

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 7º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA: VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE¹

A CRITICAL ANALYSIS OF THE PARAGRAPH OF ARTICLE 7 OF THE
FEDERAL CONSTITUTION BRAZIL: BREACH OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY

Álvaro dos Santos Maciel²

Resumo

A presente pesquisa objetiva uma reanálise do princípio da igualdade, demonstrando, por conseguinte, a sua evolução histórica mundial bem como os paradoxos existentes no texto do parágrafo único do art. 7º da Lei Maior. Ademais, apresenta-se os Direitos Tradicionais e os Novos Direitos dos Domésticos preconizados pela Lei nº. 11.324/2006, revelando as críticas e as controvérsias doutrinárias. O método de abordagem se deu de forma mista haja vista a utilização do método hipotético-dedutivo e método dialético. Quanto ao método de procedimento utilizou-se os métodos histórico e tipológico. Conclui-se que, embora a recente Lei dos Domésticos estabeleça novos direitos, ainda há restrições quando comparados a outras espécies de trabalhadores. Destarte, ainda não há compatibilidade com o espírito norteador da Lei tida como Constituição-cidadã, além de que, comprova-se um descompasso com o princípio da isonomia deflagrando um sério abalo no sistema econômico-social e jurídico do país.

Palavras-chave: Direitos do empregado doméstico. Princípio da igualdade. Interpretação constitucional. Desenvolvimento econômico-social.

Abstract

This paper aims to review one of the principle of equality, demonstrated decreased, therefore, its historical development as well as the world paradoxes in the text of the sole paragraph of art. 7 of Law Major. Moreover, it presents the traditional rights and the new rights of Domestic recommended by Law nº. 11.324/2006, revealing the critical and doctrinal controversies. The method of approach occurred in a mixed considering the use of hypothetical-deductive and

¹ Artigo recebido em: 14/05/2011. Pareceres emitidos em: 29/05/2011 e 10/06/2011. Aceito para publicação em: 12/09/2011.

² Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, possui especialização em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Estadual de Londrina e graduação pela Universidade Norte do Paraná. Advogado. Assessor Jurídico da APAE-Balsas/Maranhão. É Docente e Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica na Faculdade de Balsas - UNIBALSAS. Atua principalmente nos seguintes temas: Direito do Trabalho, Direito Civil, Direitos Humanos e Direito Constitucional. E-mail: <macielalvaro@gmail.com>.

dialectical method. As for the method of procedure was used historical and typological methods. The conclusion is that, although the recent Law on Domestic establish new rights, there are still restrictions when compared to other kinds of workers. Thus, there is no compatibility with the guiding spirit of the Constitution Act, regarded as a citizen, and that proves to be a mismatch with the principle of equality triggering a serious blow to the economic system and social and legal in the country.

Keywords: Rights of domestic workers. Principle of equality. Constitutional interpretation. Economic and social development.

Sumário: 1. Conceito de Empregado Doméstico. 2. A Evolução Histórica Mundial do Princípio da Igualdade Jurídica. 3. O Princípio da Igualdade em confronto com o parágrafo único do artigo 7º da CF/88. 4. Direitos Tradicionais do Empregado Doméstico. 5. A Lei nº 11.324 de 2006 e os novos direitos do Empregado Doméstico. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A contemporaneidade vivencia a dilatação do individualismo e a conseqüente degeneração da vivência coletiva. Ademais, o ser humano cada vez mais tem praticado ações de dominação para com o outro.

O embate entre a classe dominante e classe dominada (situação-objeto de estudo constante pelos jusfilósofos e sociólogos) é amenizado pela intervenção do Direito, que, muito embora não consiga acompanhar a modernidade com a mesma celeridade do avanço social e tecnológico, tem se demonstrado atento às demandas, e por isso, tem publicado novas leis na ânsia de regular a vida em sociedade de modo mais isonômico e justo.

No campo do Direito Constitucional do Trabalho, no que se refere ao trabalhador doméstico, ainda se vê um flagrante descompassado positivado no parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal, haja vista a violação ao direito da igualdade entre trabalhadores.

Como é observado, o texto constitucional ao limitar os direitos a serem aplicados a esta espécie de trabalhadores, positiva a discriminação.

Este estudo, por conseguinte, busca conceituar o empregado doméstico, realizar um aprofundamento sobre a evolução histórica mundial do princípio da igualdade, bem como avaliar o paradoxo contido no dispositivo supracitado da Lei Maior. Outrossim, é realizada uma reflexão crítica acerca dos direitos do empregado

doméstico de modo a revelar a inefetividade do princípio da isonomia constitucional, que por sua vez, viola frontalmente a dignidade da pessoa humana na medida em que discrimina o trabalhador doméstico lhe privando de determinados direitos garantidos a outras espécies de trabalhadores.

1 CONCEITO DE EMPREGADO DOMÉSTICO

A origem da palavra “doméstico” advém do latim *domus* (casa) que é o labor realizado no âmbito residencial de outrem.

O conceito de empregado doméstico apresenta aspectos similares à configuração do empregado celetista, elencada no art. 3º da CLT. Tanto o empregado doméstico quanto o trabalhador comum (urbano e rural) são pessoas físicas que prestam serviços não eventuais, de forma subordinada e mediante salário. A diferença reside no fato de que a prestação de serviço doméstico restringe-se ao âmbito familiar, sem fins lucrativos, enquanto que o empregado comum se vincula uma atividade empresarial que visa ao lucro.

A Lei que dispõe sobre a prestação de serviço doméstico é a de nº 5.859/72, que em seu artigo 1º conceitua este trabalhador como "aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas", concedendo-lhe basicamente direito a férias, assinatura da CTPS, filiação obrigatória à Previdência Social, FGTS e seguro desemprego. Frisa-se que estes dois últimos são facultativos.

Destarte, extrai-se do conceito de doméstico a lavadeira, a cozinheira, a babá, a governanta, o vigia, o motorista particular, o jardineiro, o caseiro em chácara de lazer dos proprietários, ou mesmo a pessoa que presta serviços de acompanhamento ou enfermagem em caráter particular nas dependências ou no prolongamento do lar.

Neste sentido aponta a jurisprudência:

VIGIA DOMÉSTICO. O empregado que presta serviços em chácara, sem fins lucrativos, na função de vigia, unicamente para velar pela segurança de aeronave do reclamado com finalidade apenas de sua locomoção, é doméstico. TRT 18ª R. RO-01036-2003-012-18-00-3. Rel. Juíza Ialva Luza Guimarães de Mello – DJGO 26.02.2004.

ENFERMEIRA. Caracterização do trabalho como doméstica. A qualificação dos serviços prestados como enfermeira não tem o condão de desqualificar o enquadramento do labor como doméstico. Empregado doméstico é aquele que “presta serviços de natureza e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas”, nos termos do art. 1º, da Lei n. 5.859/72. E, portanto, torna-se irrelevante a função desempenhada pela laborista quando, efetivamente, a tenha exercido para pessoa física e em seu domicílio. TRT 15ª R. Proc. 20.983/03. 4ª. T. Rel. Juiz Manuel Soares Ferreira Carradita – DOESP 19.12.2003.

A Constituição Federal de 1988, no capítulo "Dos Direitos Sociais", elencou no art. 7º, parágrafo único, outros direitos além daqueles especificados na citada Lei n. 5.859/72.

As legislações, constitucional e infraconstitucional, reguladoras da prestação de serviço doméstico são extremamente restritivas quanto aos direitos dessa categoria, permanecendo tais trabalhadores excluídos do campo dos demais direitos garantidos aos trabalhadores comuns.

Denotam-se com clarividência as restrições e disparidades impostas pelo legislador na Carta Magna através do dispositivo esculpido pelo parágrafo único do artigo 7º diferenciando, por que não dizer, discriminando esta classe de trabalhadores no que se refere à garantia de direitos e violando frontalmente o princípio da isonomia.

Após a análise preliminar acerca da localização do doméstico no Direito pátrio e no contexto social, para consolidar o entendimento central do tema, torna-se imperiosa uma abordagem sobre o princípio da igualdade que a seguir se expõe.

2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA MUNDIAL DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA

“A igualdade constitui o signo fundamental da democracia” (SILVA, 2001, p. 214). Pode-se afirmar ainda, que é o tronco, a espinha dorsal de uma sociedade democrática. O princípio da isonomia, por sua vez, é advento do cotidiano humano e, portanto, reflexo dos valores costumeticamente construídos pelos grupos sociais no transcorrer da existência humana.

Em verdade, as sociedades estão em sucessivos processos de transformações, tornando, assim, mutável o conceito de igualdade tanto em relação

à época, ou em relação a determinado grupo. Diante dessa mutabilidade, o que se entende como igualdade jurídica em determinado país pode não ser da mesma forma entendida em outro país e ainda, a isonomia de tempos passados pode não equivaler ao que se entende por igualdade hodiernamente e tampouco servir como parâmetros efetivos para calcar previsões do que será ela em tempos vindouros.

É válido ressaltar também que o princípio da igualdade reveste-se de grande importância social e jurídica. É imperioso admitir que a modernidade demanda estudos e transformações concretas na cultura da sociedade, contrapondo-se à ideia de que, no presente, “o direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade” (SILVA, 2001, p. 214).

O Direito, como se constata, se utiliza dos critérios isonômicos para atingir a justiça, determinando o equilíbrio, ou mesmo o desequilíbrio, uma vez que há desigualdades provenientes de divergências políticas, econômicas, geográficas, culturais, enfim, desigualdades humanas, que privam muitos até de ter as suas necessidades básicas supridas.

Para se entender a noção exata do princípio da igualdade deve-se, inicialmente, compreender a sua evolução histórica, com destaque das principais contribuições dos povos que influenciaram a construção deste princípio, uma vez que a igualdade como ideologia sempre foi discutida em todas as regiões, em todas as épocas, por todos os indivíduos.

O progresso da isonomia divide-se em três etapas: a primeira em que a regra era a desigualdade; a segunda, a ideia de que todos eram iguais perante a lei, denotando que a lei deve ser aplicada indistintamente aos membros de uma mesma camada social; e na terceira, de que a lei deve ser aplicada respeitando-se as desigualdades dos desiguais ou de forma igual aos iguais. (ROCHA, 1990, p. 32 et seq.)

O primeiro momento é definido da seguinte forma:

[...] a sociedade cunhou-se ao influxo de desigualdades artificiais, fundadas, especialmente, nas distinções entre ricos e pobres, sendo patenteada e expressa a diferença e a discriminação. Prevaleram, então, as timocracias, os regimes despóticos, asseguraram-se os privilégios e sedimentaram-se as diferenças, especificadas em leis. As relações de igualdade eram parcas e as leis não as relevavam, nem resolviam as desigualdades. (ROCHA, 1990, p. 35)

A sociedade, como se observa, adotava a desigualdade fundamentando este sistema nas leis, que a legalizava, e deste modo propiciava a quem mais detivesse poder e riqueza mais privilégios e, ao contrário, aos indivíduos de classes inferiores restavam os resultados caóticos do desequilíbrio.

Os privilégios dos poderosos eram aceitos normalmente e a existência da escravidão não era contestada, era 'absorvida' pelo silêncio imposto aos escravizados. Como se constata o entendimento supra destacado, a sociedade antiga legitimava a diferenciação entre ricos e pobres e não se preocupava em igualar os desiguais.

Apesar do pensamento de Aristóteles: "a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais", não houve concretização nos povos antigos para deflagração do processo de igualdade, uma vez que a igualdade não era absoluta. Pode-se citar como exceção "a Lei das XII das Tábuas, pela qual consagra a igualdade entre patrícios e plebeus, o Edito Perpétuo que estende a igualdade às populações de outras etnias e o *Edito de Caracalla ou Constitutio Antoniniana*, que concede direito da cidadania de todos os habitantes do império." (ROCHA, 1990, p. 30)

A desigualdade atinge o seu ápice no período da Idade Média, haja vista que a sociedade cada vez mais cristalizava as diferenças, além de que o pensamento filosófico também as legitimavam. Este é o intervalo histórico em que os grupos sociais eram erigidos pelos suseranos e vassalos.

Neste sentido, bem ressalta Vicentino ao expor que:

[...] a sociedade feudal era composta por dois estamentos, ou seja, dois grupos sociais com *status* fixo: os senhores feudais e os servos. Os servos eram constituídos pela maior parte da população camponesa, vivendo como os antigos colonos romanos – presos à terra e sofrendo intensa exploração. Eram obrigados a prestar serviços ao senhor e a pagar-lhe diversos tributos em troca de permissão de uso da terra e proteção militar. (VICENTINO, 1997, p. 109)

Em um segundo momento histórico há o progresso da igualdade e transformações sociais que desencadeiam a gênese do Estado moderno. Surge a moeda e o comércio. Por isso o sistema feudal entra em declínio, e, no mesmo compasso, há o aparecimento das cidades, e a burguesia surge como a nova classe

social, que por sua vez, acumula riquezas através do comércio de mercadorias. Logo sobrevém a Revolução Industrial e os burgueses, enriquecidos culturalmente, reivindicam ainda que de uma forma conveniente à classe, tratamento igualitário a todos. Este momento histórico pode ser assim resumido:

[...] a sociedade estatal ressentia-se das desigualdades como espinhosa matéria a ser regulamentada para circunscrever-se a limites que arrimassem as pretensões dos burgueses, novos autores das normas, e forjasse um espaço de segurança contra as investidas dos privilegiados em títulos de nobreza e correlatas regalias no Poder. Não se cogita, entretanto, de uma igualação genericamente assentada, mas da ruptura de uma situação em que prerrogativas pessoais decorrentes de artifícios sociais impõem formas despóticas e acintosamente injustas de desigualação. Estabelece-se, então, um Direito que se afirma fundado no reconhecimento da igualdade dos homens, igualdade em sua dignidade, em sua condição essencial de ser humano. Positiva-se o princípio da igualdade. A lei, diz-se então, será aplicada igualmente a quem sobre ela se encontre submetido. Preceitua-se o princípio da igualdade perante a lei. (ROCHA, 1990, p. 35)

Todavia, “quando surge a sociedade de classes, canonizando juridicamente o princípio liberal da igualdade de todos os cidadãos, este, contudo não logra nem pretende a anulação completa das desigualdades. Apenas não a contempla, firmando assim uma igualdade formal que se limita a desconhecer as desigualdades reais”. (MACHADO NETO, 1987)

Aqui, cabe também destacar Silva:

[...] a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa. (SILVA, 2001)

É cabível admitir a veracidade do pensamento de Machado Neto e José Afonso da Silva, posto que as desigualdades originadas no regime combatido pela burguesia demandavam um combate por meio da proclamação da igualdade, ainda que incompleta, o que desencadeou um grande avanço.

Rousseau defendia que os homens eram iguais posto que pertenciam ao gênero do ser humano diferenciando-se apenas pelas condições físicas e psíquicas

de cada um, sendo que outros tipos de diferenças deveriam ser rejeitadas pela sociedade. (CHEVALLIER, 1998, p.162-195)

[...] o ideal de igualdade entre os homens guarda uma relação mais íntima com as idéias propugnadas por John Locke, especialmente na obra *Segundo Tratado do Governo Civil*, quando ele revela uma preocupação com a liberdade e os direitos naturais e individuais dos seres humanos, e sustenta que a ordem social não devia assentar-se em grupos, entidades ou aglomerações, mas em indivíduos autônomos e independentes, que são os verdadeiros responsáveis pelos próprios destinos e os únicos capazes de buscar a felicidade. (MENZES, 2001. p. 11-12)

É o que retrata Chevallier, ao exprimir o pensamento de Locke:

[...] o estado de natureza é um estado de perfeita liberdade e também um estado de igualdade [...] a razão natural ensina a todos os homens, se quiserem consultá-la, sendo todos iguais e independentes, nenhum deve prejudicar o outro[...]. (CHEVALLIER, 1998, p. 108)

A França e as colônias inglesas, no final do século XVIII, foram influenciadas pelos ideários de igualdade. Deste modo, houve a difusão das ideias e diversas Constituições normatizaram o princípio da isonomia.

Por conseguinte, a Constituição de Virgínia de 12 de junho de 1776 elencou topograficamente em seu art. 1º que "todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes".

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, em seu art. 1º cunhou o princípio de que os homens nascem e permanecem iguais em direito. Tal reflexo tornou-se a base do Estado moderno exercendo influência sobre todas as constituições posteriores.

Ocorre, entretanto, que este engatinhar do princípio da igualdade que levou a erigi-lo como norma constitucional, não foi o suficiente para garantir que as necessárias mutações que se sucedem na evolução da história dos povos fosse exteriorizada de modo igualitário, uma vez que o Estado liberal se pôs alheio a intervenções e designou aos operadores do direito a tarefa de tentativa de efetivação da isonomia. Não obstante, ainda que de forma lenta e gradativa, tendo

por base a realidade de cada grupo social, em cada época, o princípio da isonomia começa a ter desdobramentos cada vez mais significativos e concretos.

Em 10 de dezembro de 1948, com o intuito de promover grandes transformações sociais, é promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que difunde seus preceitos a inúmeras nações desde o preâmbulo até o bojo de seus artigos. Importante destacar na Declaração, o que se tem também como objeto deste estudo, a igualdade:

Art. 7º - Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação;
Art. 22 - Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país;
Art. 23, inciso I - Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego; inciso II - Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.

Constata-se que, já em meados do século passado, era preocupação dos povos a legitimação da igualdade inclusive na seara trabalhista.

Ao perscrutar as Constituições brasileiras, desde sua gênese, há a presença constante do princípio da isonomia. Entretanto, houve momentos em que a igualdade não ocorreu nem tampouco em sua acepção formal, porquanto na Carta de 1824 o princípio coexistia com a legitimação da escravatura. Há que se apontar também que nesta Carta, envolvida pela tendência mundial da época, a distinção era fundamentada nos méritos individuais.

Com o fim do regime monárquico e advento da República, na Constituição de 1891, visando ao princípio da isonomia, todos os privilégios de classes superiores foram extintos ou vedados. No entanto, com o decurso temporal, viu-se que o autoritarismo, os privilégios e os títulos, ainda que não escritos, foram mantidas sob a imposição das classes superiores.

Na Constituição de 1934 mantém-se a igualdade perante a lei, porém traz em seu bojo um novo elemento, que descaracteriza as distinções por motivo de

nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas, ou seja, assume que existem questões tradicionalmente desencadeadoras de desigualdade e formalmente as recrimina.

Nada obstante, com a Constituição de 1937, o elemento supracitado, que outrora era inovação, foi excluído. Neste ínterim, destaca-se a Consolidação das Leis do Trabalho, a qual tornou defesa a diferenciação nos rendimentos com base no sexo, nacionalidade ou idade.

Por sua vez, a Constituição de 1946 consolidou o princípio da igualdade e houve a proibição da propaganda de preconceitos de raça ou classe.

Sobre a Constituição de 1964, pertine relatar que o Brasil tornou-se signatário da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, a qual definiu a discriminação como "toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou profissão".

No que alude à Carta Máxima de 1967, há que se mencionar que se deu a constitucionalização da punição do preconceito de raça. Um ano após, o Brasil ratifica a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Racismo, ao dispor que "não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais", admitindo a necessidade e a validade de ações para o progresso de determinados grupos.

A Constituição de 1969, em sua emenda nº 01, proclamou apenas que não seria tolerada a discriminação.

Finalmente, a Constituição promulgada em 1988, no que pertine à igualdade, inovou desde o seu preâmbulo ao eleger a igualdade como valor supremo de uma sociedade pluralista e sem preconceitos.

No art. 3º, IV, há uma determinação para se mudar a realidade juntamente com os valores de um Estado do bem estar social. Objetiva-se "promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". (BRASIL, 1999, p. 03)

Há que se destacar o *caput* do art. 5º, que encampa direitos e garantias individuais, o qual se inicia com a previsão de que “todos são iguais perante a lei [...] garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito [...] a igualdade [...]”. (BRASIL, 1999, p. 05)

Em verdade, a noção de igualdade não se apresenta apenas no bojo dos dispositivos supramencionados. A igualdade permeia toda a Constituição, quer igualando ou desigualando para se garantir a todos a igualdade de oportunidades.

A igualdade entre as camadas sociais, perante a lei, é conhecida na doutrina como igualdade formal. Vê-se que igualdade está vinculada ao princípio da dignidade humana, em que uma vez dotados de humanidade, todos os indivíduos são sujeitos de direito, devendo obter tratamentos de maneira igualitária. Porém, a denominada isonomia formal caracterizou-se em sua ineficácia.

Bem explicita Rocha ao mencionar que:

[...] esta interpretação da expressão iguais perante a lei propiciou situações observadas até a muito pouco tempo em que a igualdade jurídica convivia com a separação dos desiguais, vale dizer, havia tratamento igual para os iguais dentro de uma estrutura na qual se separavam os desiguais, inclusive territorial e socialmente. É o que se verificava nos Estados Unidos em que a igualdade não era considerada desrespeitada, até o advento do caso *Broen versus Board of Education*. Até o julgamento deste caso pela Suprema Corte norte-americana, entendia-se nos Estados Unidos da América que os negros não estavam sendo comprometidos em seu direito ao tratamento jurídico igual se, mantidos em escolas de negros, fossem ali tratados igualmente. (ROCHA, 1990, p. 36)

Conclui-se que o princípio da igualdade formal permite que as pessoas, cada qual com seus próprios meios e condições, construam as oportunidades de crescimento, seja ele pessoal, profissional ou financeiro, uma vez que todos nascem iguais, são humanos e dotados do mesmo potencial e condições.

Todavia, a história mundial apresenta que a tentativa de abstenção estatal, não ensejou à igualdade entre os cidadãos, até porque não houve por parte do Estado tentativa de correção da própria história, de cada povo. Diante disso, compreendeu-se que não bastava que a Constituição trouxesse formalmente descrito que todos são iguais perante a lei, proibindo tratamentos diferenciados, observou-se a necessidade de que a Constituição obrigasse o Estado a discriminar

(positivamente) as pessoas de tal forma que implicasse na promoção de uma igualdade eficaz.

Assim, há o fim do Estado Liberal e nasce o Estado do Bem-estar Social, que se inaugura expressamente em 1917 na Constituição do México, e em 1919 na Lei Fundamental de *Weimar*. Este novo modelo, por sua vez, procurou reduzir as desigualdades ocorrentes na sociedade. O constitucionalismo com relação ao princípio da igualdade não deve estar limitado à igualdade perante a lei. Se antes, com o Estado Liberal, não se vislumbrava como realizar a igualdade, a norma agora, com o Estado Assistencialista, desiguala os desiguais para atingir a igualdade implicando em dinamicidade e flexibilidade ao princípio da isonomia.

É notável a especificação de Menezes:

[...] o ponto comum dessas tendências foi o de abstrair o conteúdo negativo do princípio da igualdade. O Estado, a partir de então, passa a ser reconhecido como a instituição, legítima e adequada, para nivelar as desigualdades sociais. (MENEZES, 2001, p. 24)

Com isso, surge a chamada discriminação positiva ou reversa, visando à supressão de desvantagens impostas às pessoas em razão de religião, sexo, cor de pele ou quaisquer outras particularidades.

A visão material da igualdade vem complementar a sua visão formal. O art. 5º, *caput*, é considerado “como isonomia formal para diferenciá-lo da isonomia material, traduzido no art. 7º, XXX e XXXI”. (SILVA, 2001, p. 218)

Além disso, é válido ressaltar que a Constituição Federal traz em seu bojo outras formas expressas de igualdade material, tais como o art. 3º, o art. 5º, I, XXXII, LXXIV, o art. 170, VII, art. 193, art. 196, art. 205 etc.

Portanto, não basta a lei declarar apenas que todos são iguais, deve propiciar instrumentos e mecanismos eficazes para a construção da igualdade.

Vê-se que a sociedade pós-moderna não vive mais um conceito passivo de igualdade e sim se vincula a uma realidade de igualdade ativa.

Porém, há de se entender que o legislador, sob pena de criar uma norma inconstitucional, ao elaborar uma norma não pode criar situações que discriminem sem motivo.

Mello leciona que:

Há ofensa ao preceito constitucional da isonomia quando:

I – A norma singulariza atual e definitivamente um destinatário determinado, ao invés de abranger uma categoria de pessoas, ou uma pessoa futura indeterminada;

II – A norma adota como critério discriminador, para fins de diferenciação de regimes, elemento não residente nos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas. É o que ocorre quando pretende tomar o fator tempo – que não descansa no objeto – como critério diferencial;

III – A norma atribui tratamento jurídicos diferentes em atenção ao fator de discrimen adotado que, entretanto, não guarda relação de pertinência lógica com a disparidade de regimes outorgados;

IV – A norma supõe relação de pertinência lógica existente em abstrato, mas o discrimen estabelecido conduz a efeitos contrapostos ou de qualquer modo dissonantes dos interesses protegidos constitucionalmente.

V – A interpretação da norma extrai dela distinções, discrimens, desequiparações que não foram professadamente assumidos por ela de modo claro, ainda que por via implícita. (MELLO, 2002, p. 47)

Logo, revela-se imperiosa a crítica ao parágrafo único do artigo 7º da atual Lei das Leis, que discrimina os empregados domésticos ao limitar os direitos dos mesmos quando comparados aos demais trabalhadores urbanos e rurais.

3 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE EM CONFRONTO COM O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 7º DA CF/88

Mello ao tratar sobre o princípio da igualdade, em síntese enfatiza que a igualdade deve ser o ponto cardeal para equilibrar todas as relações:

O preceito magno da igualdade, como já tem sido assinalado, é norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela sujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime às pessoas. (SILVA, 2001, p. 9)

Porém, a norma prescrita no parágrafo único do art. 7º da Lei Maior, restringindo os direitos trabalhistas do empregado doméstico, discriminou-o negativamente, o tornando desigual, pois ao particularizar, estabeleceu diferenças entre os trabalhadores, afetando o princípio constitucional da isonomia, consagrado como o maior vetor do direito pátrio.

O parágrafo único do art. 7º, embora seja uma norma inserida na Constituição Federal, não está em conformidade com o princípio da igualdade, que "é a bússola que norteia a elaboração da regra, embasando-a e servindo de forma para sua interpretação. Os princípios influenciam as regras. Estas não influenciam os primeiros". (MARTINS, 2000, p. 111)

Por conseguinte, com fulcro no referido princípio, não pode a Lei Máxima discriminar negativamente o empregado doméstico, concedendo-lhe menos direitos que ao trabalhador comum. Porquanto, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Logo, o empregado do âmbito familiar deve ter regime jurídico equiparado ao dos demais empregados.

Cretella Júnior, neste diapasão, dispõe:

O art. 7º, parágrafo único da Constituição de 5 de outubro de 1988, que estamos comentando, alterou os princípios que informam a nossa Oitava Constituição da República Federativa do Brasil, o da igualdade entre eles. Se "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", o regime jurídico do trabalhador doméstico, advindo da relação empregatícia é equiparado ao regime jurídico trabalhista dos demais empregados de fábricas, indústrias ou empresas [...] (CRETELLA JR, 1994, v. 2, p. 1)

Desta forma, é incontestável que o parágrafo único do art. 7º da Carta fere frontalmente o princípio da igualdade, afinal se todos devem ser tratados com paridade, não pode tal dispositivo limitar de forma discriminatória os direitos do trabalhador doméstico.

Ora, a legislação trabalhista coexiste com a dignidade humana, princípio integrante da Constituição da República de 1988, restando clarividente que o primeiro fundamento do valor do trabalho é o próprio homem. Destarte, a dignidade humana é superior a qualquer outro princípio.

Consoante leciona Ruprecht, “trata de elevar a consideração da pessoa que trabalha aos mesmos níveis das que utilizam seus serviços”. (RUPRECHT, 1995, p. 106) Ademais, enfatiza a necessidade da promoção dos princípios da não discriminação, da equidade, da justiça social, da colaboração, da equidade, dentre outros. (RUPRECHT, 1995, p. 96 e ss.)

Por conseguinte, a Justiça deve promover a dignidade do ser humano com prudência e habilidade visando à interpretação das normas além dos elementos gramaticais, lógicos ou sistemáticos. Para tanto, deve utilizar-se de elementos sociológicos, econômicos, políticos e morais que revelem os anseios da comunidade no momento da aplicação da lei e impeça abuso em todos os sentidos.

4 DIREITOS TRADICIONAIS DO EMPREGADO DOMÉSTICO

O empregado doméstico representa uma categoria que, gradativamente, vem conquistando seus direitos.

Um primeiro marco nesse sentido, consoante expresso alhures, foi a promulgação da lei regulando a categoria, a Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972. Ela passou a garantir à categoria doméstica direitos como à assinatura de Carteira de Trabalho (art. 2º, I) para fins previdenciários, e as férias anuais remuneradas (art. 3º), então fixadas em 20 dias úteis, após 12 meses de serviços prestados à mesma pessoa ou família.

No entanto, outros direitos foram sendo garantidos aos empregados domésticos com o transcorrer da história, como o vale-transporte, previsto pela Lei 7.418/85.

Essa tendência foi acelerada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que, no parágrafo único do seu artigo 7º, estendeu diversos dos direitos garantidos aos empregados urbanos e rurais, tais quais os direitos relativos à remuneração, como o salário mínimo (art. 7, IV), a irredutibilidade salarial (art. 7, VI) e o décimo terceiro salário (art. 7, VIII).

O legislador constitucional garantiu, também ao empregado doméstico, o direito ao repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos (art. 7, XV).

Outros direitos assegurados ao doméstico pela Constituição vigente foram o terço de férias (art. 7, XVII), a licença-maternidade de 120 dias (art. 7, XVIII) e a licença-paternidade de 5 dias (art. 7, XIX).

Por fim, o legislador constitucional previu proteção ao fim do contrato de trabalho do empregado doméstico, garantindo-lhe o direito ao aviso prévio de 30 dias (art. 7, XXI) e à aposentadoria (art. 7, XXIV), nos mesmos moldes do empregado comum.

Felizmente, porém não satisfatoriamente, este rol de direitos do empregado doméstico foi aumentado recentemente, pela promulgação da Lei 11.324 de 2006.

5 A LEI Nº 11.324 DE 2006 E OS NOVOS DIREITOS DO EMPREGADO DOMÉSTICO

Até o advento desta lei, o empregador doméstico podia descontar do seu empregado os valores despendidos com a sua alimentação e moradia, no caso de moradia e alimentação no seu âmbito laboral. A Lei 11.324/06 proibiu esse desconto, inserindo novo artigo na Lei 5.859/72:

“Artigo 2º-A. É vedado ao empregador doméstico efetuar descontos no salário do empregado por fornecimento de alimentação, vestuário, higiene ou moradia”.

Ademais, o empregador doméstico podia exigir do seu empregado o trabalho nos feriados, pois este direito tinha sido expressamente excluído do empregado doméstico pela lei específica dos feriados (Lei 605/49). Tal exclusão foi expressamente revogada pela 11.324/06:

“Art. 9º Fica revogada a alínea a do art. 5º da Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949”.

A Lei 11.324/06 determinou que o empregado doméstico tem direito a férias anuais remuneradas de 30 dias corridos, como os demais empregados e não mais apenas 20 dias úteis.

Outro direito estendido à doméstica foi a estabilidade da gestante. O fato de a doméstica poder ser dispensada quando grávida era permitido pela legislação anterior, porém, não mais pela Lei 11.324/06:

"Artigo 4º-A. É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto."

A questão da estabilidade era um aspecto controvertido até então, haja vista que o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho vinha sendo no sentido de que o parágrafo único do art. 7º da Constituição não estendeu o referido direito à doméstica, sendo, tão somente, destinatárias do Direito, as empregadas urbanas, rurais e as trabalhadoras avulsas, sob o argumento de que, sendo uma função de extrema confiança não teria porque uma família manter um empregado doméstico a pretexto de uma estabilidade provisória, quando a confiança deixa de existir, o que seria, por conseguinte, uma afronta à natureza humana (SANTOS, 1990, v. 26, n. 27).

A par disso, o art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (que cria a garantia de emprego à gestante) reporta-se e vincula-se expressamente ao art. 7º, inciso I da mesma Carta – inciso esse que pela CF/88 não foi estendido à categoria doméstica. Nesse quadro, até o advento da Lei 11.324/06, não seria viável considerar tal direito aos domésticos em função de inexistir previsão legal, pois a omissão constitucional não teria sido fruto de mero equívoco e sim da compreensão de que não deve a ordem jurídica conferir garantia extensa de emprego em segmento em que a fidúcia sobreleva-se ao primeiro plano da relação de emprego. (DELGADO, 2009, p. 360 et seq)

Quanto à estabilidade provisória assegurada ao empregado acidentado, por determinação do art. 11 e 18, parágrafo 1º da Lei n. 8.213 de 1991 não se aplica ao doméstico.

O direito de férias que outrora era fixado em 20 dias úteis foi alterado com fixação de 30 dias, todavia sem a concessão de férias proporcionais ou mesmo dobra de férias (art. 137 da CLT), tendo em vista a não previsão na Lei n. 5.859/72 e tampouco na Lei n. 11.324/06.

Para Barros, se a nova legislação que ampliou para 30 dias as férias aos domésticos não fez alusão a dobra celetista, a sanção deve ser denegada (BARROS, 2010, p. 360).

Para Delgado, ao contrário, este argumento é falho, pois a estrutura das férias é sim dada pela CLT, senão vejamos:

Em primeiro lugar, o Decreto n. 71.885/73, ao regulamentar a lei especial a que se reportava (Lei 5.859/72), determinou a aplicação do capítulo celetista referente a férias à categoria dos domésticos (art. 2º e 6º, Decreto n. 71.885/73). Em segundo lugar, mesmo que não se aceite a extensão feita pelo Regulamento da Lei do Doméstico, este diploma legal conferiu à categoria o direito ao instituto de férias anuais remuneradas, apenas com a particularidade do prazo de 20 dias úteis. Ora, a estrutura e dinâmica do instituto é dada pela CLT, que passou, desse modo, no compatível, a ser necessariamente aplicada à categoria doméstica. Por esta razão, cabem aos empregados domésticos as parcelas de férias proporcionais e a dobra celetista incidente sobre as verbas pagas e destempo. (DELGADO, 2009, p. 35)

Quanto ao descanso semanal remunerado, o texto Constitucional fez previsão expressa, em que pese tenha sido omissivo quanto ao repouso em feriados, gerando dúvidas a respeito de sua concessão aos domésticos, pois a lei ordinária que os prevê (Lei n. 605/49) excluía esses empregados de sua esfera normativa.

Ocorre que a Lei n. 11.324/06, em seu art. 9º revogou o art. 5º, “a” da Lei 605/49. Deste modo, o doméstico passou a fazer jus no texto positivado ao repouso semanal em dias santos e feriados, preceito este que já vinha sendo deferido nos textos constitucionais desde a Carta de 1937 como garantia de propiciar ao empregado disposição de tempo para o adequado desenvolvimento dos valores morais, culturais e religiosos. (BARROS, 2010, p. 360)

Entretanto, mesmo com a omissão da Constituição vigente, e antes da vigência da Lei 11.324/2006, havia decisões favoráveis à concessão do descanso também em dias santos e feriados:

Os empregados domésticos devem receber, em dobro, pelo trabalho realizado aos domingos, em feriados e dias santificados, embora a Carta de 1988 não se refira de modo expresso a estes últimos. O objetivo do legislador constituinte foi estender-lhes também o descanso em feriados. TRT – 3ª R – 2ª Turma – RO 3159/95 – Rel. Juíza Alice Monteiro de Barros – DJMG 19.04.95.

Paradoxalmente havia também decisões desfavoráveis fulcradas na omissão do texto legal. (BARROS, 2010, p. 360)

Embora a Carta Magna de 1988, em seu art. 7º, parágrafo único, tenha estendido à categoria dos empregados alguns direitos sociais, entre os quais o direito ao repouso semanal remunerado, não fez nenhuma menção quanto ao pagamento em dobro do trabalho prestado em feriados civis e religiosos, devendo tal pretensão do autor ser rejeitada, por ausência de previsão legal, e à luz do art. 2º da Lei n. 5.959/73. TRT – PB 5121/98 – AC. 51.233 – Rel. Juíza Ana Clara de Jesus Maroja Nóbrega – DOE 19.03.99.

Quanto às horas extraordinárias praticadas pelo doméstico, a legislação ainda apresenta-se lacunosa.

A jurisprudência majoritária, deste modo, sedimenta-se no sentido de que o doméstico que ultrapassar a sua jornada normal de trabalho, não fará jus ao recebimento de horas extras.

EMPREGADO DOMÉSTICO - HORAS EXTRAS - A garantia da limitação da jornada de trabalho e do pagamento de horas extras não foi estendida aos trabalhadores domésticos, haja vista que o artigo 7º, parágrafo único, da Constituição Federal, não lhe assegurou os direitos previstos nos incisos XIII e XVI do referido dispositivo legal. Assim, pode o empregado doméstico estender seu horário além das oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, sem que isso implique o pagamento de contraprestação pelos serviços prestados. (TRT 06ª R. - RO 0072900-07.2009.5.06.0411 -2ª T. -Rel. Des. Acácio Júlio Kezen Caldeira - DJe 04.05.2010 - p. 56)

HORAS EXTRAS - EMPREGADO DOMÉSTICO. Diante da realidade normativa sobre a qual se impõe o nosso ordenamento jurídico e que impõe aos seus cidadãos a estrita observância ao cumprimento da lei, conclui-se que, na ausência de dispositivo constitucional ou legal que conceda ao trabalhador doméstico um parâmetro mínimo de jornada e uma remuneração diferenciada para as horas de trabalho que a suplantarem, não convém ao julgador estender o direito elencado no inciso XIII do artigo 7º da Constituição Federal a um trabalhador doméstico. E mesmo que o reclamado seja confesso quanto ao fato de que remunerava as horas excedentes à jornada de trabalho pactuada, entendo que tais valores devem ser tidos como um mero acréscimo ao salário, já que é inegável a maior prestação de serviços nessas ocasiões. Nem por isso pode se pretender que tais pagamentos sejam tidos como horas extras, uma vez que inexistente a norma que confere o aludido direito ao trabalhador doméstico. Importa deixar bem claro que não se está fazendo tábula rasa ao fundamento da dignidade da pessoa humana constitucionalmente assegurado (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), mas apenas cumprindo os ditames da lei, ordem sobre a qual igualmente se funda o Estado Democrático de Direito. Recurso provido por maioria. (TRT 24ª R. -Proc. 00985/2008-003-24-00 -2ª T. -Rel. Des. Francisco das C. Lima Filho -DO 15.06.2009)

O FGTS do empregado doméstico continuou a ser uma mera faculdade do empregador, que por sua vez, decide se inscreve ou não o seu empregado no referido regime (Lei n. 10.208/2001).

Se inscrito e tiver laborado nessa condição por período mínimo de 15 meses, nos últimos 24 meses contados da dispensa sem justa causa, fará jus ao seguro desemprego, no valor de um salário mínimo, por um período máximo de 3 meses³.

O mesmo diploma ainda criou o incentivo fiscal ao empregador doméstico uma vez que há permissão de deduzir do imposto de renda, desde o ano fiscal de 2006 (exercício 2007) e até o ano fiscal de 2011 (exercício 2012), as contribuições previdenciárias patronais mensais (inclusive sobre 13º salário e terço de férias) respeitados o teto de um salário mínimo como salário-de-contribuição e o lançamento de um único empregado (art. 1º e 8º da Lei n. 11.324/2006).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Demonstra-se evidente que a regulação do trabalho doméstico passou por uma intensa evolução. Entretanto, ainda há um caminho que se faz necessário para que se concretize a justa igualdade de direitos com o empregado comum, para que assim possa desenvolver a democracia social, além de fomentar a economia brasileira.

Afinal, consoante jurisprudência expressa anteriormente, ainda há a ausência do direito positivado a uma jornada de 8 horas de trabalho ao empregado doméstico assim como existe para o trabalhador comum. Não há o consequente adicional de horas extras quando tal jornada é ultrapassada. E ainda, o empregado doméstico não tem o direito ao adicional noturno quando exerce suas funções no período que deflagra tal direito a outros empregados sejam rurais ou urbanos.

Ora, não há dúvidas de que a legislação é tímida em relação aos direitos dos empregados domésticos, renegando-lhes determinadas garantias necessárias à

³ Medida provisória n. 1.986 de 1999 e subsequentes medidas renovatórias; Decreto n. 3.361 de 2000; Lei de Conversão n. 10.208 de 2001. Os diplomas legais alteraram o texto da Lei n. 5.58/72, acrescentando-lhe dispositivos.

preservação de sua dignidade profissional consoante estabelecido pelo art. 1º, III da Constituição Federal.

Por todas as óticas que se interpreta a Lei Maior, extrai-se a preocupação com a dignidade da pessoa humana, tanto que é conhecida como Constituição-cidadã. Desta forma, a exclusão do trabalhador doméstico dos direitos garantidos aos trabalhadores urbanos, rurais e avulsos não é compatível com o espírito norteador da Lei. Percebe-se um evidente descompasso com o princípio da isonomia deflagrando um sério abalo no sistema social, econômico e jurídico.

Torna-se necessária, por conseguinte, a reavaliação do parágrafo único do artigo 7º da Constituição Federal a ponto de igualar efetivamente o empregado doméstico como mecanismo de concretização dos ideários democráticos de Direito.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Romeu José de. **Guia Prático do Empregado Doméstico**. Curitiba: Juruá, 2000.
- BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTR, 2010.
- BITTENCOURT SANTOS, Hélio Antonio. **Síntese Trabalhista**. 16. ed. São Paulo: Síntese, 2002.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Antonio Luiz de Toledo Pinto (Org.). 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques. **As Grandes Obras Políticas de Maquiavel a nossos dias**. 8. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998.
- DELGADO, Maurício Delgado. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTR, 2009.
- GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. Forense:2000 .
- MARTINS, Sérgio Pinto. **A Continuidade do Contrato de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000.
- MASCARO NASCIMENTO, Amauri. **Iniciação ao direito do Trabalho**. 22 ed. São Paulo, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MENEZES, Paulo Lucena de,. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano**. São Paulo: RT, 2001.
- PAIXÃO, Floriceno. **Empregado Doméstico**. São Paulo: Síntese, 1981.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.
- RUPRECHT, Alfredo. **Os princípios do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1995, p. 106. Trad. Edilson A. Cunha.
- SANTOS, Edilton Meireles de. **O doméstico e a estabilidade sindical provisória. Suplemento Trabalhista**. São Paulo: LTR, 1990, v. 26, n. 27.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.



Uma análise crítica do parágrafo único do artigo 7º...

SUSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: 2003.

VICENTINO, Cláudio. **História geral**. 8. ed. São Paulo: Scipione, 1997.