multicitada PEC expressamente determinou a sua regulamentação para que fosse efetivado.

3.4.5 Salário-família

O salário-família está regulado nos arts. 65 a 70 da Lei 8.213/91 e nos arts. 81 a 92 do Decreto 3.048/99.

Não se trata de salário, em que pese o nome que ostenta, mas de prestação previdenciária que é adiantada pelo empregador ao obreiro, junto ao salário.

Tradicionalmente foi negado ao doméstico, até o advento da recente emenda constitucional nº 72/13 que, entretanto, condicionou a aplicação deste direito a regulamentação legal.

Nesse sentido, registre-se que o salário-família é o benefício devido ao segurado empregado e ao trabalhador avulso de baixa renda, proporcionalmente ao número de filhos ou equiparados, menores de 14 anos, ou inválidos, de qualquer idade. Quanto à configuração da invalidez, esta deve ser comprovada por médico-perito da Previdência Social (KERTMAN, 2011, p.400).

Cumpra ressaltar que também é devido ao aposentado, seja decorrente de idade, invalidez ou outra causa, desde que a partir de 65 anos, se homem, e 60 anos, se mulher, devendo ser pago juntamente com o benefício da aposentadoria.

O benefício será pago pela empresa ao obreiro, juntamente com a sua remuneração mensal. Por sua vez, o empregador deverá compensar-se dos valores adiantados com o pagamento do benefício na guia de recolhimento da contribuição previdenciária. Entretanto, trata-se tecnicamente de reembolso, apesar do legislador ter usado o termo compensação (KERTZMAN, 2011, p.401).

Com efeito, o pagamento desse benefício depende de comprovação do preenchimento dos requisitos legais por meio da certidão de nascimento do filho ou da documentação relativa ao equiparado, ou inválido, bem como a carteira anual de vacinação e a apresentação do comprovante de frequência à escola do filho ou equiparado.

São causas que motivam o encerramento do benefício, de acordo com o art. 88 do Decreto 3.048/99:

Art. 88. O direito ao salário-família cessa automaticamente:

I - por morte do filho ou equiparado, a contar do mês seguinte ao do óbito;

II - quando o filho ou equiparado completar quatorze anos de idade, salvo se inválido, a contar do mês seguinte ao da data do aniversário;

III - pela recuperação da capacidade do filho ou equiparado inválido, a contar do mês seguinte ao da cessação da incapacidade; ou

IV - pelo desemprego do segurado.

Cabe a empresa exigir a assinatura do termo de responsabilidade, no qual o empregado se compromete a avisar qualquer fato que motive o encerramento da fruição do benefício. Nesse sentido, deve-se informar ao INSS, sobre eventual acontecimento que dê causa a cessação do benefício, sob pena de restituição da quantia paga indevidamente.

Ressalte-se que o recebimento do salário-família é absolutamente livre de carência, sendo o risco social envolvido nesse benefício à existência de filho ou equiparados menores de 14 anos ou inválido, qualquer que seja a idade, para o segurado tido como de baixa renda. Contudo, em nenhuma hipótese a verba em questão se incorpora, para qualquer efeito, ao salário ou benefício (VIANNA, 2010, p. 525).

Caso o trabalhador se afaste do trabalho em função de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, o direito ao salário-família não cessa, devendo ser pago pelo empregador, ou sindicato, ou pelo órgão gestor de mão de obra no mês em que

houve o afastamento, e nos meses subseqüentes pelo INSS (BALERA; MUSSI, 2005, p. 157).

O salário família, apesar de ter sido estendido aos trabalhadores domésticos, é regulamentado pelo Decreto nº 3.048/99 que expressamente afasta a aplicação dos seus dispositivos a essa categoria. Além disso, a própria PEC que promoveu essa extensão condicionou esse direito à regulamentação para que possa ser aplicado aos domésticos.

3.4.6 Assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas

A EC nº 53/06 incluiu no art. 7º da Constituição Federal de 1988 o direito dos trabalhadores a ter assistência gratuita aos seus dependentes de até 5 anos, em creches e pré-escolas.

Segundo Renato Saraiva (2012, p. 166), está é uma obrigação do estado, de prestar o serviço publico de educação, sendo dever dos entes públicos o atendimento em creches e pré-escolas às crianças entre zero e seis anos de idade.

Assim, o art. 11 da Lei 9394/96 estatui que é atribuição dos municípios estabelecer educação infantil em creches e pré-escolas. Por sua vez, a Carta Magna no art. 30, VI, estipula a competência municipal para manter com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental. Logo, não é dever do empregador, mas do poder público municipal.

Entretanto, a CLT no seu art. 399 estabelece incentivo para os empregadores manterem creches e pré-escolas nos locais de trabalho:

Art. 399 - O Ministro do Trabalho, Industria e Comercio conferirá diploma de benemerência aos empregadores que se distinguirem pela organização e manutenção de creches e de instituições de proteção aos menores em idade pré-escolar, desde que tais serviços se recomendem por sua generosidade e pela eficiência das respectivas instalações.

Ademais, a CLT no seu art. 397 exige para os estabelecimentos em que trabalhe pelo menos 30 mulheres, acima dos dezesseis anos, local adequado para que as trabalhadoras possam amamentar seus filhos, e guardá-los em segurança, enquanto

laboram. Pode ainda, o empregador optar por realizar convênios com creches distritais, ou mesmo pagar o reembolso da creche escolhida pelo empregado. Nesse sentido, leciona Alice Monteiro de Barros (2012, p.1074):

Os estabelecimentos em que trabalhem pelo menos 30 mulheres, com mais de 16 anos de idade, terão local apropriado onde sejam permitidos às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos, no período de amamentação. Essa exigência poderá ser suprida por meio de creches distritais, mantidas, diretamente ou mediante convênios com outras entidades públicas ou privadas, pelas próprias empresas, em regime comunitário, ou a cargo do SESI, SESC ou de entidades sindicais (art. 389, parágrafos 1º e 2º da CLT). Os locais destinados à guarda dos filhos das operárias deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária (art.400 da CLT).

Vale ressaltar que para os domésticos este direito ainda necessita de regulamentação, segundo o parágrafo único da Constituição Federal.

3.4.7 Seguro contra acidentes de trabalho

O Seguro de Acidente de Trabalho e Grau de Incidência de Incapacidade Laborativa Decorrente dos Riscos Ambientais do Trabalho (SAT/GILRAT) são expressões que hoje se equivalem e tem por objetivo o financiamento dos benefícios ocasionados por acidente de trabalho e das aposentadorias especiais.

Tal direito deve ser pago pelas empresas sobre a remuneração de empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, com as seguintes alíquotas: 1% para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado leve; 2% para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado médio; e 3% para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidente do trabalho seja considerado grave (Art. 22, II, Lei 8212/91). Essas alíquotas incidem sobre os valores pagos pelo empregador a esses trabalhadores.

Em que pese os questionamentos judiciais para que seja aplicada uniformemente alíquota de seguros acidente do trabalho, têm prevalecido alíquotas diferenciadas de acordo com os riscos apresentados por cada estabelecimento, nos termos da súmula nº 351 do colendo STJ:

A alíquota de contribuição para o Seguro de Acidente do Trabalho - SAT - é aferida pelo grau de risco desenvolvido em cada empresa, individualizada pelo seu CNPJ, ou pelo grau de risco da atividade preponderante quando houver apenas um registro.

A Receita Federal do Brasil publicou a Solução de Consulta 40/2012, da Divisão de Tributação da 1ª Região Fiscal, confirmando que as alíquotas de 1%, 2% ou 3% sobre a folha de pagamentos dos empregados e trabalhadores avulsos, para cálculo da parte variável da contribuição previdenciárias das empresas, o chamado SAT/RAT, seguro/risco acidente de trabalho, não deve ser identificada a partir da atividade econômica utilizada para inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, mas sim a partir da atividade exercida pelo maior número de empregados. Confira-se:

Solução de Consulta 40, de 30 de julho de 2012 – Divisão de Tributação – 1ª Região Fiscal

ASSUNTO: Contribuições Sociais Previdenciárias

EMENTA: ÓRGÃO PÚBLICO. ALÍQUOTA. SAT/GILRAT. ENQUADRAMENTO. ATIVIDADE PREPONDERANTE.

Para fins de determinação do grau de risco e, por conseguinte, da alíquota a ser utilizada no cálculo da contribuição do SAT/GILRAT, o órgão da Administração Pública Direta, com inscrição própria no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ), deve verificar a atividade preponderante exercida, assim considerada a que ocupa o maior número de segurados empregados. Não há necessária vinculação entre a atividade principal do órgão público, que define o código CNAE para fins de inscrição no CNPJ, e a atividade preponderante do órgão público, que define o enquadramento no grau de risco para fins de apuração da alíquota a ser utilizada no cálculo da contribuição do SAT/GILRAT.

RODRIGO AUGUSTO VERLY DE OLIVEIRA (Chefe).

Portando, além da contribuição previdenciária de 12% sobre a remuneração paga em função do empregado doméstico para o custeio dos benefícios previdenciários, o empregador deverá recolher ainda uma contribuição adicional, o SAT, cujo percentual, que deverá ser definido por lei, certamente incidirá sobre a mesma base de cálculo da referida contribuição.

Cumprando ressaltar que na busca de atribuir máxima efetividade as normas constitucionais que visam à redução dos riscos do trabalho, a melhoria das condições sociais, e sem olvidar o seguro contra acidente de trabalho a cargo do empregador, sem excluir a indenização por parte do empregador nos casos de dolo ou culpa, a lei 8.213/91 nos art. 120 e 121, dispôs sobre a ação regressiva acidentária e a responsabilidade civil:

Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

Art. 121. O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem.

A ação regressiva acidentária será ajuizada pela Autarquia Federal INSS diante do dolo ou culpa da empresa ou de terceiro no tocante a descumprimento de normas de higiene e segurança do trabalho, e visa não somente a reparação do dano causado, porém o efeito pedagógico de prevenir futuros acidentes (VIANNA, 2010, pg. 605).

Com efeito, diante do acidente e da configuração do dano caracterizado pelo pagamento da prestação acidentária por parte do INSS, cabe o ajuizamento da referida ação regressiva contra os responsáveis.

Incorrendo em dolo ou culpa do empregador na ocorrência do acidente, cabe também ação indenizatória do empregado contra este. A competência para processar e julgar essa ação é da Justiça do trabalho, de acordo com o art. 144, VI, da Constituição: “Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”.

Nesse sentido, também sumulou o STF na sumula vinculante 22:

A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04.

Contudo, as ações acidentárias ajuizadas por trabalhador segurado contra o INSS, com a finalidade de resolver controvérsia sobre o benefício previdenciário que faz jus, é competência da Justiça Comum Estadual, não se tratando de competência material da justiça do trabalho.

É importante ainda frisar que em relação ao empregado doméstico, essa garantia concedida constitucionalmente deve ser regulamentada.

3.5 CRITICAS À EMENDA

A EC nº 72/13 foi aprovada de forma inconsequente, sem o necessário amadurecimento quanto à implantação e adequação da concessão desses novos direitos, bem como sem as necessárias audiências públicas, e sem a participação da comunidade acadêmica.

Em que pese essa emenda ter vindo com grande atraso frente ao lapso temporal de décadas de exclusões e injustiças para com os obreiros domésticos, ela veio de forma açodada, ou seja, imprudentemente, sem a necessária reflexão. Nesse sentido, assevera Renato Saraiva (2012, p.1):

Sempre desconfio de votações apressadas e unânimes de projetos de leis/PEC tramitados no Congresso Nacional, pois quase sempre resultam em normas incompletas, inconsequentes e dominadas por intensa pressão política e da opinião pública, cabendo ao Poder Judiciário e aos doutrinadores, posteriormente, o duro papel de interpretar de forma sistêmica, a neófito norma introduzida à fórceps no país.

Bem assim afirma o desembargador do TRT da 10^o região, Alexandre Nery de Oliveira (2013, p.9):

O exíguo intervalo de tempo desde quando a proposta em primeiro turno na Câmara dos Deputados até sua aprovação em segundo turno no Senado Federal e conseqüente promulgação pelas Mesas das Casas do Congresso Nacional permite vislumbrar quanto fora pouco discutida em relação a efeitos imediatos e mediatos.

Resta flagrante pela simples leitura da redação da EC nº 72/13 que não houve a concreta e propalada isonomia de direitos, na medida em que diversas garantidas previstas no art. 7^o da Carta Maior, não foram em verdade estendidas à categoria dos domésticos. Vale ressaltar, que também não há igualdade quanto à legislação infraconstitucional.

Portanto, a tão sonhada e comentada igualdade dos obreiros domésticos em relação aos trabalhadores urbanos e rurais, infelizmente, ainda não foi alcançada. Assim, se é lastimável o não cumprimento de direitos outorgados pelos diplomas legislativos, é mais lastimável ainda haver um ordenamento jurídico que reconhece diferenças injustificáveis.

Dessa forma, são direitos não estendidos ao obreiro doméstico com o advento da EC nº 72/13: piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; proteção em face da automação, na forma da lei.

Apesar dos imprescindíveis avanços jurídicos e éticos trazidos pela recente alteração constitucional, através do progresso frente ao patrimônio jurídico, às condições sócias, à auto-estima, à melhoria da auto-organização e do poder de negociação da categoria doméstica, a mencionada emenda é censurável, na medida em que trás direitos fundamentais pendentes de regulamentação.

Sob essa ótica, a EC nº 72/13 merece críticas, já que ao garantir direitos básicos e fundamentais, que foram desconsiderados por toda a história em detrimento dos trabalhadores do lar, não se pode estabelecer condições para a sua aplicação imediata, impondo desnecessariamente uma regulamentação.

4 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Todos os direitos assegurados pela emenda constitucional nº 72/13 são considerados direitos fundamentais. Portanto, para a análise do tema proposto, ou seja, para a análise da aplicabilidade desses novos direitos, torna-se imprescindível a compreensão dos direitos fundamentais em seus principais aspectos.

4.1 CONCEITO

O conceito de direitos fundamentais se faz importante não só do ponto de vista teórico, mas sobretudo, em seu aspecto prático, uma vez que a constatação de um direito como fundamental, traz à evidência suas características, que são extremamente relevantes como facilitadoras de sua proteção e efetivação judicial (MARMELSTEIN, 2008, pag. 17).

Para a construção do conceito de direito fundamental é importante frisar que ele se constitui pela união de aspectos materiais e formais.

Primeiramente, os direitos fundamentais têm em sua essência um conteúdo ético, sendo este o seu aspecto material. Esse conteúdo ético é sua estreita ligação com o princípio orientador de todo o ordenamento jurídico pátrio, o princípio da dignidade da pessoa humana, além da sua íntima ligação com a limitação do poder (MARMELSTEIN, 2008, pag. 18).

Daí a possibilidade de se falar em direitos fundamentais somente depois do surgimento do Estado democrático de direito, pois só aí fala-se em limitação do poder do Estado frente aos cidadãos, com o surgimento das Constituições. Conclui-se, portanto, que em um ambiente de opressão, não há espaço para uma vida digna, nem tampouco respeito aos direitos fundamentais.

Além do aspecto material, há o aspecto formal, entendido como o conteúdo normativo. Direitos fundamentais em seu sentido formal são aqueles direitos que são reconhecidos como merecedores de uma grande proteção, sendo estes positivados,

ainda que implicitamente. Assim, são reconhecidos como fundamentais os direitos que são positivados através de normas constitucionais de um dado ordenamento jurídico.

Direitos fundamentais são aqueles direitos inerentes a todo e qualquer ser humano, os quais sejam reconhecidos, positivados e garantidos na ordem jurídica constitucional.

De acordo com o doutrinador Rodrigo Cesar Rebello Pinho (2003, p.71), “direitos fundamentais são os considerados indispensáveis à pessoa humana, reconhecidos e garantidos por uma determinada ordem jurídica.”

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 29), “o termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado.”

Segundo George Marmelstein (2008, p. 20):

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à idéia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais são classificados em: direitos de primeira geração, que são os direitos individuais que tem como foco primordial a liberdade, ao passo que os de segunda geração são os direitos sociais, que tem como núcleo central a igualdade. Enquanto os direitos de terceira geração, ditos direitos transindividuais, visam à solidariedade e fraternidade, além do progresso e desenvolvimento dos povos.

De acordo com a Carta Maior são direitos fundamentais todos os direitos e garantias previstos no seu Título II, uma vez que o legislador constituinte assim o nomeou: “Direitos e Garantias Fundamentais”. Portanto, todos os dispositivos previstos do Capítulo I ao V são direitos fundamentais.

O art. 7º da CF, que trata dos direitos dos trabalhadores domésticos, encontra-se no Capítulo II, logo são direitos fundamentais.

Contudo, esse rol de direitos fundamentais previsto na Carta Política de 1988 é indeterminado, aberto, não taxativo, uma vez que a mesma no parágrafo 2º, do art.5º estabelece que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não

excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Assim, também são considerados direitos fundamentais, aqueles que decorrem do regime e dos princípios adotados pela Carta Magna, mesmo que não expressos, ou seja, mesmo que implícitos, desde que estejam consubstanciados no espírito constitucional, estando pautados no sobreprincípio da dignidade da pessoa humana. Bem assim, os direitos provenientes dos tratados internacionais aderidos pelo Brasil, desde que verse sobre direitos humanos e seja aprovado com o quórum especial das emendas constitucionais.

É importante notar, que os direitos fundamentais estão permanentemente em expansão.

4.2 SUPREMACIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil é classificada como rígida, o que significa que para a sua alteração é necessário o alcance de um quórum especial de três quintos dos votos dos membros das duas casas legislativas em dois turnos. Assim, o quórum para modificação da Carta Magna é maior do que o quórum para a criação das leis.

É dessa rigidez constitucional que decorre a supremacia da Constituição Federal. Desse modo, ela está no topo do ordenamento jurídico, servindo como fundamento de validade para todas as normas existentes no ordenamento, portanto apresenta-se como o diploma unificador deste.

É nesse sentido que dispõe as clássicas lições de Kelsen (1999, p.248):

Uma norma para ser válida é preciso que busque seu fundamento de validade em uma norma superior, e assim por diante, de tal forma que todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa.

O mesmo ocorre com os direitos fundamentais, visto que possuem natureza de norma constitucional. Assim, há supremacia também dos direitos fundamentais, mas nesse caso, em relação aos demais direitos e garantias.

Quando o legislador constituinte reconhece expressa ou implicitamente através da Constituição um dado direito como fundamental, ele tem o propósito de colocá-lo no ápice da hierarquia das escolhas públicas. Desse modo, o interesse ou valor por ele resguardado deve predominar frente a outros interesses ou valores não estatuídos como fundamentais (VIEIRA, 2006, p.47).

A hierarquização decorrente da prevalência dos direitos ditos como fundamentais pela Carta Maior tem como consequência a supremacia destes frente às leis. Destarte, se uma norma infraconstitucional for incompatível com um direito fundamental, ela deve ser considerada inválida, pois inconstitucional.

Sobre a temática discorre George Marmelstein (2008, p.235):

Assim, pode-se dizer que os direitos fundamentais, em razão da rigidez constitucional, estão protegidos do legislador ordinário. Se não fosse assim, então não seriam direitos diferentes dos outros. O que destaca esses direitos dos demais é justamente a sua supremacia formal e material. Eles estão acima das leis, constituindo o fundamento ético de todo ordenamento jurídico.

Contudo, os direitos fundamentais prevalecem não só sobre a vontade do legislador infraconstitucional, mas também do poder reformador, uma vez que eles são considerados pelo Supremo Tribunal Federal como cláusulas pétreas. O STF em diversos julgados demonstrou o entendimento que não só os direitos e garantias individuais são cláusulas pétreas, mas todos dos direitos fundamentais (MARMELSTEIN, 2008, p. 263).

Assim, nem por emenda à Constituição pode-se abolir direitos fundamentais, como estabelece o art. 60, § 4º, IV da mesma, ao impor que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais”.

Portanto, salta aos olhos a intenção do legislador originário, representante da vontade do povo, de proteger ao máximo os direitos fundamentais, o que demonstra sua extrema importância para a sociedade. Logo, a supremacia dos direitos fundamentais impõe a aplicação imediata destes, na medida em que releva sua profunda relevância.

4.3 APLICABILIDADE DIRETA E IMEDIATA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É importante, primeiramente analisar, a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais para a compreensão relativa à aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais.

Eficácia jurídica consiste na aptidão para produzir efeitos jurídicos, assim relaciona-se ao grau de executoriedade e exigibilidade da norma ao estabelecer seus elementos normativos. Nesse sentido, todas as normas constitucionais têm, em maior ou menor medida, eficácia jurídica.

Assim, faz-se necessário a explicitação da clássica e renomada classificação de José Afonso da Silva quanto à eficácia das normas constitucionais. Nessa classificação as normas constitucionais podem ter eficácia plena, contida ou limitada.

As normas de eficácia plena são aquelas que têm todos os elementos essenciais para, desde sua entrada em vigor, desencadear todos os efeitos jurídicos desejados pelo legislador constituinte ao criá-la, já que possui normatividade auto-suficiente, não necessitando de lei ulterior para incidir. Portanto, são aquelas auto-aplicáveis, ou seja, que têm aplicabilidade direta, imediata e total.

Normas de eficácia contida são aquelas que apesar de o constituinte ter a regulado de maneira suficiente para que por si só possam produzir seus efeitos jurídicos, deixou margem para uma atuação restritiva do Poder Público, por meio de sua competência discricionária. Assim, a norma fica sujeita a restrições ulteriores que lhes sejam estabelecidas através de lei, prevista na norma constitucional, ou de que circunstâncias limitadoras, constitucionalmente admitidas, venham a ocorrer (SILVA, 1998, p. 116). São normas que não precisam de regulamentação para desencadear seus efeitos jurídicos, contudo poderá advir lei que restrinja sua eficácia. Assim, têm aplicabilidade direta, imediata, mas não total, uma vez que lei posterior pode limitar essa aplicabilidade.

Já as normas de eficácia limitada são aqueles que impescindem de atuação legislativa futura para que possam produzir todos os efeitos jurídicos desejados pelo

legislador, considerando que apenas têm o condão de impedir disposições contrárias. Dessa forma, são normas que têm aplicabilidade indireta e mediata.

Em que pese à EC nº 72/13 ter condicionado a aplicação de diversos direitos dos empregados domésticos à regulamentação legal futura, sendo quanto a esses direitos, norma de eficácia limitada, por se tratar de norma definidora de direitos fundamentais ela deve ter aplicabilidade direta e imediata.

Nesse sentido, a Constituição Federal no seu art. 5º, §1º, dispõe: “As normais definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata.”

Assim, independentemente do grau de eficácia (plena, contida ou limitada) que as normas definidoras de direitos fundamentais tenham, elas são aplicáveis imediatamente, na medida em que essa foi a vontade do constituinte. Portanto, os direitos subjetivos nelas consubstanciados podem ser desfrutados imediatamente, independentemente de atuação do legislativo (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 600/602).

O mencionado comando constitucional tem o condão de impor a plena efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, exigindo a aplicabilidade direta e imediata desses direitos, independentemente do pronunciamento do legislador ordinário. É, portanto, a força vinculante da Constituição e dos direitos fundamentais que impõe a obrigatoriedade da sua imediata aplicação.

Esse dispositivo constitucional é uma consequência direta da supremacia dos direitos fundamentais, pois condicionar a aplicação destes a uma futura e incerta regulamentação legislativa, tendo que esperar a boa vontade dos legisladores pátrios, seria o mesmo que permitir uma verdadeira inversão de autoridade, na qual o poder constituído teria maiores poderes do que o poder constituinte (MARMELSTEIN, 2008, p. 293).

Nesse sentido, ensina Oscar Vilhena Vieira (2006, p.50):

Talvez como medida de proteção contra o alto grau de insinceridade do legislador, o constituinte brasileiro, ao lado da prevalência dos direitos fundamentais, tenha buscado assegurar a sua independência em relação ao Legislativo, ao próprio Judiciário e ao Executivo. Se lermos o §1º do art. 5º da CF, veremos que exige o constituinte a “aplicação imediata” das normas garantidoras de direitos e garantias fundamentais. Ou seja, estas não podem ter sua aplicação retardada por inexistência de lei ou qualquer outro ato normativo.

Nesta mesma ótica assevera Gilmar Ferreira Mendes (2009, p. 285):

[...] a Constituição- incluindo os seus preceitos sobre direitos fundamentais- é obra do poder constituinte originário, expressão da soberania de um povo, achando-se acima dos poderes constituídos, não podendo, portanto, ficar sob a dependência absoluta de uma intermediação legislativa para produzir efeitos.

Esse é o entendimento de diversos doutrinadores, como George Marmelstein (2008, p.293), Eros Roberto Grau (2003, p.315/316), Flávia Piovesan (1995, p.90/91), Dirley da Cunha Júnior (2008, p.607), Luís Roberto Barroso (2000, p. 142/143), e José Afonso da Silva (2012, p.468), no sentido de que todos direitos fundamentais devem ser efetivados independentemente de regulamentação infraconstitucional.

Com efeito, esse foi o desejo do constituinte ao instituir o art. 5º, §1º da CF, e como poder constituinte representa a vontade maior, soberana e legítima, a vontade do povo. Ao fazer uma interpretação sistemática, teleológica e histórica do ordenamento jurídico é fácil perceber que esse é o entendimento mais acertado, conforme os cânones constitucionais.

O intérprete deve sempre visar à efetividade da Constituição, buscando a interpretação, dentre as possíveis, que mais prestigie a vontade constitucional, e afastando ao máximo o entendimento da não auto aplicabilidade das normas fundamentais (BARROSO, 2011, p. 306).

Nessa linha, assevera Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 606):

[...] No seio da Assembléia Nacional Constituinte, quando apresentada a proposta de emenda que culminou com a redação final do art. 5º, §1º, da CF, e durante a votação em plenário, sustentou o Presidente da Assembléia, Deputado Ulysses Guimarães, ao explicar o sentido da referida emenda, que ela, verdadeiramente, “[...] objetiva expungir qualquer dúvida sobre o texto. Não é necessário lei complementar para que a sua aplicabilidade seja garantida. É isso que querem os autores da proposta”. O Deputado Gastone Right, um dos autores da mesma, ratificou a manifestação do Presidente da Assembléia, asseverando que: “Aliás, nem se justificaria que os direitos e garantias desta Constituição tivessem aplicabilidade apenas quando a lei complementar os regulamentasse”.

Sem dúvida, a garantia das garantias é a aplicabilidade plena e imediata dos direitos fundamentais, posto que esses direitos só cumprem sua finalidade como fundamentais se as normas que os definem tiverem efetividade instantânea, sem qualquer outra providência (SILVA, 2012, p.467).

Por conseguinte, os direitos fundamentais devem ser reclamados em sua integralidade e imediatamente, até a produção de norma que os regulamentem, quando for necessário (TEMER, 1993, p.27).

Desse modo, apesar de a EC nº 72/13 ter conferido alguns direitos básicos aos obreiros do lar condicionando a efetividade destes à produção de lei que os regulamentem, eles podem ser imediatamente clamados em sua plenitude, até que venham a ser regulamentados.

É importante ressaltar que não são considerados de aplicabilidade imediata apenas as garantias e direitos previstos no art. 5º da CF, mas todos os direitos previstos como fundamentais, apesar da posição topográfica em que se encontra o §1º do art.5º da CF. É o que se depreende de uma análise sistemática e teleológica, bem como da forma genérica como o constituinte se referiu a esses direitos. É nesse contexto que resta clara que todos os direitos dos domésticos previstos no art.7º da Carta Magna são de aplicabilidade imediata.

Por seu turno, a Carta Maior não se preocupou apenas em exigir a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, mas também em estatuir instrumentos que garantam o pleno exercício do seu comando.

A Constituição além de determinar que as normas definidoras das garantias e direitos fundamentais têm aplicação imediata, estabeleceu outros mecanismos para torná-la eficaz como o mandado de injunção, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, e a iniciativa popular de lei, como forma de integrar as normas constitucionais pendentes de regulamentação. Dessa forma, a aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais representa uma eminente garantia política de defesa da eficácia jurídica e social da Constituição Federal (SILVA, 2012, p. 467/468).

Vale ressaltar ainda, uma tese mais otimista. O doutrinador Eros Grau advoga a tese que inexistem na Constituição de 1988 normas programáticas, posto que ela não esqueceu de criar meios processuais capazes de neutralizar a omissão por parte do legislador e do poder público, a exemplo do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (GRAU, 2000, p.294).

Entretanto, o doutrinador Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 607), entende que é dispensável a utilização do mandado de injunção, da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ou de arguição de descumprimento de preceito fundamental, para que se faça cumprir normas definidoras de direitos fundamentais

que necessitem de atuação legislativa, uma vez que em qualquer tipo de ação, o judiciário encontra-se obrigado a aplicar imediatamente tais direitos fundamentais.

Conclui-se, pois, que os direitos fundamentais dos domésticos devem ser aplicáveis de forma direta, imediata e integral.

Vale salientar ainda, que a aplicabilidade imediata das garantias fundamentais vincula tanto o poder executivo, legislativo, e judiciário, quanto os particulares, como se detalhará sem seguida.

4.4 A VINCULAÇÃO DO PODER PÚBLICO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É certo que o poder público, ou seja, o poder executivo, legislativo e judiciário, esta vinculado aos direitos fundamentais.

Quanto ao poder executivo essa vinculação impõe o respeito aos direitos fundamentais em todos os atos da administração, caso contrário estes serão nulos. Devendo a própria administração pública anulá-los, ou se levados ao judiciário, cabe a este à anulação, já que os atos seriam inconstitucionais, por violarem preceitos fundamentais.

O legislativo também deve realizar os direitos fundamentais, estando obrigado, pela supremacia e força vinculante de tais direitos, a criar normas que os regulamentem para melhor aplicá-los. Estando assim, impedidos de criar normas que contrariem, violem ou mitiguem esses direitos. Assim, nem mesmo por emenda constitucional pode o legislador aboli-los.

Com efeito, ressalta o doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p.377):

É possível afirmar que até mesmo as emendas à Constituição se encontram abrangidas pela eficácia vinculante dos direitos fundamentais, já que, a teor do art. 60, § 4º, inc. IV, da nossa Lei fundamental, nem mesmo o legislador constitucional poderá atuar no sentido de abolir ou tender à abolição das normas de direitos fundamentais.

O poder legiferante não pode em hipótese alguma macular os direitos fundamentais, nem tampouco reduzi-los, bem assim, após regulamentá-los, não pode revogá-los, posto que incidiria no retrocesso social.

Apesar de os direitos fundamentais serem aplicáveis de imediato, quando necessária for a regulamentação, o legislativo tem o dever de criar lei para melhor efetivá-los.

É o caso dos novos direitos dos empregados domésticos, que a EC nº 72/2013 expressamente estabeleceu a necessidade de regulamentação. Assim, resta obrigado o legislativo a criar essas leis para melhor realização de tais direitos, bem como para uma uniformização da aplicação destes.

Todavia, enquanto não são produzidas essas leis, já que a emenda é recente, cabe uma postura ativista do judiciário, no sentido de efetivá-los, visto que também estão submetidos à força vinculante de tais direitos.

Como já mencionado, os direitos fundamentais vincula o poder judiciário, que está obrigado a observá-los não só quando fiscaliza os demais poderes, mas também na sua atuação, no tocante a condução processual, devendo respeitar o devido processo legal, o contraditório, ampla defesa, bem como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, o valor social do trabalho, e a justiça social.

Desse modo, faz-se imprescindível uma atuação judicial concretista, através do ativismo judicial, dando efetividade aos valores fundamentais escolhidos pelo constituinte. Assim leciona o doutrinador George Marmelstein (2008, p. 294/295):

Se determinado direito fundamental está deixando de ser efetivado por ausência de regulamentação infraconstitucional, cabe ao judiciário tomar as medidas cabíveis para que o direito não fique sem efetividade. Em outras palavras: o juiz, no atendimento concreto das providências que se revelem indispensáveis para concretizar dado direito fundamental, pode (e deve) atuar independentemente da lei infraconstitucional, pois, para efetivar os preceitos constitucionais, não é preciso pedir autorização a ninguém, muito menos ao legislador. [...] quando a resposta fornecida pela lei não se sustenta diante de uma análise mais rigorosa, à luz dos direitos fundamentais, é possível afastar a aplicação dessa lei (ou alargar o seu sentido) e decidir com base em valores juridicamente aceitos- valores estes que podem e devem ser extraídos diretamente da Constituição-, já que o Poder judiciário também está diretamente vinculado aos direitos fundamentais.

Se o poder judiciário está vinculado aos direitos fundamentais, deve ter uma postura ativista quando da ausência de lei infraconstitucional, no sentido de ter uma atuação criativa, construindo o direito, e inovando o ordenamento jurídico, quando necessário, pautando-se nos princípios e valores jurídicos, para dar efetividade a esses direitos frente à omissão legislativa.

Nesse sentido, explana Eros Grau (2003, p.315/316):

O juiz não é, tão somente, [...], a boca que pronuncia as palavras da lei. Está, ele também, tal qual a autoridade administrativa- e, bem assim, o membro do Poder Legislativo-, vinculado pelo exercício de uma de uma função, isto é, de um poder-dever. Neste exercício, que é desenvolvido em clima de interdependência e não de independência do Poderes, a ele incumbe, sempre que isso se imponha como indispensável à efetividade do direito, integrar o ordenamento jurídico, até o ponto, se necessário, de inová-lo primariamente. O processo de aplicação do direito mediante a tomada de decisões judiciais, todo ele- aliás- é um processo de perene recriação e mesmo renovação (atualização) do direito. Por isso que, se tanto se tornar imprescindível para que um direito com aplicação imediata constitucionalmente assegurada possa ser exeqüível, deverá o Poder Judiciário, caso por caso, nas decisões que tomar, não apenas reproduzir, mas produzir direito- evidentemente retido pelos princípios jurídicos.

Essa visão é reflexo do pós-positivismo, posto que foi com ele que a Constituição começou a ser vista não como mera Carta Política, mas sim como norma jurídica que se impõe obrigatoriamente, já que dotada de imperatividade e coercitividade, dado a seu poder vinculante, sendo destinada a ser efetivada. Ademais, só a partir daí que o juiz deixou de ser considerado simples boca da lei, para ter um papel atuante a fim de dar plena efetividade à Constituição (BARROSO, 2011, p.262).

Em decorrência da indeclinabilidade e inafastabilidade da jurisdição, os juízes e tribunais não podem se eximir de julgar lesão ou ameaça a direito, alegando lacuna legal. Portanto, o judiciário deve não só julgar a lide, quando houver lesão ou ameaça aos direitos fundamentais, como buscar efetivá-los sempre que invocados a prestar a jurisdição, independentemente de existência de lacuna na lei.

Com ênfase no princípio da separação dos poderes, resta claro que o poder judiciário não se encontra adstrito ou submetido, nem mesmo ao legislador ordinário, devendo atuar também quando este se omite, ou seja, quando há lacuna legal. É nesse caso, que o juiz deve se recorrer à analogia, aos costumes, e aos princípios gerais do direito, conforme está previsto no art. 4º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro, bem assim no art. 126 do CPC.

Nesse contexto, assevera Dirley da Cunha Júnior (2008, p.608):

É necessário deixar bem claro que o sistema jurídico brasileiro autoriza a qualquer órgão do Poder Judiciário remover as lacunas indesejadas, colmatando-as e suprimindo-as com base na analogia, nos costumes, nos princípios gerais de direito, e por meio de uma interpretação criativa e concretizante, inexistindo, nesse caso, qualquer afronta ao tão reverenciado princípio da separação dos poderes.

É o caso de alguns dos novos direitos dos domésticos, direitos fundamentais estendidos aos trabalhadores do lar pela Constituição federal, que penderes de regulamentação infraconstitucional, necessitam de uma atuação ativista do judiciário no sentido de concretizá-los.

O Poder Judiciário por estar vinculado aos direitos fundamentais, devem sempre buscar aplicá-los direta e imediatamente, interpretando-os de acordo com o princípio da efetividade ótima.

Resta importante salientar que o poder judiciário é, em última instância, o guardião da Constituição, e deve buscar dar a máxima efetividade a seus preceitos. Portanto, cabe ao judiciário promover a máxima efetividade dos direitos fundamentais.

4.5 EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Trata-se de tema moderno, sobretudo no pós-positivismo e na constitucionalização do processo, na medida em que a eficácia vertical entendida como a vinculação entre Poder Público e o indivíduo sempre dominou, uma vez que os direitos fundamentais sempre se dirigiram contra o abuso do Poder Público em detrimento do indivíduo.

Ante a constatação de que as desigualdades não se encontram apenas entre Estado-indivíduo, mas também no seio da própria sociedade, inclusive entre os particulares e, sobretudo, em suas relações privadas é que o tema da eficácia horizontal ganha corpo e se agiganta.

Lúcida é a observação de Daniel Sarmiento (2006 p. 323):

O Estado e o Direito assume novas funções promocionais, esse consolida o entendimento de que os direitos fundamentais não devem limitar o seu raio de ação às relações políticas, entre governantes e governados, incidindo também em outros campos, como o mercado, as relações de trabalho e a família.

Não podemos esquecer que no Estado Social de Direito além do Estado ter expandido suas atividades, a sociedade cada vez mais tem participado ativamente do exercício do poder, de tal maneira que a pessoa humana não necessita somente de proteção contra os poderes públicos, mais também contra os mais fortes no seio

da própria sociedade, ou seja, os detentores do poder sócio- econômico. (SARLET, 2012, p. 386).

De acordo com entendimento do STF, no Recurso Extraordinário nº 201819, violações aos direitos fundamentais não são praticadas apenas nas relações entre o Estado e o cidadão, mas também nas relações entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Dessa forma, os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente vinculam não só os poderes públicos, estando direcionamento também à proteção dos particulares diante e dos poderes privados.

Nesse sentido, a ordem jurídico-constitucional brasileira não permite ao poder privado a possibilidade de agir à revelia dos princípios estabelecidos pelas leis, sobretudo aqueles instituídos pela Carta Maior que tem o condão de proteger às liberdades e garantias fundamentais. Portanto, a autonomia privada é restringida pela ordem jurídica, na medida em que não pode ser exercida em detrimento aos direitos e garantias constitucionais, pois a autonomia privada não tem o poder de transgredir ou ignorar as limitações estabelecidas pela Constituição, já que tais limitações também se impõem aos particulares em suas relações privadas, em sede de direitos fundamentais (STF- Recurso Extraordinário nº 201819).

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais refere-se à aplicabilidade desses direitos nas relações privadas.

De acordo com Barroso, a necessidade de aplicação horizontal dos direitos fundamentais é diretamente proporcional à desigualdade das partes pertencentes à relação jurídica. (BARROSO, 2005, p.40).

Nesse sentido, é imprescindível a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações laborais, frente à desigualdade de fato entre empregado e empregador. Quanto aos domésticos é flagrante a sua situação de hipossuficiência ante ao empregador, o que exige a eficácia plena, direta e imediata dos direitos fundamentais garantidos a essa categoria.

Com efeito, as relações entre patrão e empregados domésticos não poderiam ficar de fora, já que os direitos fundamentais devem ser defendidos e protegidos não só em face do poder público, mas também dos patrões, devendo-se exigir a efetividade desses direitos também em relação a estes, por imperativo de justiça.

5 APLICAÇÃO IMEDIATA DOS NOVOS DIREITOS DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS

Princípios são normas direcionadoras que informam o caminho, o norte a ser trilhado, são normas consubstanciadas em valores socialmente estabelecidos que contém um conteúdo axiológico amplo, são portanto, normas ditas abertas e zeetéticas. Os princípios são as diretrizes básicas que formam o ordenamento jurídico e que se irradia por todo o sistema, ordenando-o e organizando-o.

Os princípios têm como finalidade informar o legislador, orientar o juiz na sua atividade interpretativa, além de, integrar o direito, que é a sua função normativa. Assim, as decisões devem assentar-se nos princípios jurídicos, e não somente na letra supostamente suficiente do legislador (BARROS, 2012, p.141).

É nesse sentido que se busca dar efetividade aos novos direitos fundamentais penderes de regulamentação garantidos aos obreiros domésticos. Desse modo, é pautado nos princípios da proteção, do valor social do trabalho, da justiça social, da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade e proporcionalidade que se deve buscar meios de dar efetividade plena, direta e imediata a todos os novos direitos fundamentais afiançados aos domésticos.

5.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Certamente, o princípio da proteção é o mais importante aplicável ao direito do trabalho, na medida em que visa minorar a desigualdade econômica existente entre as partes da relação laboral, notadamente marcada pela hipossuficiência do empregado, uma vez que visa garantir a este uma superioridade jurídica que seja o bastante para tutelar os mínimos direitos assegurados na legislação trabalhista. Ressalte-se que o referido princípio, ao criar regras e presunções protegendo o obreiro, busca reduzir as desigualdades visíveis entre empregadores e empregados, dificultando e muitas vezes impedindo a exploração do capital sobre o labor do obreiro, aumentando as condições sociais e de vida de trabalhador (SARAIVA, 2012, p. 38).

Desse modo, este princípio visa proteger o trabalhador, através de normas que garantam direitos capazes de equilibrar a relação contratual estabelecida entre empregador e empregado. É óbvio que se não fosse as normas protetivas do Direito do Trabalho, o empregador com sua superioridade econômica iria impor, unilateralmente, o contrato de trabalho ao seu arbítrio, e caberia apenas ao empregado aceitá-lo ou recusá-lo em sua íntegra, ante a sua vulnerabilidade.

Logo, o princípio da proteção busca impedir o abuso de poder do empregador, ou seja, a exploração do mais forte pelo mais fraco, garantido uma superioridade jurídica ao trabalhador a fim de contrabalançar a superioridade econômica do patrão. O princípio da proteção tem como uma das suas funções auxiliares, o intérprete no processo de integração e interpretação dos diplomas legislativos trabalhistas (NASCIMENTO, 2009, p.381).

De um modo geral, os princípios são instrumentos essenciais na integração da legislação, pois são possuidores de um conteúdo axiológico que proporcionam uma unidade dentro do próprio ordenamento jurídico, como dispõe o art. 8º da CLT:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Como se pode constatar, o diploma legal mencionado atribui aos princípios uma função integrativa, na medida em que, eles serão aplicados na ausência de dispositivos legais ou contratuais. Se a lei, produto da inteligência humana contém lacunas, isso não ocorre no direito, considerando a completude do ordenamento jurídico (RUSSOMANO, 1997, pg. 42).

Nesse sentido, o princípio da proteção como uma forma de amparar o hipossuficiente da relação laboral, o trabalhador, deve servir como um instrumento de integração, afastando qualquer lacuna da legislação, e, portanto, contribuindo para a concessão imediata dos novos direitos dos domésticos, justamente a fim de completar essa ausência normativa infraconstitucional.

Por outro lado, os princípios têm um conteúdo valorativo vasto, possuindo elevado grau de abstração, o que fundamenta sua função interpretativa. Assim, os princípios direcionam o intérprete para valorar a realidade fática, econômica e social, devendo

direcionar a realidade fática aos ideais constitucionais, ou seja, sobretudo para o ideal de justiça e igualdade, realizando a justiça social.

Dessa forma, o princípio da proteção tem um conteúdo axiológico que deve ser observado nas relações de trabalho, possibilitando o direcionamento da interpretação e integração da legislação.

Com efeito, o princípio da proteção se desdobra em três outros princípios a saber: princípio *in dúbio pro operário*, princípio da aplicação da norma mais favorável e princípio da condição mais benéfica.

No princípio *in dúbio pro operário* fica autorizado ao intérprete a opção pela norma mais favorável ao trabalhador, toda vez que diante de uma norma legal trabalhista houver que escolher entre duas ou mais interpretações possíveis.

Por seu turno, em relação ao princípio da norma mais favorável, a norma a ser aplicável no ramo trabalhista é aquela mais benéfica ao hipossuficiente na relação jurídica de emprego, uma vez que não há hierarquia entre as normas trabalhista, onde a Constituição garante apenas o mínimo.

Bem assim, no tocante ao princípio da condição mais benéfica é conveniente lembrar que a sua aplicação se dá em face das condições estipuladas nos contratos e regulamentos de trabalho, que quando mais vantajosas prevalecerão diante de norma superveniente que estabeleça menor proteção ao empregado. Tudo isso porque as situações pessoais mais vantajosas se incorporam ao patrimônio do obreiro (BARROS, 2012, p. 142/143).

Diante da compreensão do princípio da proteção acima exposto, é de fácil percepção que a não aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais aos domésticos, viola o referido princípio, na medida em que não se estaria protegendo essa classe trabalhadora.

5.3 PRINCÍPIO DO VALOR SOCIAL DO TRABALHO

O valor social do trabalho constitui-se como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 1º, IV, da Constituição Federal.

A Constituição brasileira vigente ainda demonstrou a extrema relevância social do trabalho ao estabelecer que a ordem social (art. 193) tem por base o primado do

trabalho, bem assim que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano (art. 170), além de elevar o trabalho a um direito social, ao elencá-lo no art.6º da CF/88.

A Carta Maior estatui que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na iniciativa privada. Nesse sentido, objetivou o legislador constituinte consagrar o capitalismo como sistema econômico adotado no Brasil, já que a iniciativa privada é princípio pilar da ordem capitalista. Contudo, ao estabelecer a valorização do trabalho, juntamente com a iniciativa privada, como elementos basilares da ordem econômica, teve a intenção de proteger o trabalhador, na medida em que dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre os demais valores da economia de mercado (SILVA, 2012, p. 790).

Esse princípio visa direcionar a atuação do Estado no sentido de impedir a exploração do trabalhador pelo capital, uma vez que dá prioridade ao labor humano. Desse modo, a valorização social do trabalho é um elemento nuclear da ordem econômica, tendo o condão de equilibrar a relação laboral, marcada pela desigualdade econômica existente entre as partes.

O princípio em questão tem como finalidade de estatuir o labor humano como um valor a ser preservado na sociedade, impedindo que o trabalhador seja visto como mero instrumento de trabalho, mas sim como um ser humano dotado de direitos subjetivos, capazes de lhe promover uma vida digna.

A valorização do trabalho humano não consiste apenas na criação de normas de proteção ao trabalhador, mas também reconhecer o trabalho e o trabalhador como principal fonte de transformação da economia e meio de inserção social. Com isso, o capital deixa de ser o centro das atenções, devendo-se concentrar na força produtiva humana. É nesse contexto, que as normas limitadoras da livre iniciativa devem se respaldar no conteúdo essencial dos direitos fundamentais, servindo como limite negativo à atuação do legislador, dando efetividade aos princípios da dignidade da pessoa humana e da justiça social (MARQUES, 2007, p. 115/116).

Assim, a valorização social do trabalho tem como consequência lógica a promoção de uma existência digna e do bem-estar ao trabalhador, bem como da justiça social.

Ao tratar desse princípio, não se pode olvidar o valor social do trabalho doméstico que tanto contribui para o fortalecimento das famílias e do bem estar e qualidade de

vida das pessoas que desfrutam desse labor. Portanto, essa classe trabalhadora deve ser valorizada e protegida, como forma de se contrapor todo histórico de discriminação e desproteção por ela sofrido.

5.4 PRINCÍPIO DA JUSTIÇA SOCIAL

É válido ressaltar ainda, o princípio da justiça social que foi normatizado na Constituição de 1988, em seu art.193, ao estabelecer que a ordem social tem por base o primado do trabalho, e como objetivo o bem - estar social e a justiça social, bem como no art. 170, quando estatui que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, de acordo com os ditames da justiça social.

A justiça social é um conceito indeterminado, extremamente aberto, fluido e impreciso. Entretanto, sabe-se que está ligado a ideia de uma compensação da desigualdade social, econômica e laboral, na busca de uma repartição proporcional dos bens no seio da sociedade. A justiça social está relacionada com a ideia de justiça distributiva, que por meio de normas e políticas sociais, busca favorecer e proteger os mais fracos.

A desigualdade social se agigantou, sobretudo, no período pós Revolução Industrial, posto que a classe operária era extremamente oprimida e explorada, estando submetida a péssimas condições de trabalho, onde não havia limitação das jornadas de trabalho. Além disso, havia uma clara preponderância do labor feminino e de menores, sem esquecer a contraprestação de ínfimos salários. Assim, a luta por justiça social é sempre uma luta permanente e continua da própria história humana.

Nesse sentido, leciona Souto Maior (2000, p. 88):

Em termos concretos, a justiça social se constrói pela eliminação da injustiça provocada pela exploração da força de trabalho de um homem por outro homem, podendo-se, aliás, localizar a origem das riquezas e da má distribuição dessa mesma riqueza nesta exploração.

Não se pode deslembrar que é o labor humano quem efetivamente alavanca a economia na produção dos bens da vida e acarreta o pleno desenvolvimento da sociedade. Portanto, a justiça social se realiza através da valorização do trabalho humano, por meio de políticas que induzam uma existência digna.

Considerando que o trabalho é a fonte da riqueza de uma nação, não resta dúvida de que o trabalhador é sempre o justo destinatário da almejada justiça social, devendo ser assegurados todos os direitos positivados, sem exceção de categoria ou classe profissional.

A efetivação imediata dos direitos fundamentais dos trabalhadores domésticos contribui para a realização da justiça social em face desses obreiros, que sempre foram discriminados, excluídos e marginalizados social e juridicamente.

Vale salientar, que as disposições atinentes à justiça social não são meros conselhos de simples ordem moral. Todas essas normas são comandos jurídicos, e por isso, obrigatórias, acarreta para o Estado deveres de fazer ou não fazer, além de assegurarem, imediatamente, direitos subjetivos para os cidadãos. Assim, tanto o executivo, quando aplica a lei, como o judiciário, ao prestar a jurisdição, devem objetivar a justiça social (MELLO, 2011, p. 908).

É certo que a norma constitucional que ampliou os direitos do empregado doméstico visa promover a justiça social, portanto, em homenagem e consonância com o referido princípio deve ter eficácia e aplicabilidade imediata.

5.5 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Quanto ao princípio da isonomia ou igualdade é indiscutível que todos os cidadãos têm direito de tratamento igual perante a lei, não se admitindo qualquer discriminação ou diferenciação arbitrária. Sem dúvida, trata-se de princípio inerente e inseparável da democracia desde os tempos mais remotos, desde a antiguidade clássica, inclusive grandes filósofos desse período como Platão e Aristóteles defendiam que a justiça só poderia ser alcançada através da igualdade.

Assim, constitui uma limitação ao legislador e uma regra de interpretação. No tocante ao primeiro aspecto, diz-se da proibição de se editar normas que estabeleçam privilégios, especialmente em razão de classe, sexo, cor, raça e condição social do indivíduo. No segundo aspecto, deverá o juiz dar sempre à lei o entendimento que jamais crie privilégio de alguma forma.

Contudo, além do aspecto formal, esse princípio tem uma versão material, qual seja:

o tratamento desigual em casos desiguais, na medida em que se desiguam. Até porque constitui preceito de justiça que assim se proceda, afastando de vez a própria injustiça em certos casos. Assim, exclamou o inesquecível Ruy Barbosa (2011, p.676), na sua sempre atual orações aos moços:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.

Por sua vez enfático é o eminente jurista Dirley da Cunha Júnior (2011, p. 676):

O direito à igualdade é o direito que todos têm de ser tratado igualmente na medida em que se igualem e desigualmente na medida em que se desigualem, quer perante a ordem jurídica (igualdade formal), quer perante a oportunidade de acesso aos bens da vida (igualdade material), pois todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. A exigência de igualdade decorre do princípio constitucional da igualdade que é um postulado básico da democracia, pois significa que todos merecem as mesmas oportunidade, sendo defeso qualquer tipo de privilégio e perseguição. O princípio em tela interdita tratamento desigual às pessoas iguais e tratamento igual às pessoas desiguais.

Considera-se, assim, que entre indivíduos pertencentes a um mesmo grupo faz-se necessário não haver discriminação entre os iguais. Sendo, entretanto imprescindível uma discriminação positiva entre indivíduos socialmente desiguais, com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, em direção a uma igualdade material, ou de fato. Nesse sentido, impõem-se essa discriminação positiva como forma de alcançar as tão sonhadas igualdade real e justiça social, compensando-se assim, a desigualdade de oportunidade, através de concessão de garantias e direitos para as classes historicamente desprivilegiadas.

É indispensável ressaltar que o princípio fundamental da igualdade é constitucionalmente garantido no art.5º, caput, da Carta Maior. Ademais, tal princípio se constitui como cláusula pétrea, não podendo ser reduzido, mitigado ou excluído pelo constituinte derivado.

Para minorar a desigualdade existente entre os obreiros domésticos e os demais trabalhadores, faz-se necessário a aplicabilidade imediata dos novos direitos garantidos àquela categoria. Só assim, se caminharia rumo a tão sonhada igualdade de direitos para os domésticos.

5.6 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Outro princípio extremamente importante a cerca do tema é o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual é fundamento da República Federativa do Brasil, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, e constitui-se como cláusula pétrea.

Este princípio coloca o ser humano como centro de todo ordenamento jurídico, dispondo que a pessoa humana é o valor primordial e central da sociedade.

Com efeito, a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem dispõe acerca da dignidade inerente a cada ser humano já ao nascer, uma vez que nasce livre e igual aos demais, além de dotado de dignidade. Portanto, “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”, conforme art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Portanto, todo homem é provido de mesma dignidade, devendo ser tratado de forma igualitária. E é nesse sentido que se torna fundamental a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais dos obreiros do lar.

Segundo o jurista Dirley da Cunha Júnior (2011, p.554) o princípio da dignidade da pessoa humana traduz-se como um conceito unificador de todos os direitos fundamentais, em torno do qual todos os direitos do cidadão se reportam.

Os direitos fundamentais têm como núcleo essencial a dignidade da pessoa humana, e portanto, visam concretizar o respeito a mesma.

Tal princípio é elemento basilar e informador de todo o ordenamento jurídico pátrio, constituindo-se princípio matriz, sendo considerado o sobreprincípio, ou seja, aquele que norteia e direciona o ordenamento.

Nesse contexto afirma o mestre Ingo Sarlet (2012, p.105):

Num primeiro momento, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inc. III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deixa de ter), mas que constitui norma jurídico-positiva com status constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética [...] em valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar neste contexto, que, na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente

sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.

O princípio em tela serve como critério de orientação na interpretação das normas constitucionais, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Além de conferir a imposição de ser observado na atuação dos legisladores, interpretes e autoridades públicas como forma de só assim se efetivar os direitos fundamentais assegurados Carta Política.

A dignidade da pessoa humana é algo inseparável de todo e qualquer ser humano, é algo que o define como tal. Assim, todo ser humano é possuidor de direitos que devem ser garantidos e protegidos pelo Estado e por seus iguais sendo, pois, predicado tido como imanente a todos os seres humanos.

Ao estabelecer esse sobreprincípio como fundamento da República Federativa do Brasil o legislador constituinte teve a intenção de impor que o Estado exista em função da pessoa humana, e não o contrário, e por isso que o Estado tem o dever de proteger toda e qualquer pessoa.

A Constituição Federal em seu art. 5º, III, diz que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Nesse sentido, ressalta Oscar Vilhena Vieira (2006, p.69):

Os conceitos de “cruel”, “degradante” ou “desumano”, no entanto, ficaram abertos á interpretação ou construção de seus sentidos. A sociedade e o Direito é que refletem seus valores, que vão a cada momento dizer o que é, ou não, “cruel”, o que é, ou não, “desumano” ou “degradante”, logo, o que afeta, ou não, a dignidade. O que parece comum a todas essas situações, desde a morte até a submissão à crueldade, é que a pessoa está deixando de ser tratada como um fim em si, servindo de objeto à realização do interesse exclusivo de seu algoz. A Constituição, por outro lado, parece ter-se omitido em regulamentar uma série de situações que envolvem questões de dignidade, como, por exemplo, a vedação ao trabalho escravo, ou a ele análogo, regulada, hoje, pelo Código Penal. A escravidão, ao submeter a pessoa ao controle total do outro, é uma das formas mais antigas de afronta à dignidade como esfera de realização da autonomia moral. [...] Esta e outras omissões ficam claramente supridas pelo acolhimento do princípio da dignidade humana.

Antes da EC nº 72, em que os domésticos eram privados de uma grande gama de direitos básicos, resta clara a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que saltava aos olhos a situação cruel, desumana e degradante a qual o obreiro do lar estava submetido. Portanto, é notória a necessidade, de após o alcance desses direitos com a emenda, a totalidade deles terem aplicabilidade imediata, para que assim seja de fato efetivada a dignidade humana dessa classe trabalhadora.

Para Barroso (2006, pg.335) a dignidade da pessoa humana tem como núcleo material o mínimo existencial, que é formado por um conjunto de valores e bens jurídicos imprescindíveis para que se possa sobreviver dignamente. Na ausência desse mínimo, só há sobrevivência, mas não há dignidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se como um pilar do Estado Democrático de Direito, constituindo-se como a representação dos valores éticos e políticos da sociedade, valores estes que, por consubstanciarem os direitos fundamentais, devem ser garantidos e efetivados pelo ordenamento jurídico, em eventual situação conflitante (SCHMITZ, 2012, p.128).

Segundo Sarlet (2002, p. 87), a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental que envolve o conteúdo dos direitos fundamentais, impõe o reconhecimento, proteção e efetividade desses direitos, em todas as suas gerações. Dessa forma, não efetivar os direitos fundamentais que são inerentes à pessoa é negar a própria dignidade humana.

A dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, deduz-se, que não dar efetividade aos direitos do doméstico é negar vigência ao direito fundamental da dignidade da pessoa humana, é tratá-lo de forma discriminatória não condizente com as normas contidas no Ato Regra Maior. É negar vigência à própria norma constitucional, ao princípio matriz e fundante de todo ordenamento jurídico.

Assim, “a dignidade da pessoa humana apenas estará assegurada quando for possível ao homem uma existência que permita a plena fruição de todos os direitos fundamentais.” (CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 611).

5.7 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE

Primeiramente é relevante ressaltar que razoabilidade e proporcionalidade em sentido amplo são expressões sinônimas. Contudo, a proporcionalidade em sentido estrito é um subprincípio que integra o conceito de razoabilidade e proporcionalidade ampla.

O princípio da razoabilidade e proporcionalidade consiste em um princípio implícito na Constituição Federal que impõe ao poder público, ou seja, ao poder executivo, legislativo e judiciário uma atuação sempre razoável e proporcional, através de atos que sejam adequados, necessários e proporcionais.

Assim, este princípio é formado de três subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A adequação é realizada quando o ato do Poder Público alcança a finalidade desejada, assim, ato adequado é aquele que atinge o fim a que se destina, o objetivo colimado. Necessidade corresponde a ideia de que o poder público na consecução dos seus atos, sempre escolha entre os atos adequados aquele que menos restrinja ou míngue direitos fundamentais. Já proporcionalidade em sentido estrito exige que o ato adotado promova mais vantagens do que desvantagens.

Pode-se entender que algo é proporcional e razoável quando entre o meio e o fim houver relação adequada, racional e necessária, enquanto não seria razoável nem mesmo proporcional, quando entre o meio e a finalidade ocorrer qualquer inadequação.

Tal princípio é amplamente utilizado quando há conflitos entre princípios ou direitos constitucionais que se contraponham com a finalidade de se buscar qual deles devem prevalecer no caso concreto. Nessa atividade de solucionar conflitos deve o intérprete ter em mente que é imprescindível ponderar valores, e alcançar a intenção do legislador constituinte, com base na unidade da carta política e nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

O princípio mencionado tem origem atrelada à garantia *due process of Law*, posto que as decisões jurídicas além de obedecerem ao regular procedimento formal, devem ser razoáveis e corretas. É dessa garantia do devido processo legal que surgiu o princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Todavia, o devido processo legal como fundamento de razoabilidade e proporcionalidade não deve ser aplicado apenas no âmbito dos processos judiciais, mas também na produção de qualquer norma (DIDIER, 2011, p.52).

O doutrinador Dirley da Cunha Júnior (2008, p. 219) ainda complementa essa ideia ao afirmar que a garantia do devido processo legal permite ao judiciário analisar o

mérito dos atos do poder público, com a finalidade de averiguar se seus atos são razoáveis, ou seja, fundados na razão, equilíbrio, moderação e harmonia.

É nesse contexto que a aplicabilidade imediata dos novos direitos fundamentais dos obreiros domésticos se impõe, pois só com a efetiva concessão prática desses direitos, o Poder Público estaria agindo com razão, equilíbrio, sensatez, e justiça frente a essa classe trabalhadora.

Acerca do princípio da razoabilidade, Fábio Corrêa Souza de Oliveira (2003, p.92) enfatiza que:

O razoável é conforme a razão, racionável. Apresenta moderação, lógica, aceitação, sensatez. A razão enseja conhecer e julgar. Expõe o bom senso, a justiça, o equilíbrio. Promove a explicação, isto é, a conexão entre um efeito e uma causa. É contraposto ao capricho, à arbitrariedade. Tem a ver com a prudência, com as virtudes morais, com o senso comum, com valores superiores propugnado em data comunidade.

Nesse mesmo sentido ressalta Dirley da Cunha Júnior (2008, p.219):

[...] o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, consubstancia, em essência, uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positivação jurídica, inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico.

O princípio da razoabilidade e proporcionalidade como regra de interpretação do ordenamento jurídico impõe a interpretação de que todos os novos direitos do empregado doméstico devem ser efetivados imediatamente, por constituírem-se direitos fundamentais, apesar da EC nº 72/2013 ter condicionado muitos deles à regulamentação. Essa é a interpretação que mais se baseia na razoabilidade e proporcionalidade, ou seja, na idéia de justiça, equidade e bom senso.

A razoabilidade e proporcionalidade se impõem quanto à aplicabilidade imediata dos novos direitos do doméstico, uma vez que seria medida adequada, posto que alcançaria imediatamente o fim a que se destina; também necessária, já que seria a medida que mais alcança os direitos fundamentais; bem como proporcional, pois promove mais vantagens do que desvantagens.

Vale lembrar que o mencionado princípio é considerado um direito fundamental (OLIVEIRA, 2007, p. 102). E como direito fundamental não pode deixar de ser aplicado.

6 ANÁLISE DOS NOVOS DIREITOS SOB A ÓTICA DA APLICAÇÃO IMEDIATA

Conforme já anteriormente exposto, apesar de a EC nº 72/13 ter condicionado a aplicação de muitos dos novos direitos concedidos aos domésticos a uma regulamentação posterior, por trata-se de direitos fundamentais devem ser todos aplicados direta e imediatamente.

Essa é a tarefa incumbida ao Poder Judiciário, que tem o poder-dever de efetivar os direitos fundamentais, nos mais variados casos concretos, em decorrência da força normativa e vinculante da Carta Maior e de tais direitos, bem como devido à indeclinabilidade da jurisdição.

Assim, o Judiciário não pode se eximir de julgar em virtude de ausência de lei, devendo recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito para concretizar os direitos fundamentais, conforme está previsto no art. 4º da Lei de introdução às normas do direito brasileiro, bem assim no art. 126 do CPC.

Cabe ao juiz, em face da falta de lei regulamentadora, se pautar nos valores constitucionais, que em última instância são os valores escolhidos pela sociedade brasileira como essenciais e indispensáveis, para que possa inovar o ordenamento jurídico, no intuito de efetivar esses valores que consubstanciam os direitos fundamentais.

Portanto, é fundamentando-se nos princípios da proteção, do valor social do trabalho, da justiça social, da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade e proporcionalidade, e, sobretudo, pautando-se na analogia, que o judiciário deve buscar integrar as normas definidoras dos direitos fundamentais dos obreiros do lar para concretizá-los.

Nesse sentido, se entende que há lacuna na lei, mas não há lacuna no direito, uma vez que ele se auto-integra, formando um todo completo, ou seja, quando há alguma lacuna normativa, esta sempre será passível de solução, por meio da prestação jurisdicional. Desse modo, o Poder Judiciário tem um papel extremamente importante, como integrador do ordenamento jurídico, e assim, como efetivador dos valores basilares e fundamentais do ordenamento.

Sobre a integração do ordenamento jurídico discorre Carlos Henrique Bezerra Leite (2007, p. 93):

Pode-se dizer que a integração é o fenômeno que mantém a plenitude da ordem jurídica, ainda que inexistente norma jurídica específica a ser utilizada diante de determinado caso concreto a ser decidido. A integração, pois constitui uma autorização do sistema jurídico para que o intérprete possa valer-se de certas técnicas para solucionar um caso concreto, no caso de lacuna. Essas técnicas, que também atuam como fontes subsidiária do direito, são a analogia, a equidade, e os princípios gerais do direito.

A analogia é uma das técnicas de integração do direito, quando da ausência de lei, e tem por finalidade dar a casos semelhantes a mesma solução, baseando-se em uma lei já existente, que regule a situação semelhante a outra desprovida de regulamentação.

No entanto, não se está querendo desmerecer a função legiferante, posto que é imprescindível uma regulamentação específica desses novos direitos, na medida em que o labor doméstico tem suas peculiaridades, necessitando de adequação desses direitos à realidade do trabalho doméstico.

Contudo, enquanto não advêm a regulamentação para melhor aplicar tais direitos, é indispensável a atuação do Judiciário, que deve se utilizar da analogia das disposições normativas que regulamentam tais direitos relativamente aos trabalhadores rurais e urbanos.

Portanto, cabe a análise dos novos direitos dos domésticos frente à técnica da analogia, como forma de lhes dar aplicabilidade direta e imediata, o que será proposto a seguir.

6.1 SEGURO-DESEMPREGO

O programa seguro-desemprego objetiva dar assistência temporária ao obreiro despedido sem justa causa, inclusive, no caso de dispensa indireta, bem assim ao resgatado por trabalho em condição análoga a escravo, e aos pescadores no período defeso.

O seguro-desemprego relativo aos trabalhadores urbanos e rurais é regulamentado pela Lei nº 7.998/90. Esse benefício já era concedido ao doméstico que tivesse inscrito no FGTS à faculdade do empregador, conforme previsão da lei 10.208/2001.

A EC nº 72/13 tornou esse benefício obrigatório para todos os obreiros do lar, entretanto condicionando-o ao surgimento de legislação complementar.

Assim, os domésticos passaram a receber obrigatoriamente e não mais facultativamente o seguro desemprego desde a edição da EC nº 72, inclusive com percepção independente de regulamentação, posto que se trata de direito fundamental com aplicabilidade imediata. Dessa forma, deve ser observada a referida lei 7.998/90 em todos os seus termos e alcance, por aplicação analógica para com os trabalhadores domésticos, até o advento de lei especial que regule a questão.

Desse modo, o trabalhador doméstico que for despedido sem justa causa, que pleitear a rescisão indireta, deverá receber da Caixa Econômica Federal o benefício do seguro-desemprego entre 3 a 5 meses.

6.2 FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO

Quanto ao FGTS, alguns poucos dos obreiros do lar já são titulares de contas vinculadas, na medida em que foram contemplados com a norma que faculta ao empregador conceder tal benefício aos empregados domésticos. Assim, dispõe o art.3º-A, da Lei 5.859/72 (lei dos domésticos): “É facultada a inclusão do empregado doméstico no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, de que trata a Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, mediante requerimento do empregador, na forma do regulamento”.

Por sua vez, dispõe o art. 15 da Lei nº 8.036/90:

Art. 15. Para os fins previstos nesta lei, todos os empregadores ficam obrigados a depositar, até o dia 7 (sete) de cada mês, em conta bancária vinculada, a importância correspondente a 8 (oito) por cento da remuneração paga ou devida, no mês anterior, a cada trabalhador, incluídas na remuneração as parcelas de que tratam os arts. 457 e 458 da CLT e a gratificação de Natal a que se refere a Lei nº 4.090, de 13 de julho de 1962, com as modificações da Lei nº 4.749, de 12 de agosto de 1965.

Mas, em relação aos obreiros que ainda não foram inscritos no FGTS, devem os empregadores se inscrever no Cadastro Específico do INSS, para poder recolher mensalmente 8% sob o salário do doméstico, e depositá-lo em conta vinculada do empregado, por meio da guia de recolhimento do FGTS.

Nesse sentido, como esse direito já era facultado ao doméstico, à escolha do empregador, antes do advento dessa emenda, utilizando as disposições da Lei 8.036/90, bem como do Decreto 99.684/90; agora que tornou-se obrigatório, deve-se continuar usando as mesmas determinações legais, até que seja produzida lei especial que regulamente o tema quanto aos domésticos. Só assim, se dará efetividade imediata a este direito.

6.3 DA RELAÇÃO DE EMPREGO PROTEGIDA CONTRA DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA

Em relação à indenização compensatória em virtude de despedida imotivada quanto ao empregado doméstico, o legislador constituinte ao estender esse direito através da EC nº 72/13 expressamente previu a necessidade de lei regulamentadora.

Todavia, para que tal direito seja aplicado direta e imediatamente, deve o judiciário se utilizar da analogia do art. 18, § 1º, da Lei 8.036/90 aplicada aos trabalhadores rurais e urbanos, que estabelece multa de 40% do montante de todos os depósitos realizados durante a vigência do contrato de trabalho relativos ao FGTS atualizados e com juros, quando da ocorrência da despedida sem justa causa.

Entretanto, foi também com a emenda constitucional nº 72 que se tornou obrigatório o depósito do FGTS para os obreiros domésticos, uma vez que antes a concessão de tal direito era faculdade do empregador. Portanto, a maioria dos obreiros do lar ainda não são titulares das contas vinculadas ao FGTS, não tendo nenhuma quantia depositada ao longo do vínculo empregatício.

Assim, quanto aos domésticos já beneficiados com o recolhimento do FGTS, fica fácil a utilização da técnica da analogia, onde se deve aplicar a multa de 40% em virtude da despedida sem justa causa de forma imediata.

Em relação aos trabalhadores do lar que não foram inscritos no FGTS durante a relação laboral, cabe aos juízes decidir como será a aplicação deste direito no caso concreto, ante a ausência de saldo em conta vinculada do FGTS.

Dessa forma, a título de sugestão pode o magistrado condenar os empregadores reclamados judicialmente à multa de 40% sobre o montante correspondente ao valor

que deveria ser depositado no período após a entrada em vigor a EC nº 72/13 até a data da despedida, na ordem de 8% sob a remuneração mensal, enquanto não surge lei que complemente esse direito relativamente ao obreiro doméstico.

6.4 REMUNERAÇÃO DO TRABALHO NOTURNO SUPERIOR À DO DIURNO

Em que pese, o art.7º, “a”, da CLT ter expressamente excluído os empregados domésticos das suas disposições, cabe ao judiciário afastar esse dispositivo no caso concreto, uma vez que essa determinação não se sustenta frente a necessidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais, como vontade da própria Carta Maior, onde cada lei infraconstitucional deve fundamentar-se.

Nesse sentido expõe o doutrinador George Marmelstein (2008, p. 295):

[...] quando a resposta fornecida pela lei não se sustenta diante de uma análise mais rigorosa, à luz dos direitos fundamentais, é possível afastar a aplicação dessa lei (ou alargar o seu sentido) e decidir com base em valores juridicamente aceitos- valores estes que podem e devem ser extraídos diretamente da Constituição-, já que o Poder judiciário também está diretamente vinculado aos direitos fundamentais.

A supremacia dos direitos fundamentais impõe a sua efetivação, sendo possível, inclusive, o juiz atuar contrariamente ao previsto na lei para concretizar um dado direito fundamental. Dessa forma, segundo Hebert Krugrer (*apud* MARMELSTEIN, 2008, p.294): “não são os direitos fundamentais que devem girar em torno da lei, mas a lei que deve girar em torno dos direitos fundamentais”.

Assim, o Poder Judiciário no atendimento concreto das medidas que se revelam essenciais para efetivar um direito fundamental, deve atuar independentemente, e até contrariamente a letra da lei infraconstitucional, na medida em que não é preciso de autorização do legislador para fazer valer a Lei Maior (MARMELSTEIN, 2008, p.294).

Com a finalidade de dar aplicabilidade imediata a esse direito, previsto como pendente de regulamentação infraconstitucional, pode ainda o intérprete entender que resta tacitamente revogado o art. 7º, “a”, da CLT, que exclui o doméstico das suas disposições. Essa interpretação decorre do art. 5º, §1º, da CF, que impõe a aplicação imediata dos direitos fundamentais, e da EC nº 72/13, que estende tal direito aos domésticos, uma vez que a CLT é o dispositivo que trata do adicional

noturno relativamente aos demais trabalhadores. Assim, esse dispositivo da CLT pode ser considerado revogado, em razão da sua não recepção constitucional, em face da promulgação da EC nº 72/13.

Entretanto, não está aqui se querendo defender que se deve aplicar sempre a CLT aos domésticos, mas tão somente quando se tratar de direito fundamental e não houver lei especial regulamentando a situação dos domésticos.

Sobre a aplicação da CLT aos domésticos afirma Vólia Bomfim (2013, p. 6):

De acordo com o art. 5º, parágrafo 1º da Constituição: “as normas definidoras de garantias e direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata.” Logo é dever do intérprete dar eficácia aos novos direitos do empregado doméstico trazidos pela Constituição e pela EC 72/13. Dessa forma, alguns direitos previstos na CLT serão aplicáveis aos domésticos.

O doutrinador Renato Saraiva (2013, p.1) também entende que deve haver a aplicação subsidiária da CLT:

Entendemos que com a limitação da jornada da categoria do empregado doméstico, os temas intervalo intrajornada, interjornada e adicional noturno, também precisarão ser regulamentados, havendo espaço para a aplicação subsidiária da CLT até a devida regulamentação.

Portanto, deve-se aplicar o art.73 da CLT, que trata do adicional noturno dos trabalhadores urbanos, aos trabalhadores domésticos, até que surja lei especial que regulamente a remuneração do trabalho noturno para essa classe trabalhadora.

Desse modo, os trabalhadores do lar que laborarem das 22h às 5h, deverão receber um adicional de 20% sobre o valor da hora diurna. A hora noturna também deverá ser considerada como um período de cinquenta e dois minutos e trinta segundos.

6.5 SALÁRIO-FAMÍLIA

A EC nº 72/13 concedeu aos trabalhadores do lar o benefício do salário-família, porém estabeleceu sua dependência de lei regulamentadora para ser aplicado. No entanto, enquanto direito fundamental, deve ser aplicado de imediato.

Com efeito, é devido, desde a entrada em vigor da EC nº 72/13, ao doméstico de baixa renda, o pagamento mensal da verba referente ao salário-família, desde que possua filho ou equiparado menor de 14 anos, que frequente a escola e apresente anualmente carteira de vacinação, bem como quando possua filho inválido.

O salário-família é um benefício previdenciário estatuído nos art. 65 a 70 da lei 8.213/91, e regulamentado nos art. nos art. 81 a 92 do Decreto 3.048/99. Contudo, o mencionado decreto no seu art. 81 expressamente afasta a aplicação dos seus dispositivos a essa categoria dos domésticos.

Decreto é um ato normativo infraconstitucional e infralegal que deve está conforme os preceitos constitucionais. No entanto, o Decreto 3.048/99 ao excluir o doméstico de seus dispositivos não está compatível com as determinações constitucionais dos art. 5º, §1º, c/c art.7º, § único alterado pela EC nº 72/13, que estabelecem, respectivamente, a necessidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais, e o benefício do salário-família ao obreiro doméstico de baixa renda em razão de seu dependente.

Essa incompatibilidade se dá em virtude desse benefício ser um direito fundamental e, portanto, de aplicabilidade imediata.

Como já dito anteriormente, pode o juiz no caso concreto contrariar um ato normativo infraconstitucional ou infralegal para concretizar um direito fundamental dada a sua extrema importância dentro do ordenamento jurídico. Essa atuação judicial se justifica em razão da supremacia e força vinculante dos direitos fundamentais. Desse modo, o Decreto 3.048/99 deve ser aplicado também ao obreiro doméstico.

Assim, cabe ao magistrado no momento de decidir o processo judicial aplicar analogicamente o quanto disposto nos art. 65 a 70 da Lei 8.213/91 e nos art. 81 a 92 do Decreto 3.048/99, para conceder o benefício previdenciário ao doméstico, enquanto não advir regulamentação especial, uma vez que se trata de direito constitucionalmente assegurado e de aplicabilidade imediata por ser fundamental.

Desse modo, deve o empregador pagar esse benefício juntamente com o salário mensal do obreiro doméstico, devendo posteriormente ser reembolsado quando do pagamento do benefício na guia de recolhimento da contribuição previdenciária (GPS).

6.6 ASSISTÊNCIA GRATUITA AOS FILHOS E DEPENDENTES DESDE O NASCIMENTO ATÉ 5 (CINCO) ANOS DE IDADE EM CRECHES E PRÉ-ESCOLAS

Como já mencionada anteriormente, a assistência gratuita aos filhos e dependentes dos trabalhadores em creches e pré-escolas é um dever do Poder Público. Nesse sentido, o art. 11 da Lei 9394/96 estabelece a obrigação dos municípios a prestarem educação infantil em creches e pré-escolas, e o art. 30, VI, da CF estatui a competência dos municípios para manter com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental.

Portanto, cabe aos municípios o dever de dar assistência gratuita aos filhos e dependentes dos trabalhadores domésticos, desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas.

Assim, cabe ao Judiciário em cada caso concreto conceder esse direito em face do Poder Público, independentemente de regulamentação.

6.7 SEGURO CONTRA ACIDENTES DE TRABALHO (SAT)

O SAT consiste no benefício previdenciário concedido em razão de empregados e trabalhadores avulsos, para custear eventuais benefícios de acidentes de trabalho.

A EC nº 72/13 estendeu esse direito aos empregados domésticos, mas expressamente exigiu a necessidade de regulamentação legal. Contudo, por ser direito fundamental faz-se imprescindível a sua aplicação imediata dada a sua relevância constitucional.

Atualmente, existem três faixas de aplicação do seguro acidente, de acordo com o grau de risco de acidente de trabalho preponderante: o leve (1%), médio (2%) ou grave (3%). Assim, dadas as peculiaridades do trabalhador do lar deve ser atribuído o grau leve, sendo a alíquota de 1% a ser utilizada para o cálculo da contribuição patronal a título de SAT desde o momento da edição da EC nº 72/13, independentemente de regulamentação.

Deve o empregador pagar mensalmente o valor de 1% sobre a remuneração paga ao obreiro doméstico à Receita Federal, para que a previdência possa custear benefícios acidentários relativos ao empregado doméstico, até que seja criada lei especial regulamentando esse dever do empregador e direito do doméstico.

Resta claro que cabe ao Poder Judiciário em qualquer processo judicial aplicar, analogicamente, os termos da lei 8.212/91, para conceder imediatamente o benefício do SAT ao obreiro do lar, em atendimento ao quanto determinado na Constituição Federal recém alterada, por se tratar de direito fundamental.

7 CONCLUSÃO

A EC nº 72/13 representou um gigantesco avanço no processo legislativo de proteção do obreiro doméstico, na medida em que estendeu direitos básicos, essenciais e fundamentais a uma vida digna para essa categoria. Mais que um avanço legislativo, representou um enorme progresso jurídico e social, se observado a lamentável discriminação histórica com que foram tratados.

Essa emenda foi criada justamente com o intuito de minorar essa desigualdade perpetrada pela sociedade e pela legislação pátria em relação aos domésticos frente aos demais trabalhadores. Era inaceitável em pleno sec. XXI tamanha discriminação, onde o trabalhador do lar não tinha se quer limitação da jornada de trabalho, sendo explorado pelo empregador.

O advento da EC nº 72/13 foi um feito de grande importância para a categoria dos profissionais que dedicam suas vidas a cuidar dos lares das famílias brasileiras, mas, sem dúvida, não garantiu a plena igualdade.

Em verdade a referida emenda, ao modificar o parágrafo único do art. 7º da Constituição vigente, apenas acrescentou vários direitos que não eram estendidos aos domésticos, todavia não chega à totalidade dos direitos que possuem as categorias de trabalhadores urbanos e rurais.

Em que pese a multicitada emenda ter garantido diversos direitos ao doméstico, condicionou a aplicabilidade de alguns desses, objeto desse trabalho, à atuação do legislador ordinário, na medida em que impõe a observância de condições estabelecidas em lei para a efetivação destes.

Entretanto, por se tratar de direito fundamental, a própria Constituição ao exigir aplicabilidade imediata desses direitos (art.5º, §1º, da CF), impõe a necessidade de efetivá-los independentemente de regulamentação. Desse modo, a força vinculante e a supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais obriga a aplicabilidade imediata de todos os novos direitos dos domésticos.

O princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto expoente máximo do ordenamento jurídico também impõe a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, visto que esses direitos foram escolhidos pela sociedade como

valores essenciais a serem buscados. Bem assim, o princípio da proteção, do valor social do trabalho, da justiça social, da igualdade, e da razoabilidade e proporcionalidade corroboram para que se dê efetividade plena, direta e imediata a todos os novos direitos fundamentais assegurados aos domésticos.

Desse modo, cabe, principalmente, ao Poder Judiciário, a função de efetivá-los nos casos concretos, devendo para isso se valer da analogia, através da aplicação analógica das normas já existentes relativamente a esses direitos referentes aos trabalhadores rurais e urbanos, até o surgimento de lei especial regulamentadora. É imprescindível também exigir a concretização desses direitos aos patrões, uma vez que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais impõe sua defesa e proteção nas relações privadas.

Todavia, a vinculação aos direitos fundamentais também direciona-se ao Poder Legislativo, que está obrigado a criar leis que regulem esses novos direitos do trabalhador do lar, haja vista a necessidade de adequação desses direitos às peculiaridades do labor doméstico. Assim, cabe ao legislador ordinário produzir normas justas e equânimes que garantam tais direitos em sua plenitude, mas que não permitam a informalidade, muito menos o desemprego dessa classe.

Os novos direitos devem ser levados em consideração por parte do Poder Público no tocante a necessária desoneração dos empregadores do lar, no sentido de minorar a carga fiscal desses empregadores e contribuindo para que não haja demissão para a categoria dos domésticos, nem tampouco permaneça a ingente informalidade, que tanto vem caracterizando a referida categoria profissional.

Não se pode olvidar que se fazem necessárias a redução da contribuição para a seguridade social, e a dedução do imposto de renda do empregador, objetivando a manutenção dos empregos, e sobretudo, a formalização da relação laboral, visto que ainda persiste muito presente a informalidade no seio da categoria obreira em questão.

Assim, cumpre lembrar que tramita no Congresso Nacional diversos projetos de leis tendentes à redução da carga tributária de interesse da categoria, que certamente irá influenciar tanto na formalização quanto em desestimular o recrudescimento das demissões que tem crescido ultimamente no setor:

- a) Diminuição da contribuição social previdenciária (INSS) do empregador doméstico para 4% (PL 7.082/2010);
- b) Dedução do Imposto de Renda do empregador em 30% do valor total pago ao empregado doméstico a título de salários, inclusive horas-extras, contribuições para o INSS, gratificação de férias, 13º salário e FGTS (PL 5.268/2013);
- c) A assistência em creches e pré-escolas dos filhos e dependentes dos empregados domésticos e cuidadores de pessoa idosa, doente ou com deficiência, custeada pelo Poder Público (PL 5.359/2013);
- d) Anistia das contribuições devidas e não recolhidas pelo empregador doméstico, à Seguridade Social (PL 6.707/2009).

Com efeito, a aprovação dos referidos projetos de leis deve ser aguardada com ansiedade pela classe trabalhadora, na medida em que pode representar um avanço na contratação e regularização dos empregos domésticos, devendo a classe política do país corresponder à altura desse desejo, e definitivamente implementar a desoneração do trabalho no âmbito residencial.

Assim, estar-se-á, com a aprovação e transformação em lei, contribuindo para manutenção desses trabalhadores nos seus empregos em condições mais dignas e humanas com a preservação da sua fonte de sobrevivência, sem comprometer o orçamento patronal.

Facilitar-se-á com esse justo equilíbrio entre os direitos do empregado e as condições financeiras dos empregadores a plena efetividade dos novos direitos concedidos aos domésticos. Efetividade essa que necessita ser imediata, por se tratar de direitos basilares e supremos do Estado Democrático de Direito, como os são esses direitos fundamentais.

Os novos direitos fundamentais conferidos aos domésticos são direitos sociais, que reclamam de instantânea concretização e providências imediatas, colaborando para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em consonância com os objetivos da República Federativa do Brasil.

Por todo o exposto, a aplicabilidade imediata dos novos direitos garantidos ao trabalhador do lar será uma vitória na busca pela efetiva proteção dessa classe,

contribuindo para a concretização da justiça social e da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BALERA,Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito Previdenciário**. 2º ed. São Paulo: Editora Método, 2005.

BARBOSA, Ruy. **Orações aos Moços**. Publicação do tribunal de justiça da Bahia,1992.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª ed. Editora Saraiva, 2011.

_____. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6ª ed. 3ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v.240, p.1-42, 2005.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da Constituição brasileira**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 8ª ed. São Paulo: editora LTR, 2012.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. Trabalho doméstico descente- Breves considerações sobre a convenção nº 189 da OIT. **Revista LTR, legislação, doutrina e jurisprudências**. São Paulo: editora LTR, nº 8, agosto de 2011.

BEZERRA, Carlos. **Projeto de emenda Constitucional 478/ 2010**. Disponível em:<www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=755258&filename=Tramitacao-PEC+478/2010>. Acessado em: 12 nov. 2012.

BOMFIM, Vólia. **Cartilha do empregado doméstica**. Editora Cers, 2013.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013

_____. **Consolidação das leis trabalhistas**. Lei 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acessado em 24 mai. 2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado, 2013.

_____. **Declaração universal dos direitos do homem**. Proclamada pela Assembléia Geral na Resolução 217 A (III) de 10 de Dezembro de 1948. Disponível em: <www.didinho.org/DECLARACAOUNIVERSALDOSDIREITOSDOHOMEM.htm>. Acessado em: 24 Set. 2012.

_____. **Decreto 99.684**, de 08 de novembro de 1990. Consolida as normas regulamentares do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D99684.htm>. Acesso em: 12 mai. 2013.

_____. **Decreto 3.048**, de 06 de maio 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm >. Acesso em: 12 mai. 2013.

_____. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm >. Acesso em: 12 mai. 2013.

_____. **Emenda Constitucional nº 72**, de 02 de abril de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc72.htm>. Acessado em: 20 abr. 2013.

_____. **Lei 5.859**, de 11 de dezembro de 1972. Brasília, DF, 11 dez. 1972. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5859.htm>. Acesso em: 12 mai. 2013.

_____. **Lei 8.036**, de 11 de maio de 1990. Brasília, DF, 11 maio 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm >. Acesso em: 12 mai. 2013.

_____. **Lei 7.998**, de 11 de janeiro de 1990. Brasília, DF, 11 jan. 1990. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7998.htm >. Acesso em: 12 mai. 2013.

_____. **Lei 8.213**, de 24 de julho de 1991. Brasília, DF, 24 jul. 1991. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm>. Acesso em: 12 mai. 2013.

_____. **Lei 9.394**, de 20 de dezembro de 1996. Brasília, DF, 20 dez. 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm >. Acesso em: 12 mai. 2013.

_____. **Lei 8.212**, de 24 de jul. de 1991. Brasília, DF, 24 jul. 1991. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm>. Acesso em: 12 mai. 2013.

_____. **Projeto de lei 5268/2013**, de autoria do deputado federal Otavio Leite. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=569870> >. Acesso em: 04 jun. 2013.

_____. **Projeto de lei 5359/2013**, de autoria dos deputados federais Carlos Sampaio e Eduardo Barbosa. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=57154>>

6 >. Acesso em: 04 jun. 2013.

_____. **Projeto de lei 6707/2009**, de autoria do senador Garibaldi Alves Filho.

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465295>>.

Acesso em: 12 mai. 2013.

_____. **Projeto de 7082/2010**, de autoria do senador Serys Slhessarenko.

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=472406>>.

Acesso em: 12 mai. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 201819. Recorrente: União Brasileira de Compositores. Recorrido: Arthur Rodrigues Villarinho. Relatora: Min. Ellen Grace. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=201819&classe=RE&codigoClasse=0&ORIGEM=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=>>>.

Acessado em: 01 jun. 2013.

CASAGRANDE, Cássio. Trabalho doméstico e discriminação. **Boletim CEDES** [online], Rio de Janeiro, setembro de 2008, pp. 21-26. Disponível em:

<<http://www.cis.pucRio.br/cedes/banco%20artigos/Direito%20e%20Trabalho/trabalho%20dom%20estico%20e%20discrimina%20E7%E3o.pdf>>. Acessado em: 01 mai. 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Bahia: editora Jus Podivm, 2011.

_____. _____. Bahia: Editora Jus Podivm, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: editora LTR, 2009.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 13ª Ed. V.1. Editora Jus Podivm, 2011.

FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto; FUHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Resumo de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: editora Malheiros, 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **As ações afirmativas e Princípio constitucional da igualdade (O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GRAUS, Eros. **A ordem econômica da constituição de 1988**. Editora Malheiros, 2000.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2ªed. São Paulo: Editora Malheiros, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Editora Martins Fontes, 1999.

KERTZMAN, Ivan. **Curso prático de direito previdenciário**. 8ª ed. Editora Jus Podvív, 2011.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 5ª Ed. São Paulo: LTR, 2007.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTR, 2000.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

MARQUES, Rafael da Silva. **Valor social do trabalho, na ordem econômica, na Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: LTR, 2007.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 2ª ed. Editora Saraiva, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Eficácia das normas constitucionais sobre Justiça Social. *In*: BARROSO, Luis Roberto; CLIVE, Merlin Clémesson (Orgs.). **Direito Constitucional: Constituição financeira, econômica e social**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.881-910.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24ª ed. Editora Saraiva, 2009

NASCIMENTO, Ângela Maria de Lima. **Projeto de emenda Constitucional 478/2010**. Disponível em:

<www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1009462&filenome=Tramitacao-PEC+478/2010>. Acessado em: 12 nov. 2012.

OLIVEIRA, Alexandre Nery de. **A relação de trabalho doméstico segundo a Emenda Constitucional nº 72. Jus Navigandi**. Disponível em:

<<http://jus.com.br/revista/texto/24004/a-relacao-de-trabalho-domestico-segundo-a-emenda-constitucional-no-72#ixzz2VLziMiFb>>. Acesso em: 5 jun. 2013.

OLIVEIRA, Fábio. **Por uma teoria dos princípios- O princípio constitucional da razoabilidade**. 2ª Edição Revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios: o princípio constitucional da razoabilidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris, 2003

OLIVEIRA, Rodrigo Augusto Verly. Solução de Consulta nº 33, de 16 de Julho de 2012. **Diário Oficial da União**. 23 Jan. 2013. Disponível em:

<<http://www.in.gov.br/visualiza/index.jsp?data=23/01/2013&jornal=1&pagina=13&totalArquivos=104>>. Acessado em: 20 mar. 2013.

ORTIZ, Christian T. “**As Domésticas, Direitos Já!**”. Disponível em: <www.diariotrabalhista.com/2011/07/depois-da-convencao-189-da-oit-juristas.html>. Acessado em: 24 Set. 2012.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direito do trabalho doméstico**. São Paulo: editora LTR, 1997.

PINHO, Rodrigo Cesar Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. 4ª edição, Editora Saraiva, 2003
 PIOVESAN, Flávia. **Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mando de injunção**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à CLT**. 17ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1997

SARAIVA, Renato. **PEC 66/12- Novos direitos do empregado doméstico- Primeiras impressões**. Disponível em: <<http://blog.portalexamedeordem.com.br/renato/2013/04/pec-662012-novos-direitos-dos-empegados-domesticos-primeiras-impressoes/>> .Acessado em: 5 Mai. 2013.

_____. **Direito do Trabalho versão Universitária**. 5.ed. São Paulo: editora Método, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ª Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Dignidade Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**. 2ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHMITZ, José Carlos, A Dignidade Humana, o Valor Social do Trabalho e Aplicação do Princípio da Proteção no Direito do Trabalho no Brasil. **Revista Jurídica – CCJ**, v. 16, nº. 32, p. 121 - 138, ago./dez. 2012. Disponível em <<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/3453/2166>> Acessado em: 5 Mai. 2013.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 35ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio. **Emenda Constitucional 72 tem incidência imediata.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/25406/artigo-emenda-constitucional-72-tem-incidencia-imediata>>. Acesso em: 06 mai. 2013.

TEMER, Michel. **Elementos de direito Constitucional.** 10ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário.** 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF.** São Paulo: Editora Malheiros, 2006.