

Trabalhadores domésticos. Tratamento diferenciado. Inconstitucionalidade

Luiz Henrique Sobrinho

Advogado. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente. Integrante do Grupo de Pesquisa “Inclusão e Seguridade Social”, da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Email: luizhsobrinho@terra.com.br

Sarah Santos Henrique de Faria

Advogada. Especialista em Direito em Direito Processual pela Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. Especializanda em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho na Escola Paulista de Direito. Email: sarahfariaadv@hotmail.com

INTRODUÇÃO: No presente trabalho, procurar-se-á traçar o panorama de alguns direitos laborais, no que concerne à categoria dos trabalhadores domésticos, verificando que, consoante dispositivos constitucionais e da legislação infraconstitucional, não seriam assegurados, exemplificativamente, Fundo de Garantia de Tempo de Serviço, Seguro-Desemprego, Horas Extras, Salário-Família e proteção contra despedida arbitrária. Procurar-se-á demonstrar que tal situação decorre do extremado apego ao princípio da legalidade, descurando-se de outros, igualmente, importantes e mesmo exponenciais do ordenamento jurídico pátrio, como o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, para apresentar a conclusão de que a mesma Constituição usada para negar referidos direitos sociais, poderá ser invocada para esposar entendimento diverso.

O método de trabalho consistirá no exame de dispositivos da atual Constituição Brasileira, bem como de algumas das Cartas Políticas anteriores, o mesmo ocorrendo com relação à legislação ordinária, afigurando-se necessário a verificação de normas precedentes ao atual direito, bem como de oportunos posicionamentos da doutrina pátria, com breve incursão no Direito Internacional.

Inicialmente, observa-se que, com relação ao Fundo de Garantia de Tempo de Serviço (FGTS), está previsto no art. 7º, inciso III, da Constituição, como um direito dos trabalhadores urbanos e rurais. O mesmo artigo constitucional, no parágrafo único, assegura aos trabalhadores domésticos os direitos constantes dos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, portanto, aparentemente, excluindo-os do acesso a tal direito.

A Lei 5.859, de 11 de dezembro de 1972, específica com relação à categoria, com a redação dada pela Lei 10.208, de 23 de março de 2001, conforme seu Art. 3º-A, estabeleceu sua inclusão facultativa no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, a requerimento do empregador.

Por sua vez, a Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990, que após a Constituição, dele tratou, havia previsto, em seu artigo 15, parágrafo § 3º, que os trabalhadores domésticos poderão ter acesso ao regime do FGTS, na forma que vier a ser prevista em lei.

Pois bem. Tendo a Lei 10.208/2001, modificando a lei do trabalhador doméstico (nº5.859/1972), tornando o FGTS um direito opcional ao empregador, vedada estaria a inclusão do empregado a tal direito, a não ser por mera liberalidade do seu patrão.

Escolhido aleatoriamente, vê-se julgado do Tribunal Superior do Trabalho (AIRR - 497/2003-075-15-40.2 , Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 02/04/2008, 3ª Turma, Data de Publicação: 25/04/2008), assaz incisivo sobre o tema. Na respectiva Ementa, consignou-se:

“1. O art. 7º da Constituição Federal, em seu parágrafo único, não oferece aos trabalhadores domésticos o resguardo dos incisos III, XIII e XVI, assim não lhes assegurando, com efetividade, o direito ao FGTS, à jornada limitada e às horas extras. Tais títulos também não encontram previsão na legislação ordinária (Lei nº 5.859/72).

2. A despeito das condições atípicas em que se dá o seu ofício, com a natural dificuldade de controle e de atendimento aos direitos normalmente assegurados aos trabalhadores urbanos, não há dúvidas de que a legislação é tímida em relação aos

empregados domésticos, renegando-lhes determinadas garantias necessárias à preservação de sua dignidade profissional (CF, art. 1º, III).

3. Esta certeza, no entanto, não autoriza, no plano judicial, a superação das fronteiras estabelecidas pelas normas vigentes, de forma a se compelir o empregador ao adimplemento de obrigação que o ordenamento jurídico não lhe impõe. É impossível o deferimento de FGTS e horas extras ao empregado doméstico. Agravo de instrumento conhecido e desprovido”.

Verifica-se que prestigiando o princípio constitucional da legalidade, negou-se ao trabalhador o direito ao FGTS e assinalando que, igualmente, não lhe seria devido o pagamento de horas extras, já que também a ele não se aplicam as jornadas limitadas de trabalho. Reconheceu-se, entretanto, que a legislação em questão não preserva a dignidade profissional do trabalhador doméstico.

Em outra decisão, proferida pelo do TRT da 15ª Região, também escolhida de forma aleatória, denota-se a ênfase dada ao caráter opcional do FGTS, para, depois, negar o direito às horas extras, objeto da apreciação judiciária. Asseverou a Relatora, em resumo:

irrelevante tenha havido o recolhimento do FGTS e a entrega das guias CD para fins de seguro-desemprego, eis que ambos benefícios têm caráter opcional para essa categoria, e optou o empregador por pagá-lo (FGTS)(grifamos) e entregá-las (guias CD) à mesma. Configurando, assim, sua atividade como doméstica, nos termos da Lei nº 5.859/72, não faz jus às horas extras e reflexos e demais verbas não exigidas por sua Lei própria (grifo nosso). Sentença que se reforma. (TRT 15ª R. – RO 36992/00 – 5ª T. – Relª Juíza Olga Aida Joaquim Gomieri – DOESP 18.02.2002)

É este, pois, o triste panorama do FGTS, com relação aos trabalhadores domésticos.

Historicamente, entretanto, o FGTS era opcional ao empregado (Lei 5.107, de 13 de setembro de 1966), pois conforme o seu Art. 1º: “Para garantia do tempo de serviço, ficam mantidos os capítulos V e VII da Consolidação das Leis do Trabalho, assegurado, porém, aos empregados o direito de optarem pelo regime instituído na presente Lei”.

A escolha do empregado também foi assegurada nos posteriores textos constitucionais, a saber, a Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº1, de 1969, respectivamente, nos Artigos 158, inciso XIII e 165, XIII e, agora, conforme já dito, sob o império da “Constituição cidadã”, tornou-se opcional ao patrão.

Como observa JOSÉ AFONSO DA SILVA (1990: 258), o FGTS é espécie de patrimônio individual do trabalhador, que servirá para suprir despesas extraordinárias que o simples salário não se revele suficiente: aquisição de casa própria, despesas com doenças graves, casamento, etc., não como alternativa à estabilidade, mas como um direito autônomo.

Realmente, conforme a Lei 8.036, de 11 de maio de 1990, segundo o Art. 20, a conta vinculada do trabalhador no FGTS poderá ser movimentada para pagamento de parte das prestações decorrentes de financiamento habitacional concedido no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação; liquidação ou amortização extraordinária do saldo devedor de financiamento imobiliário, bem como para pagamento total ou parcial do preço da aquisição de moradia própria, portanto, uma das maneiras de tornar mais acessível o Direito à Moradia.

Observa-se que o mercado imobiliário, faz dessa legislação mola propulsora de seus negócios, inclusive o banco oficial Caixa Econômica Federal, um dos principais agentes financeiros imobiliários e, além disso, gestor do próprio FGTS, como podemos observar na seguinte manchete:

Com a CAIXA seu FGTS transforma sonhos em realidade. A CAIXA facilita a sua vida na hora de adquirir imóveis por meio de financiamento. Seja imóvel residencial pronto ou em construção, você pode utilizar recursos do seu FGTS para comprar sua casa própria e também para pagar parte do saldo devedor (amortização) ou liquidar a dívida”.

Esse sonho não é permitido aos trabalhadores domésticos, a não ser que queiram seus empregadores.

Por outro lado, relaciona-se estritamente com o Direito à Saúde, pois a lei permite a movimentação da conta quando o trabalhador ou qualquer de seus dependentes for acometido de neoplasia maligna, sejam portadores do vírus HIV, ou doença grave em estágio terminal e ainda se o trabalhador tiver idade igual ou superior a setenta anos.

Dessa maneira, constata-se que o FGTS realmente destina-se a socorrer o trabalhador, em situações de desespero, tendo intrínseca relação com o direito à saúde, à moradia, enfim, ao incremento de sua dignidade. Tais direitos (moradia, saúde, vida digna) são, a teor da própria constituição, assegurados a qualquer pessoa, trabalhador ou não, e assim, à obviedade, não poderão ser negados ao trabalhador doméstico, não sendo razoável que fique ao alvedrio do empregador, conceder ou não o acesso à vida digna, em evidente arreppio à Constituição que tanto prestigia a dignidade da pessoa humana.

Com relação ao Seguro-Desemprego, a situação é ainda mais dramática. Como já observado acima, consoante lembrou o julgado citado em primeiro lugar (TST), também ele tem caráter opcional.

Consoante analisar-se-á mais tarde, trata-se de um direito previdenciário e, assim, bastaria citar o Art. 9º, do Pacto Internacional sobre dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, portanto, com mais de 40 anos: “Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social.” (http://www.aids.gov.br/legislacao/vol1_3.htm), para se chegar à conclusão de que não deve ser sonegado à categoria dos empregados domésticos, .

A sexagenária Declaração Universal dos Direitos Humanos, fonte inexaurível dos direitos de todos os matizes, desde 1948, já previu, no art. 23º, nº 1: Toda pessoa tem direito a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego. (Direitos Humanos. Normas e Convenções. supervisão editorial Jair Lot Vieira. Bauru, SP, EDIPRO, 1ª ED., 2003, p.15)

No plano nacional, a Lei nº5.859/1972, modificada pela lei 10.208/2001, dispôs no Art. 60-A: O empregado doméstico que for dispensado sem justa causa fará jus ao benefício do seguro-desemprego, de que trata a Lei no 7.998, de 11 de janeiro de 1990,

no valor de um salário mínimo, por um período máximo de três meses, de forma contínua ou alternada.(Incluído pela Lei nº 10.208, de 23.3.2001).

Tudo estaria bem, não tivesse o § 1º, consignado odiosa exceção: “ o benefício será concedido ao empregado inscrito no FGTS”, o que vale dizer, tornou a garantia constitucional de proteção no desemprego involuntário, também opcional ao empregador.

Acima sinalizou-se que o seguro-desemprego tem natureza previdenciária. É que se constata, pela leitura do art. 1º, da Lei 7.998, de 11 de janeiro de 1990: “Esta Lei regula o Programa do Seguro-Desemprego e o abono de que tratam o inciso II do art. 7º, o inciso IV do art. 201 e o art. 239, da Constituição Federal, bem como institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

Observa-se que a disposição em questão fez referência ao inciso IV, art. 201, onde estava previsto o benefício, antes da Emenda Constitucional nº 20/98 e, após ela, houve alteração para o inciso III.

A legislação previdenciária ordinária, a saber as Lei 8.212 e 8213/91 também tratam do benefício destinado a assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção por motivo de desemprego involuntário (grifamos).

Porém, o último diploma legal citado (Lei 8.213/91-Planos de Benefícios da Previdência Social), no art. 18, não o arrolou entre as prestações devidas ao segurado, mais isso afigura-se irrelevante e insuficiente para retirar dele a natureza de benefício previdenciário. Assim, absurda a disposição legal que o vincula ao FGTS, direito não previdenciário.

O trabalhador doméstico é e era, há muito tempo, segurado obrigatório da Previdência Social e, portanto, tinham assegurados os respectivos benefícios, por força da própria Constituição, o que também já era previsto em sua lei específica (Lei 5.859, de 11 de dezembro de 1972). Art. 4º: “Aos empregados domésticos são assegurados os benefícios e serviços da Lei Orgânica da Previdência Social na qualidade de segurados obrigatórios “. Portanto, todos os benefícios e não apenas alguns.

A Constituição Federal, conforme o Art. 201, “Caput” e seu inciso III, não estabelece qualquer diferenciação quanto aos beneficiários, constando dos citados dispositivos que destina-se a proteção do trabalhador e de sua família, em situação de desemprego involuntário, propiciando-lhe os recursos mínimos para subsistência. Não faz qualquer distinção à categoria de trabalhador e, assim, à evidência, não cabe à lei distinguir e, ademais, tornar tal benefício opcional ao empregador.

No que toca à garantia constitucional de relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, prevista do art. 7º, inciso, I, e que também não seria devida ao doméstico, nos termos do parágrafo único, observa-se que o legislador ordinário, através da Lei Complementar nº 110, de 29 de junho de 2001, procurou dar concreção a esse direito.

Para esse fim, instituiu contribuições sociais, autoriza créditos de complementos de atualização monetária em contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, excluindo, taxativamente a categoria dos empregados domésticos, na medida em que desonerou seus empregadores dos respectivos encargos.

O Direito Comparado atesta a inadequação da exclusão. Conforme a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, segundo seu art. 30º: todos os trabalhadores tem direito a proteção contra os despedimentos sem justa causa, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.

No que toca ao Salário-Família, analisa-se, em primeiro lugar, a Lei Orgânica da Previdência Social, vigente à época do advento da Lei nº 5.859/1972, Tratava-se da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 - Lei Orgânica da Previdência Social- que, em sua redação original não arrolava o Salário-Família entre as prestações, porém, com a alteração procedida pela Lei nº 5.890, de 8.6.1973, o inseriu, o que vale dizer, o estendeu à categoria, de acordo com o já citado art. 4º, da Lei 5.859/72.

O Decreto nº 77.077, de 24 de janeiro de 1976, no art. 23, I, letra “g”, previu o Salário-família, mas no Art 45, inaugurou a discriminação ao doméstico, eis que estipulou:

O salário-família será devido ao empregado, como definido na Consolidação das Leis do Trabalho, de empresa abrangida pelo regime desta Consolidação, qualquer que seja o valor e a forma de sua remuneração, na proporção do respectivo número de filhos.

Nos termos da CLT, pela análise do art. 3º, pode-se dizer o doméstico poderia ser considerado empregado, pois, segundo o mesmo artigo, considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob dependência deste e mediante salário.

O mesmo se conclui quanto ao empregador, já que consoante o Art. 2º, parágrafo 1º: equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados. Ora, a família é uma instituição sem fins lucrativos, como podemos ver em SILVIO RODRIGUES, quando assinala que ela é encarada pelo legislador como uma instituição cuja existência é inegável, mas que atua na esfera do Direito, representada por quem a comanda (RODRIGUES, S. Direito Civil. Vol. 6, 27ª.ed. atual. Por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002.)

Para quem alimentava alguma esperança de que a categoria pudesse ser beneficiada, o Decreto nº 89.312/84, a sepultou, pois em artigo 40, estatuiu: o salário-família é devido ao segurado empregado, exceto o doméstico e isso, apesar de a lei autorizativa para a edição do decreto, proibir alteração da matéria legal substantiva (ar. 6º), mandamento ignorado, solenemente, pelo então Presidente João Figueiredo. Repita-se, que a Lei 5.859/72 (art. 4º), já havia assegurado aos domésticos todos os benefícios da Previdência Social.

A Constituição Federal, aparentemente, teria seguido a tradição de exclusão, pois no Art. 7º, XII, assegura o benefício aos trabalhadores urbanos e rurais, o salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei, mas no parágrafo único, não o menciona quanto aos domésticos.

Talvez por isso, sem maiores delongas, a Lei 8.213/91 (Plano de Benefícios da Previdência Social), consoante o art. 65, dispõe que o salário-família será devido, mensalmente, ao segurado empregado, exceto ao doméstico.

Mais recentemente, o Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, atualizado em março/2010, tratando do *Regulamento da Previdência Social*, dispõe, em seu Art.81 que o salário-família será devido, mensalmente, ao segurado empregado, exceto o doméstico e nem poderia ser diferente, pois, como já visto, a própria Lei 8.213/91 (Plano de Benefício) também fez tal exclusão.

Tratando-se de autêntico direito previdenciário, como previsto na Constituição Federal, bem como nos diplomas legais precedentes e posteriores à nova ordem constitucional, além disso, já garantido à categoria, desde a Lei 5.859/72 (art. 4º), o fato de a legislação posterior negá-los, constitui verdadeiro retrocesso social. Ainda que consideremos os princípios constitucionais (justiça social, dignidade da pessoa humana, redução das desigualdades sociais, ampliação de direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados- art. 5º, parágrafo 2º-, etc., como normas programáticas, necessário lembrar o magistério de JOSÉ AFONSO DA SILVA (2003: 177):

Essas normas geram situações subjetivas negativas para o legislador e para a Administração, que não podem desenvolver suas atividades senão nos limites e do modo como elas determinam em seu programa, nas suas diretrizes, nos seus princípios. Essa situação de dever importa o surgimento de uma situação jurídica contraposta, que confere ao seu beneficiário uma possibilidade de invalidação dos atos, decorrentes daquelas atividades, quando contrários aos ditames das normas programáticas.

A respeito do retrocesso social, a lição de SARLET (2006:33), no sentido de constituir um princípio constitucional implícito. Eis o que afirmou, na conclusão de desse trabalho:

cremos ser viável considerar que o reconhecimento de um princípio constitucional (implícito) da proibição de retrocesso no direito constitucional

brasileiro constitui – pelo menos no que diz com a vinculação do legislador aos programas de cunho social e econômico (nos quais se insere a previsão dos próprios direitos sociais, econômicos e culturais) – uma manifestação possível de um dirigismo constitucional, que além de vincular o legislador de forma direta à Constituição, também assegura uma vinculação que poderíamos designar de mediata, no sentido de uma vinculação do legislador à sua própria obra, especialmente no sentido de impedir uma frustração da vontade constitucional, notadamente quando estiverem em causa valores centrais da ordem jurídica, como é o caso da garantia de uma vida digna

No que se refere às jornadas limitadas de trabalho e, conseqüentemente às horas-extras, o Art. 7º, XIII, a Constituição Federal assegura a todos os trabalhadores a jornada diária de 8 horas e 44 horas semanais, facultada a compensação de horários e redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Não tendo o se reportado a tal inciso, e sim aos de número IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, como direitos do doméstico, a elas não seria devido o pagamento de horas extras.

Na já mencionada decisão do TRT da 15ª Região, já verificamos que de, a Digna Juíza assim se pronunciou: “**Configurando, assim, sua atividade como doméstica, nos termos da Lei nº 5.859/72, não faz jus às horas extras e reflexos e demais verbas não exigidas por sua Lei própria.** Sentença que se reforma. (TRT 15ª R. – RO 36992/00 – 5ª T. – Relª Juíza Olga Aida Joaquim Gomieri – DOESP 18.02.2002).

Mais uma vez, invoca-se a Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia que, no Art. 31º, nº 2, estabelece que todos os trabalhadores tem direito a uma limitação da duração máxima do trabalho e a período de descanso diário e semanal, bem como a um período anual de férias pagas (in:FERNANDES, A.J., Direitos Humanos e Cidadania Européia. Coimbra,Portugal: Almedina, 2004, p.287)

Não tendo direito a ser fixada a jornada de trabalho de 08 horas diárias e 44 horas semanais e, conseqüentemente, sem direito a horas-extras, ao empregador parece lícito exigir de seu empregado jornada ilimitada. Ora, tal situação é reduzir o empregado à condição análoga de escravo, conduta típica penal e o empregado, nestas condições, se não for doméstico, poderá ser resgatado da escravidão e passar a gozar do seguro-desemprego. O que ocorrerá com o doméstico, mas mesmas condições, caso não consiga ocupação de imediato? Necessitará usar da caridade pública? Aqui, verifica-se ápice do desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Não se pode acreditar que o propósito do constituinte foi o de negar aos trabalhadores domésticos o acesso a vida digna, proibir-lhes o acesso a grande parte dos direitos laborais, mas sim assegurar-lhes os direitos mínimos, na forma do parágrafo único do art. 7º, sob pena de negar seus próprios propósitos de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e bem-estar a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna (preâmbulo), reduzir as desigualdades sociais, garantir o acesso a uma vida digna, etc.

Preferiu, entretanto o legislador constitucional enumerar alguns direitos que, de imediato, seriam estendidos à categoria, não na intenção de discriminá-los indefinidamente, pois tal intenção contrariaria vários pontos do mesmo texto constitucional e tornaria risível a eloqüente manifestação de um dos mais ardorosos defensores da Carta Magna, o Deputado Ulysses Guimarães:

Tem substância popular e cristã o título que a consagra: “A Constituição Cidadã”. A Nação quer mudar. A Não deve mudar. A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança. Que a promulgação seja o nosso grito: Mudar para vencer. Muda Brasil (in: BONAVIDES e ANDRADE (1991:921-25).

Melhor teria procedido o Constituinte, se tivesse seguido o exemplo da CF de 1934, que tratando do trabalho agrícola estabeleceu que seria objeto de regulamentação especial, em que se atenderá, quanto possível, ao disposto neste artigo - 121, § 4º .

Dessa maneira, no caso dos direitos constantes do Art. 7º, da atual Constituição, apenas os que absolutamente impossíveis, dada a natureza das coisas, a legislação ordinária, poderia negar à categoria e seriam bem poucos, apenas os dos incisos XI- participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa e proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência.(XXXI).

Mas, infelizmente, impera entre nós, a crença de que os direitos que não estão na Constituição não existem, e a legislação citada, bem como os posicionamentos jurisprudenciais invocados, negando a extensão aos domésticos os direitos assegurados a todos os outros trabalhadores, parecem confirmar tal assertiva.

SILVA (1990: 256) ensina, em face da nova Constituição, importará mais estreitar os trabalhadores domésticos dos outros, porque seus direitos são mais limitados, esclarecendo que essas diferenças, contudo, já foram devidamente estabelecidas em face do direito anterior que estabelecia regimes jurídicos diversos para as três categorias.

Com a devida vênia, ousa-se argumentar que o direito anterior não estava guarnecido, expressamente, de princípios constitucionais sobremaneira importantes, como o princípio da dignidade da pessoa humana. O mesmo doutrinador, em outra passagem, o põe em relevo, como princípio aplicável à ordem econômica, com o objetivo de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social e esclarece que um tal regime, não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria(grifamos) (p.661).

Em outro ponto, aduz, com espeque em CANOTILHO e VITAL MOREIRA ser o princípio também aplicável tanto à ordem econômica quanto à ordem social e que seu sentido não pode ser reduzido à defesa dos direitos pessoais tradicionais (direitos civis e políticos, diríamos), esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais (p.93). e, em outra obra (2000: 149), disserta no sentido de que a dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do Homem, em todas as suas dimensões.

Sua posição expoente no texto constitucional, também é enfatizada por GRAU (2006: 196-7), da seguinte forma: a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, constitui, ao lado do direito à vida, o núcleo essencial dos direitos humanos. A dignidade da pessoa humana apenas restará plenamente assegurada se e enquanto viabilizado o acesso de todos não apenas às chamadas liberdades formais, mas, sobretudo, às liberdades reais.

Não bastasse o princípio da dignidade da pessoa humana, verifica-se que conforme o Art. 3º, e incisos, constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A proibição de discriminação é reiterada no Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Já analisamos o que consta do Artigo 5º, § 2º: os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados.

Além dos princípios constitucionais já expostos que constam nas disposições iniciais da Constituição, verificamos que no Art. 170, ao tratar da ordem econômica, o texto constitucional prestigia a valorização do trabalho humano e a finalidade de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Novamente se reporta aos princípios inseridos no inciso VII: redução das desigualdades regionais e sociais;

Novamente, no Art. 193, tratando da ordem social, valoriza o primado do trabalho e estipula, como objetivo, o bem-estar e a justiça sociais.

No Art. 201, tratando da previdência social, prevê filiação obrigatória, o no inciso III, trás a finalidade de proteção ao trabalhador em situação de desemprego

involuntário. No inciso IV -salário-família para os dependentes dos segurados de baixa renda.

Ora, se os princípios constitucionais vinculam a todos, necessário deles lançar mão, na legislação e nos pronunciamentos judiciais, para estender aos domésticos outros direitos, além daqueles enumerados no Parágrafo Único, do art.7º, removendo do ordenamento jurídico todas as disposições legais que os contrariem.

Abordando os princípios constitucionais atinentes à educação, previstos no art. 206 da Constituição, ARAUJO e NUNES JÚNIOR (2003: 439) afirmam que são, princípios ricos, pródigos em cientificidade e largos em seus objetivos, que servirão de vetores para toda a atividade legislativa, administrativa e judiciária, não podendo nunca qualquer um dos titulares dessas atividades agir em desacordo com tais princípios.

Assim, se os princípios atinentes à educação vinculam legislador, administração e judiciário, da mesma forma, os demais princípios constitucionais e, em especial, os relativos à Previdência Social.

Dissemos que o disposto no parágrafo único, art. 7º, da CF constitui uma regra. Servimos dos esclarecimentos de ROTHENBURG, (2003:11), quando assinala que na Constituição, há dispositivos que, numa análise sumária, observa-se, desde logo, têm caráter amplo e abstrato. É o que ocorre com o art. 1º, ao estatuir que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito. Por isso, tratar-se-ia de um princípio constitucional. Outras disposições, ao reverso, apresentam maior especificidade, constituindo-se regras constitucionais.

Baseado em tais ensinamentos, forço é concluir que a disposição do§ 2º, do art. 5º: (Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados), trata-se de um princípio,eis que se aplica a sem número de casos e a todas as pessoas, enquanto que o do parágrafo único do art. 7º, é uma regra, vez que aplicável somente aos domésticos.

A aceitar que os direitos assegurados aos trabalhadores domésticos são apenas os discriminados no parágrafo único do art. 7º, como fazem ARAUJO e NUNES JÚNIOR (2003: 183), “A Carta Magna não ofereceu aos trabalhadores domésticos os mesmos direitos reservados aos urbanos e rurais, mas tão-só aqueles previstos nos

incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, estaríamos admitindo sério confronto dessa regra, com diversos princípios constitucionais., como já frisamos.

Em tal situação, os mesmos autores oferecem a solução (64-5), dissertando sobre o princípio interpretativo da máxima efetividade dos direitos fundamentais:

Nas relações de coordenação entre as diversas normas constitucionais, existem espaços de tensão, de contradição entre elas, que devem ser superados por atividade interpretativa. Todas as vezes que esses espaços de tensão ou de contradição envolverem um direito fundamental, a atividade interpretativa deve ser orientada no sentido de atribuir a mais efetividade possível ao direito fundamental examinado.

Por outro lado, negar, por exemplo, o direito às horas extras, significa que o empregador doméstico poderá exigir de seu empregado jornada ilimitada, sem que seja obrigado ao respectivo pagamento. Nessa situação, reduzido a condição análoga à de escravo, se resgatado, não terá direito ao seguro-desemprego, salvo, se o patrão, por liberalidade, o tenha inscrito no FGTS. É o ápice da ofensa à dignidade da pessoa humana.

Dificuldades de controle de horário, não podem servir de óbice ao deferimento da maioria dos direitos, pois dificuldade não quer dizer impossibilidade. Legislador, Administração, Judiciário, empregadores domésticos e os próprios interessados, hão de saber estabelecer os meios de controle bastantes e eficazes, num esforço conjunto.

Dessa forma, estariam contribuindo para tornar realidade, principalmente, a exortação do Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, como escreveu Moisés de Oliveira Nazário / Agência Senado. 02/10/2008, na matéria: “5 de outubro de 1988: Um dia histórico”. Apresenta o relato de que:

Em seguida, Ulysses levantou-se de sua cadeira e ergueu um exemplar. Declaro promulgada. O documento da liberdade, da dignidade, da democracia, da justiça social do Brasil. Que Deus nos ajude para que isso se cumpra. <http://crfb20anos.net84.net/1_16_5-de-outubro-de-1988.html>. Acesso em 20.04.10. Havendo o esforço de todos, por certo, não se necessitará clamar a ajuda divina.

Pelo que se percebe, a timidez da legislação na proteção dos trabalhadores domésticos, como assinalado na decisão acima mencionada, não tem contribuído eficazmente para diminuição da informalidade. A Senadora Serys (Empregados domésticos poderão receber seguro-desemprego, mesmo sem inscrição no FGTS), tendo apresentado projeto em que se pretende desvincular o seguro-desemprego do FGTS, apresenta como justificativa o fato de que, dos aproximadamente 6,5 milhões de empregados domésticos, apenas cerca de 70 mil estão inscritos no FGTS, condição, pela legislação atual, indispensável para o recebimento do seguro-desemprego. Ou seja, pouco mais de 1% (um por cento).

Pode-se, assim, concluir que é grande o percentual de pessoas excluídas, em consequência, do Seguro-Desemprego e dos benefícios propiciados pelo FGTS, entre os quais, como já foi assinalado, ser amparado em momento de desespero e sonhar com a aquisição da moradia. À quase 99% (noventa e nove por cento), os empregadores domésticos não deferiram o direito ao sonho.

Segundo a mesma fonte, é elevado o índice de informalidade da categoria - apenas cerca de 1,7 milhão têm o contrato de trabalho registrado (pouco mais de 26%-vinte e seis por cento) e são, portanto, contribuintes da Previdência Social.

Sendo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), aliás, estando qualquer norma em dissonância, como foi reconhecido na primeira decisão acima citada, seria imperioso que se reconhecesse, também, a necessidade de se extirpá-la do ordenamento jurídico.

Pretendendo a redução das desigualdades sociais e regionais, etc., o legislador ordinário e o próprio constituinte derivado, bem como o Poder Executivo tem editado normas, adotado providências, que caminham em conformidade com os objetivos e princípios constitucionais, como o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, Programa Bolsa Família, Programa Comunidade Solidária, Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, etc. A contumaz negação dos direitos aos trabalhadores domésticos, caminha na contramão dessas providências.

BANDEIRA DE MELO, em excepcional monografia, ensina que, em várias situações, as normas legais fazem distinções, apesar da ênfase constitucional ao

princípio da igualdade, apresentando uma das causas para a invalidade da discriminação, o fato de o *discrímen* estabelecido conduzir a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses prestigiados constitucionalmente (2004:47-8).

No caso da gritante diferenciação dada aos trabalhadores domésticos, é patente a ofensa a valores prestigiados pela Constituição Federal, mediante os quais, conclui-se que devem ser a eles deferidos os todos os direitos, desde que destinados a conferir-lhes a dignidade de trabalhadores e contribuir para tenham vida digna, segundo os ditames da justiça social.

CONCLUSÕES

Sem a pretensão de esgotar o tema, mas apenas objetivando fomentar o debate e esperando que possamos merecer as indispensáveis críticas, afirmamos que os direitos enumerados na Constituição Federal quanto aos trabalhadores domésticos, são direitos mínimos, pois só assim, pode-se aceitar a sua harmonia e conformação com várias disposições do Texto Magno, ou seja, outros direitos e garantias deverão ser-lhes deferidos pela legislação e pelo criterioso crivo do Judiciário.

Os direitos enumerados não podem servir de fundamento para que a legislação restrinja o alcance dos direitos sociais, sobretudo os previdenciários, deles excluindo a categoria, sob pena de grave confronto com princípios constitucionais, sobretudo com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Toda a legislação restritiva que contrarie a Constituição Federal, considerada em sua unidade, deve ser extirpada do ordenamento jurídico, principalmente aquelas, cujas disposições, no particular, representem um retrocesso social, mediante o controle incidental da constitucionalidade, ou pelo controle direto, afigurando-se imprescindível a tomada de consciência das pessoas e entidades legitimadas para pleitearem essa medida.

O princípio da igualdade veda as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, o que ocorre quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito e isso, como se viu, é o que está ocorrendo com relação à categoria dos trabalhadores domésticos, cujas distinções tendem a impedir o exercício das chamadas liberdades materiais, implicando em igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela implementação de políticas ou programas governamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, L.A.D.; NUNES JÚNIOR, V.S. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Saraiva: São Paulo: 2003.

BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BONAVIDES, P.; ANDRADE, P. *História Constitucional do Brasil*. anexo 16: *Discurso do Presidente da Constituinte na data da promulgação da Constituição- 5 de outubro de 1988*. 3ª. Ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª Edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

.....*Teoria constitucional da democracia participativa. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

FERNANDES, A.J. *Direitos Humanos e Cidadania Européia*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2004.

GRAU, E.R. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 11ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

RODRIGUES, S. *Direito Civil*. Vol. 6, 27ª.ed. atual. Por Francisco José Cahali. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROTHENBURG, W.C. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SILVA, J.A. *A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Poder Constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

.....*Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6ª. Ed., 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

.....*Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 1990.

SARLET, I.W. *Direitos Sociais*. In: *Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

.....*Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível*. <http://www.tex.pro.br/wwwroot/01de2006/proibicao_ingogang_sarlett.pdf>. Acesso em: 24 abr.2010.

BRASIL.[DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943](#). *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del5452.htm>>. Acesso em: 25 abr.2010.

BRASIL.*CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 25 abr.2010.

BRASIL.*CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 16 DE JULHO DE 1934)*. em dezesseis de julho de mil novecentos e trinta e quatro.<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 23 abr. 2010.

BRASIL. *CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937)* . Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1937. D.O.U. 10.11.1937. <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>>. Acesso em: 21 abr..2010.

BRASIL. (*CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1946*) <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 23 abr.2010.

BRASIL. *EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 1, DE 17 DE OUTUBRO DE 1969* . <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 23 abr. 2010.

BRASIL. [LEI COMPLEMENTAR Nº 110, DE 29 DE JUNHO DE 2001](#); *Institui contribuições sociais, autoriza créditos de complementos de atualização monetária em contas vinculadas do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp110.htm>. Acesso em: 25. abr. 2010.

BRASIL.LEI Nº 3.807 - DE 26 DE AGOSTO DE 1960 - *Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social*. - <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1960/3807.htm>>. Acesso em: 21 abr.2010.

BRASIL.LEI Nº 5.107 - DE 13 DE SETEMBRO DE 1966 - *Cria o fundo de garantia*

do tempo de serviço,
<<http://www3.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/1966/5107.htm>>. Acesso em 21 abr.2010.

BRASIL.Lei Nº 5.859, DE 11 DE DEZEMBRO DE 1972. *Dispõe sobre a profissão de empregado doméstico* <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5859.htm>. Acesso em 21 abr.2010.

BRASIL. LEI Nº 7.998, DE 11 DE JANEIRO DE 1990 *Regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e dá outras providências.* <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7998.htm>. Acesso em: 21 abr.2010.

BRASIL.Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990. *Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências.* <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1990/8036.htm>>. Acesso em: 21 abr.2010.

BRASIL. **LEI Nº 8.212, DE 24 DE JULHO DE 1991.** *Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm>. Acesso em: 21 abr.2010.

BRASIL. **LEI Nº 8.213 - DE 24 DE JULHO DE 1991.** *Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências..* Disponível em: <http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1991/8213.htm>. Acesso em: 21 abr.2010.

BRASIL.Lei Nº 10.208, DE 23 DE MARÇO DE 2001. *Acresce dispositivos à Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, que dispõe sobre a profissão de empregado doméstico, para facultar o acesso ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS e ao seguro-desemprego.* <http://www81.dataprev.gov.br/SISLEX/paginas/42/2001/10208.htm>>. Acesso em: 21 abr.2010.

BRASIL. Decreto Nº 77.077, de 24 de janeiro de 1976. *Expede a Consolidação das Leis da Previdência Social, nos termos do artigo 6º da **Lei nº 6.243/75**. DOU DE 2/2/76. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/114801/consolidacao-das-leis-da-previdencia-social-de-1976-decreto-77077-76>>. ACESSO EM: 23 ABR. 2010*

BRASIL. DECRETO Nº 89.312, DE 23 DE JANEIRO DE 1984. *Expede nova edição da Consolidação das Leis da Previdência Social.* D.O.U. de 24.1.1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D89312.htm>. Acesso em: 23 abr.2010.

BRASIL. DECRETO Nº 3.048 - DE 06 DE MAIO DE 1999. DOU DE 7/05/1999 Republicado em 12/05/1999. Atualização: MARÇO/2010. *Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências.* <<http://www010.dataprev.gov.br/sislex/paginas/23/1999/3048.htm>>. Acesso em: 23 abr. 2010.

