

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO,
APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO.
CURSO DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO**

**AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS APÓS A EMENDA
CONSTITUCIONAL 72/2013**

CHRISTIANO RODRIGUES FRANÇA SILVA

PROFESSORA Msc. CRISTINA PARANHOS OLMOS

**São Paulo
2014**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO,
APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO.
CURSO DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO**

**AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS APÓS A EMENDA
CONSTITUCIONAL 72/2013**

CHRISTIANO RODRIGUES FRANÇA SILVA

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito à obtenção do título de Especialista em Direito Material e Processual Trabalho.

Orientador: Cristina Paranhos Olmos

**São Paulo
2014**

CHRISTIANO RODRIGUES FRANÇA SILVA

**AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS APÓS A EMENDA
CONSTITUCIONAL 72/2013**

BANCA EXAMINADORA

Presidente:

1º Examinador:

2º Examinador:

**São Paulo
2014**

RESUMO

O presente estudo, cuja temática são as garantias constitucionais dos empregados domésticos após a Emenda Constitucional nº 72/2013, tem como objetivo analisar essas garantias e, especificamente, objetiva discorrer sobre as características históricas e sociais do trabalho doméstico, o impacto das políticas públicas sobre essa questão e os avanços e retrocessos do reconhecimento dessas garantias. Para tanto, parte da realização de anotações sobre as relações de trabalho, conceituando empregado e empregador e determinando a incidência do princípio protetivo sobre as relações de emprego. Elabora também considerações sobre o trabalho doméstico, conceitos e evolução histórica e, a partir da determinação da caracterização da divisão social do trabalho e deste como direito fundamental, analisa as garantias constitucionais sob o prisma da dogmática das limitações dos direitos fundamentais, considerando o mandado de injunção como o instrumento hábil para enfrentar a omissão legal que impede a contemplação das garantias constitucionais dos empregados domésticos, inviabilizando o alcance dos direitos sociais estendidos a eles pela Emenda Constitucional nº 72/2013. Em conclusão, afirma que compreendidas questões históricas, legais e constitucionais, a mudança de paradigmas representada pela Emenda Constitucional nº 72/2013 será um processo lento, mas que exige o imediato estabelecimento de parâmetros legislativos que deem conta da garantia dos direitos que foram estendidos aos trabalhadores domésticos.

Palavras-chave:

Empregados domésticos. Emenda Constitucional nº 72/2013. Trabalho doméstico

ABSTRACT

This study, whose thematic is the constitutional guarantees of domestic workers after the Constitutional Amendment No. 72/2013, aims to analyze these guarantees and specifically aims to discuss the historical and social characteristics of domestic work, the impact of public policies on this issue and the advances and retreats of recognizing these guarantees. Therefore, the work starts from notes about labor relations, the concept of employee and employer and determining the incidence of the protective principle about employment relations. It also elaborates notes, concepts and historical evolution about domestic work, from the determination of the characterization of social division of labor and how this fundamental right examines the constitutional guarantees under the prism of dogmatic limitations of fundamental rights, considering the warrant injunction as a skilled instrument to face the legal omission that prevents the contemplation of the constitutional guarantees of domestic workers, undermining the scope of social rights extended to them by the Constitutional Amendment No. 72/2013. In conclusion, it states that included historical, legal and constitutional issues, the paradigms' change represented by the Constitutional Amendment No. 72/ 2013 will be a slow process , but that requires the immediate establishment of legislative parameters that take care of the guarantee of the rights that were extended to domestic workers.

Key words:

Domestic workers. Constitutional Amendment No. 72/2013. Domestic work.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS RELAÇÕES DE TRABALHO.....	10
1.1 Conceito de empregado e de empregador e a relação de emprego.....	10
1.2 A proteção como princípio das relações de emprego	16
2 O TRABALHO DOMÉSTICO NO BRASIL	21
2.1 Conceito de empregado doméstico	21
2.2 Evolução histórica do empregado doméstico no Brasil.....	24
3 O TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL	31
3.1 Divisão Social do Trabalho e a Solidariedade Social na perspectiva de Émile Durkheim.....	31
3.2 Direito Fundamental e Trabalho.....	35
4 A EMENDA CONSTITUCIONAL 72/2013.....	41
4.1 As garantias constitucionais dos empregados domésticos	41
4.2 Dogmática da Limitação dos Direitos Fundamentais	44
4.2.1 Controle de Constitucionalidade por omissão.....	49
4.2.2 Mandado de injunção como garantia social.....	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS	55
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

O empregado doméstico exerce atividades que se destacam por uma série de particularidades que distinguem seu trabalho claramente de outros serviços laborais existentes. Fatores tais como a realização de serviços na habitação de pessoas estranhas, a predominância feminina na atividade, a crença generalizada de que se trata de uma atividade que não agrega valor econômico, a invisibilidade deste tipo de trabalho, a “atomização” dos trabalhadores e sua consequente dificuldade para reunirem-se como classe, o baixo nível de escolarização, a dificuldade para a mobilidade vertical ou ascendente e os possíveis abusos por parte dos empregadores são apenas algumas dessas particularidades.

Historicamente, essa atividade tem sido uma das mais desprotegidas e relegadas a segundo plano, negando-se aos empregados domésticos direitos trabalhistas básicos, oferecendo-se baixos salários, excluindo-os da proteção social, dentre outros aspectos. Essa discriminação guarda profundas referências com a discriminação de gênero, de raça e de classe social, a tal ponto que se pode dizer que é, historicamente, uma discriminação contra o negro, contra a mulher e contra o pobre.

Com base nesses pressupostos e considerações iniciais, é importante a realização de um estudo que contemple o tema das garantias constitucionais atribuídas ao empregado doméstico, sobretudo com o advento da Emenda Constitucional 72/2013, sendo justificada a sua realização pela necessidade de contemplar questões polêmicas e fundamentais na concepção dos direitos dessa categoria.

O objetivo do estudo, nesse sentido, é analisar as garantias constitucionais dos empregados domésticos após a Emenda Constitucional 72/2013 e, especificamente, objetiva discorrer sobre as características históricas e sociais do trabalho doméstico, o impacto das políticas públicas sobre essa questão e os avanços e retrocessos do reconhecimento dessas garantias.

Também objetiva compreender as particularidades do trabalho doméstico que o diferenciam de outras atividades laborais remuneradas, analisar a realidade nacional e internacional dessa questão, verificar a incidência da legislação e das políticas públicas sobre o tema.

Para tanto, traça considerações sobre as relações de trabalho, conceito de empregado e empregador e da proteção como princípio das relações de emprego; elabora considerações históricas e conceituais sobre o empregado doméstico; analisa a divisão social do trabalho e a solidariedade social na perspectiva de Émile Durkheim como base do direito fundamental ao trabalho e das garantias constitucionais; analisa a Emenda Constitucional 72/2013 e sua incidência na consagração dessas garantias e os avanços efetivos para os empregados domésticos.

Com base nas referências encontradas sobre a metodologia de pesquisa, na realização do presente trabalho optou-se pela realização de pesquisa bibliográfica, através de coleta de informações de ordem teórica, viabilizada, portanto, através de levantamento bibliográfico. Quanto aos procedimentos, portanto, classifica-se como pesquisa bibliográfica, pois objetiva a geração de conhecimentos para possibilitar a elaboração de um trabalho que discuta sobre o tema em questão.

Quanto à abordagem do problema, caracteriza-se como pesquisa qualitativa, pois busca a análise de informações de diversas fontes, para a elaboração do trabalho a partir de fontes confiáveis sobre o tema em questão, ao mesmo tempo em que, evitando a quantificação dos dados, produz registros narrativos do objeto de estudo.

Ainda, quanto aos objetivos, o trabalho pode ser classificado como pesquisa exploratória, buscando dados para a elaboração em diversos meios, envolvendo também a pesquisa bibliográfica, que proporciona maior conhecimento e familiaridade com o tema.

O método utilizado para a realização do estudo é o hipotético-dedutivo, cujos procedimentos incluem características dos métodos indutivo, dedutivo e experimental. Dessa forma, representam, pela dedução, passos simples, lógicos e óbvios, que permitem o descobrimento das variáveis que não são percebidas em uma primeira análise. Pela dedução, são encontrados aspectos importantes, que vão desde a quantidade de elementos do objeto de estudo até as causas e representações necessárias que se relacionam ao objeto de estudo. Pela experimentação, se têm segurança do caminho a percorrer, sendo possível a modificação de variáveis para corrigir erros.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE AS RELAÇÕES DE TRABALHO

1.1 Conceito de empregado e de empregador e a relação de emprego

A definição de empregado, de acordo com o art. 3º da CLT, é dada como sendo empregado aquela pessoa física que assume o compromisso de prestar serviços de natureza não eventual a empregador, com dependência deste e previamente a estipulação de salário.

Por sua vez, o empregador é aquele que admite o empregado mediante a obrigação de lhe pagar salário, isto é, não há empregador que admite empregado de graça. O empregador é o responsável pela administração de sua atividade, angariando o poder de direção e coordenação, o poder de autoridade e o poder disciplinar. É também o responsável por oferecer a manutenção do emprego e a força de trabalho, como figura na própria Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT.

De acordo com Barros (2011, p. 372), “empregador é a pessoa física, jurídica ou ente que contrata, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços do empregado, assumindo os riscos do empreendimento econômico”.

Na relação trabalhista, o empregador é aquele que detém o capital e, ao mesmo, tempo, oferece as condições de trabalho ao empregado, visando à maximização de lucros. É também o empregador quem estabelece qual a atividade que será desenvolvida: agrícola, comercial, industrial, de serviços etc.; quem determina o número de funcionários, os cargos, funções, local de trabalho, etc. Muitas são as responsabilidades do empregador, pois dele depende toda a noção de gestão para alavancar a organização e cumprir com os seus efeitos legais.

O empregador se organiza os mais diversos vínculos e traz ao bojo do mercado as atuações e os nichos qualificados em que pode oferecer ao trabalhador um emprego. Como a própria CLT proclama, há também o empregador equiparado, que são instituições e associações que não demandam fins lucrativos, mas que necessitam da força de trabalho. Enquadram-se, ainda, no conceito de empregador, tanto o rural, como o doméstico, sendo que todos devem obediência à Constituição Federal.

Conforme Mistronge e Kersten (2004, p. 315-316), “não há subordinação da pessoa do trabalhador frente à figura do empregador, porém, destaca-se a subordinação da força de trabalho”. No entanto, mesmo diante de difícil distinção, tendo em vista que na prática há uma variação gritante de qualidade das condições de existência entre empregado e empregador, dispõe o art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, não haver subordinação de uma pessoa a outra, mas subordinação de algo em relação jurídica específica.

Também, de acordo com Delgado:

[...] a relação empregatícia, enquanto fenômeno sociojurídico, resulta da síntese de um diversificado conjunto de fatores (ou elementos) reunidos em um dado contexto social ou interpessoal. Desse modo, o fenômeno sociojurídico da Relação de Emprego deriva da conjugação de certos elementos inarredáveis (elementos fáticos-jurídicos), sem os quais não se configura a mencionada relação. (DELGADO, 2013, p. 285)

A Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 3º, dispõe que os elementos que definem a relação de emprego são a onerosidade, a pessoalidade, a não eventualidade e a subordinação.

Contudo, Melhado, *apud* Coutinho et al (2005, p. 323), pondera que a relação de trabalho deve ser reconhecida mesmo que haja sentença que não a reconheça nos moldes formais dessa relação. Do mesmo modo, mesmo que não haja comprovação dentro dos parâmetros definidos pela CLT, em seu artigo 3º, havendo provas da ocorrência de uma relação semelhante à de emprego, configura-se esta como relação de trabalho.

Destarte, inicialmente evidencia-se que, para a existência de uma relação de trabalho, basta que esteja presente, na prestação de qualquer serviço, ao menos dois elementos que definam os vínculos empregatícios, isto é, as relações de emprego, independentemente, nesses casos, de haver a celebração de contrato de trabalho ou assemelhado.

Essa consideração parte do pressuposto de que “a relação de trabalho é considerada precedente, enquanto a relação de emprego é procedente ou um gênero do qual a relação de emprego pode ser considerada espécie”. (CATHARINO, 1982, p. 254)

Anota Dallegrave Neto (2005) que, ponderando que a definição das relações de trabalho impende considerar que estas implicam em quaisquer conexões jurídicas existentes entre duas pessoas, destinando-se a prestar serviços de natureza autônoma ou subordinada, fica claro que esse conceito envolve, além dos contratos de trabalho regidos pela CLT, a maioria dos ajustes de natureza civil e/ou comercial. Isso posto, as relações de emprego são espécies de relação trabalhista que dão fundamento e sentido ao Direito do Trabalho.

Desse modo, se acrescenta que a realização de um trabalho é capaz de surgir na forma de algum empenho laboral de natureza pessoal, porém desprovido de subordinação, na forma de realização de trabalho na qual não se verifique a pessoalidade e tampouco seja subordinado, na forma de trabalho pessoal e subordinado, mas esporádico e descontínuo.

Nessas hipóteses, em que pese não haver relações de emprego ou contratos empregatícios, ocorre uma relação jurídica não disciplinada ou prevista na consolidação das Leis Trabalhistas ou em qualquer outra regra que se refira a esse tema, mas que podem, reconhecidamente, ser amparadas pela competência da Justiça do Trabalho.

As relações de trabalho, a que o conjunto das normas jurídicas do Direito do Trabalho se propõe a disciplinar, são uma espécie do gênero das relações jurídicas.

O trabalho que goza de tutela especial é aquele dirigido para fins econômicos consistentes na produção de bens ou de serviços e que é executado sob a dependência de um terceiro (o patrão) em troca de remuneração. Seu elemento caracterizador é a circunstância de ser útil a esse terceiro, que se chama empregador. Completa-se com um outro: a alienação do resultado do trabalho.

Contudo, se acrescenta que a realização de um trabalho é capaz de surgir na forma de algum empenho laboral de natureza pessoal, porém desprovido de subordinação, na forma de realização de trabalho na qual não se verifique a pessoalidade e tampouco seja subordinado, na forma de trabalho pessoal e subordinado, mas esporádico e descontínuo.

Nessas hipóteses, em que pese não haver relações de emprego ou contratos empregatícios, ocorre uma relação jurídica não disciplinada ou prevista na consolidação das Leis do Trabalho e nas demais normas referentes ao tema, mas que podem, reconhecidamente, ser amparadas pela competência da Justiça do Trabalho.

Leite (2008) considera, ainda, que as relações de trabalho podem ser subordinadas típicas – emprego -; relações consideradas atípicas – trabalhos eventuais, avulsos, temporários, voluntários, etc. -; relações especiais ou em regime diferenciado – trabalhos rurais, trabalhadores domésticos, trabalhadores do meio artístico, etc.

As relações de trabalho que não se enquadram na definição de emprego, ou seja, as atípicas, apresentam uma característica específica, de modo a não serem caracterizadas como sendo relações de emprego.

Tratando-se de realização de trabalhos subordinados atípicos, verifica-se a subordinação, contudo, não havendo outros elementos que caracterizem as relações típicas ou estando estes abrandados, é negado a estes o amparo do Direito do Trabalho nos mesmos moldes da proteção que é proporcionada ao trabalho típico.

Quando se trata de trabalhos subordinados especiais, encontram-se presentes todas as substâncias que conformam as relações de emprego, porém, o trabalhador, nessa espécie de trabalho, possui peculiaridades particulares. Conforme Delgado (2013), tais propriedades são subordinadas aos regimes jurídicos de cada categoria profissional. Isso tem como consequência que, mesmo sendo trabalhadores empregados, possuam tratamentos legais especiais, diferentes do mandamento da CLT.

As relações de trabalho e de emprego encontram-se como questões opostas quando se trata de trabalhos autônomos, pelas diferenças que existem entre estes e os trabalhos subordinados de qualquer natureza. Assim, os trabalhadores autônomos “por sua própria conta, constituem e materializam, diariamente, os meios pelos quais realizam o serviço os quais prestam”. (DELGADO, 2013, p. 337)

Para esses trabalhadores inexistente o amparo da legislação do trabalho, conservando-se ao abrigo da legislação civil que trata de contratos de prestação de serviços, de empreitadas, dentre outros. Contudo, ainda existem autônomos os quais são contratados sob esse regime, embora a natureza da relação de trabalho prestada é de empregados. Essa questão representa um desafio para a Justiça do Trabalho no sentido de conceder ou negar o amparo do Direito do Trabalho a estas situações.

Também vinculada a essa questão, observa-se que constantemente estão surgindo novas formas de relações trabalhistas, aliadas ao emprego de inúmeras evasivas de ordem legal para diminuir os gastos empresariais com os meios produtivos, as quais Dallegrave Neto (2005, p. 241) denomina “evasão do elemento da subordinação na relação de trabalho”.

Para o autor, essa evasão é perpetrada através da utilização de medidas legais disponíveis ao empregador ou utilizador dos serviços. Como exemplos há as cooperativas de trabalho e as terceirizações de mão-de-obra. As primeiras, amparadas na CLT, artigo 442, parágrafo único, da CLT, e na Lei nº 5784/71, artigo 90, servem-se da ideia da inexistência de vinculação laboral entre as partes. As segundas consideram que essa vinculação diz respeito e deve ser preocupação da empresa que terceiriza o serviço, e não da que o contrata. (DALLEGRAVE NETO, 2005)

Essa questão vem de encontro às mudanças pelas quais tem passado a sociedade, a economia e o mercado de trabalho, colocando em cheque o elemento de subordinação nas relações laborais.

Esse elemento, que sempre desconsiderou a desigualdade existente entre trabalhadores subordinados e trabalhadores autônomos quanto à proteção econômica, social e legal, fazendo com que os trabalhadores autônomos, justamente pela ausência de proteção, fossem atualmente cada vez mais passíveis de exploração.

Isso ocorre no momento em que se passou a buscar cada vez mais a redução dos vínculos e obrigações daqueles que contratam os serviços para com os trabalhadores que os prestam.

Silva (2004) acrescenta que o surgimento de novas relações de trabalho trouxe uma dificuldade para separar o trabalhador subordinado e o trabalhador autônomo, porém, devido a uma indefinição legal quanto ao trabalhador autônomo, as regras da CLT não o alcançam.

O trabalho para-subordinado “contém elementos de pessoalidade, de coordenação por parte do tomador, de onerosidade, de continuidade e de dependência econômica – que o define essencialmente”. (SILVA, 2004, p. 29)

Essa readequação do mercado laboral, ao gerar novas formas de relações de trabalho, incide diretamente sobre a competência da Justiça do Trabalho, vez que coloca em cheque o tratamento legal que tem sido dado às relações de trabalho e/ou de emprego, exigindo o abandono das formas clássicas para melhor cumprir com a natureza protetiva do Direito do Trabalho.

1.2 A proteção como princípio das relações de emprego

O Direito do Trabalho é uma das expressões mais marcantes da tendência do Estado moderno de intervir nas relações intersubjetivas ou inter-humanas.

Essa intervenção é no sentido de proteger o interesse do todo social que, em boa parte, se confunde com o dos economicamente fracos, quando em disputa com os economicamente fortes. As normas desse Direito se universalizaram por muitas razões, mas duas delas merecem destaque, segundo Saad:

A primeira é a circunstância do trabalho assalariado ser cumprido sob condições semelhantes em todos os quadrantes, independentemente do regime político imperante em cada país, uma vez que aquelas condições derivam da ciência e da tecnologia que se fundam em princípios adotados por todos os povos sem distinção; a segunda [é a] preocupação geral de uniformizar as providências protetoras do trabalho e que oneram a produção, com o fito de colocar em bases aceitáveis o jogo da competição internacional por mercados consumidores. (SAAD, 2004, p. 27)

Assim definido, o Direito do Trabalho abrange não apenas o contrato individual, mas também a organização sindical, o direito administrativo do trabalho, o direito internacional do trabalho, convenções e acordos coletivos.

No ensinamento de Saad (2004, p. 29), as normas jurídicas disciplinadoras das relações de trabalho ou são “de origem estatal (leis, decretos, portarias), ou de origem autônoma (fonte negocial, como expressão da autonomia da vontade, pactos coletivos, regulamentos de empresa)”.

As relações de trabalho, a que o conjunto das normas jurídicas do Direito do Trabalho se propõe a disciplinar, são uma espécie do gênero das relações jurídicas.

Com base nessa constatação, os princípios da relação trabalhista apresentam, segundo Coutinho (2000, p. 108), dentre outras, a função de regulamentar normativamente a relação de trabalho assalariado, estabelecendo certa segurança nas relações entre empregado e empregador, pelo cumprimento de normas imperativamente impostas.

Ainda, Stucka (1998, p. 48) afirma que a validade jurídica de todas as normas se refere à sua capacidade de oferecer mecanismos de reação às iniquidades e ao reconhecimento de que, perante o princípio da proteção que lhes dá sentido, o sujeito da relação jurídica é “sujeito de direitos, e o direito só se refere às relações entre os homens e não às relações entre pessoas e coisas”,

Informa Coutinho (2000, p. 50) que, sendo todo o contrato de trabalho baseado no princípio da proteção, que busca equilibrar juridicamente a balança que pende sempre para o lado mais forte, é a função social desse contrato individual de trabalho determinante para que isso seja possível. O contrato de trabalho deve ser estudado “em relação às suas funções de garantia de troca de riquezas, de preservação da sociedade, do Estado e do próprio mercado, no sentido em que demarca o espaço do capital e do trabalho”.

Da mesma forma, atribui-lhe Castro, *apud* Rodriguez, uma tríplice função:

a) informadora, inspirando o legislador, servindo de fundamento pra o ordenamento jurídico; b) integrativo/normativa, atuando como fonte supletiva e c) interpretadora, operando como critério orientador do juiz ou do intérprete. (RODRIGUEZ, 2000, p. 17)

Com base nessa constatação, os contratos de trabalho apresentam tríplice função, segundo Coutinho (2000):

a) compensação das desigualdades entre capital e trabalho, no sentido de que o segundo serve ao primeiro;

b) atenuação do conflito entre capital e trabalho, já que pelo contrato o empregado trabalha para o consumidor final e, portanto, faz parte também do jogo do mercado.

c) do ponto de vista jurídico, regulamentar normativamente a relação de trabalho assalariado, estabelecendo certa segurança nas relações entre empregado e empregador pelo cumprimento de normas imperativamente impostas.

Dessas considerações decorre a certeza da necessidade de que o Direito do Trabalho reavalie constantemente sua práxis e suas orientações, de forma a manter o caráter protetivo de sua natureza e garantia da extensão dos direitos fundamentais a um número cada vez maior de cidadãos.

Carvalho, *apud* Arruda Júnior questiona, para a reavaliação da práxis do Direito do Trabalho:

O que visa a postulação trabalhista? Evidente que restabelecer a dignidade do trabalhador, que teve seu direito básico sonogado, qual seja, não se lhe retribuiu pelo trabalho prestado. Receber remuneração é expectativa óbvia de todo trabalhador, aquele que, embora explorado, mantém a sociedade. (ARRUDA JÚNIOR, 1993, p. 68)

Postula esse entendimento a aceção de que o Judiciário Trabalhista tem como pressuposto assegurar os direitos da classe mais débil e, portanto, seus princípios interpretativos são protetivos. Destarte, é de salientar que, como existe no juslaboralismo esse princípio de “proteção ao hipossuficiente”, em sendo um direito geralmente aceito como tutelar, é comum a prática jurisdicional de, diante de uma prova nos autos dividida, orientar-se o julgado em favor do “mais pobre”. (CARVALHO, *apud* ARRUDA JÚNIOR, 1993, p. 68)

No campo do direito individual do trabalho, mesmo juízes mais conservadores, em diversos países, aplicam sem dificuldades os princípios gerais de proteção próprios ao direito laboral, recorrendo aos mesmos com frequência como fontes de direito o que, em geral, não ocorre nos demais ramos do direito, quase sempre extremamente positivistas.

Conquanto esses princípios se encontrem consolidados tanto na doutrina tradicional como na jurisprudência, como demonstração de que se trata de um ramo vivo do direito, mesmo que seja manifesto que sua aplicação prática não tem sido libertadora, no sentido de desarticular o mito de que a Justiça do Trabalho resolve os problemas gerados no processo de exploração capitalista.

Em face desses conflitos, inúmeros são os advogados e magistrados que entabulam uma discussão e uma reflexão a respeito do “uso alternativo do direito”, imprimindo importantes avanços na interpretação dos dispositivos legais.

Traçando um caminho de ponderações que não se prendem apenas à fundamentação jurídica dos princípios gerais que informam o texto constitucional, mas também ao estabelecimento de uma visão interdisciplinar com outros ramos do conhecimento humano, têm representado o contraponto às ideias inversas.

Tais ideias buscam também novas fontes de direito, pleiteando um direito alternativo identificado com as práticas mercantis e as ordenações econômicas de mercado e de produtividade, inclusive fundamentando sentenças através de leis de mercado, ideais do liberalismo, anti-estatismo, antirregulamentação de direitos sociais por via legislativa.

Indo além, pode-se inferir que o uso alternativo do direito, numa sociedade dividida em classes, não é apenas um instrumento que possa ser utilizado por uma classe contra a outra, mas um instrumento que também, em dadas condições históricas, pode servir para justificar cientificamente – e enfrentar de forma mais eficiente – os níveis de exploração capitalista.

De uma maneira abrangente, o Direito do Trabalho necessita também envolver, no conceito de proteção, tanto o trabalhador assalariado com também aqueles pertencente ao mercado informal. Na opinião de Cardoso, in Scandolara (2001, p. 107), mesmo em uma sociedade capitalista, o capitalismo precisa contar com a inclusão “do potencial de consumo dos trabalhadores desempregados. O Estado, ainda que minimizado, tem a necessidade de ponderar valores sociais do ordenamento jurídico, sob pena de total aniquilamento”.

Ainda com relação à ideia do poder de consumo como medida capitalista da inserção social, demonstrando a sua vinculação a uma atividade econômica, Antunes observa:

É uma abstração imaginar consumo sem assalariados, ou seja, o capitalismo seria suicida se dispensasse o trabalho como fator produtivo. [...] O trabalho tem, em sua gênese, em seu desenvolvimento, em seu ir-sendo e em seu vir-a-ser, uma intenção ontologicamente voltada para o processo de humanização do homem em seu sentido amplo. (ANTUNES, 2001, p. 120-142)

Quanto ao trabalho formal, observa-se que os princípios protetivos do empregado possuem a função econômica capitalista, mas também uma função cultural mais ampla, capaz de inculcar-lhe uma visão de cidadania e uma vivência cidadã, encontrando as condições materiais de sobrevivência, mas também assegurando a sua humanidade e a sua condição de trabalhador.

Ilustrativamente, evoca-se a narrativa Nascimento (2013, p. 390), que informa que as primeiras leis trabalhistas voltaram-se para a proteção da mulher e do menor, e em todos os sistemas jurídicos as mulheres têm recebido “tratamento particular, assegurando condições mínimas de trabalho, diferentes e mais vantajosas daquelas estabelecidas em relação aos homens”.

O mais importante pressuposto dessa condição de cidadania recuperada pelo trabalhador é a reafirmação de sua personalidade, tema cada vez mais discutido não âmbito da relação de emprego e na Justiça do Trabalho, decorrente das normas constitucionais expressa no artigo 5º, V e X da Constituição Federal.

2 O TRABALHO DOMÉSTICO NO BRASIL

2.1 Conceito de empregado doméstico

A alusão inicial à atividade do empregado doméstico data do ano de 1941, através do Decreto nº 3.078 que, no artigo 1º, define: “são empregados domésticos todos aqueles que, de qualquer profissão ou mister, mediante remuneração, prestam serviços em residências particulares ou em benefício destas”.

Essa legislação trata separadamente dos trabalhadores que exercem a função de doméstico e os que exercem a profissão de doméstico, classificando o empregado doméstico em razão de aspectos como o salário recebido, os serviços prestados a uma pessoa ou a um núcleo familiar, etc.

Esclarecendo esse ponto, Valeriano observa:

O Decreto estabelece uma definição bastante abrangente quando determina que o empregado doméstico é todo o que presta seus serviços em residências particulares ou em referência a estas. Esta caracterização englobaria todos os trabalhadores que prestam serviços a domicílio e todas as atividades que sejam realizadas no âmbito de residências particulares. Para ser considerado empregado doméstico, é necessário que de sua atividade o beneficiário não obtenha lucro ou vantagem financeira. (VALERIANO, 1998, p. 24)

Em relação à ausência de lucro por parte do beneficiário do trabalho do empregado doméstico, Melo (1998) argumenta que se trata de uma prestação de serviço/produção de bens em um ambiente privado que, por esse motivo, não envolve as relações capitalistas de mercado com relação ao lucro do estabelecimento onde é exercido o trabalho. Em tese, não há lucros envolvidos no resultado desse trabalho:

Estas atividades não são organizadas de forma capitalista, porque se realizam no interior de residências particulares e as patroas/patrões não são empresários. O contrato de trabalho firmado define que as empregadas realizam tarefas cujo produto – cocção de alimentos (bens) ou lavagem de roupas e pratos (serviços) – é consumido diretamente pela família. Estes bens/serviços não circulam no mercado e não se mobiliza capital para a realização destas tarefas, senão ingressos pessoais. (MELO, 1998, p. 12)

Outra alusão legal ao empregado doméstico é feita pela Lei nº Lei 5.859/72, que o define como “aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa a pessoa ou família, no âmbito residencial destas”.

Esta definição traz em si os dados que permitem a identificação do trabalho doméstico: prestação de serviços a uma pessoa ou família, prestação não eventual desses serviços e finalidade não lucrativa.

Santos (2003) observa que os serviços de natureza contínua são aqueles de natureza não casual, isto é, de caráter permanente. Ainda, serviços sem finalidade lucrativa são os que não revertem em lucro para os que se beneficiam diretamente do trabalho realizado pelo empregado e, quanto ao caráter de realização no âmbito residencial, implica não apenas a área interna da residência, mas também a área externa, como jardins, e os veículos de qualquer espécie, estendendo-se esse conceito também para guardas de quarteirão e profissionais de companhia e de enfermagem.

Barros observa, no mesmo sentido, que são empregados domésticos a faxineira, a lavadeira, a arrumadeira, mas também os motoristas da família, a babá, os cuidadores de idosos, dentre outros, citando como exemplo:

[...] cozinheira, copeira, babá, lavadeira, mordomo, governanta, e os que [...] prestam serviços nas dependências ou em prolongamento da residência, como jardineiro, o vigia, o motorista, o piloto ou marinheiro particular, os caseiros e zeladores de casas de veraneio ou sítios destinados ao recreio dos proprietários [...] (BARROS, 2011, p. 268-269)

Martins (2004, p. 28) define empregado doméstico como “pessoa física que presta serviços de natureza contínua à pessoa ou família, no âmbito residencial destas, desde que não tenham por objeto atividade lucrativa”. Comenta ainda que “doméstico” advém da palavra latina *domesticus* (casa) que, por sua vez, deriva de *domus* (lar, parte da cozinha na qual o fogo era aceso, mas que se estende a toda a habitação). Assim, o empregado doméstico é aquele que presta serviços para uma família em sua habitação.

Para Furer (2004, p. 50), o empregado doméstico é quem “realiza serviços contínuos, de índole não econômica, para uma pessoa ou uma família, no âmbito de sua residência”.

Cassar (2010, p. 343) define o empregado doméstico como “pessoa física que presta serviços a outra ou a outras pessoas físicas, com a finalidade de obter ganhos, no âmbito de suas residências, não eventualmente”.

Conforme Delgado (2013, p. 367), o empregado doméstico é definido como a “pessoa física que presta, com pessoalidade, onerosidade e subordinadamente, serviços de natureza contínua e finalidade não lucrativa a pessoa ou família, no âmbito residencial destas”.

Complementarmente, comenta o autor:

No tocante, ainda à natureza do serviço prestado, há que se ressaltar que a legislação não discrimina, especifica ou restringe o tipo de serviço a caracterizar o trabalho doméstico. A única limitação existente é de exclusivo caráter cultural, que tende a circunscrever tais serviços ao trabalho manual. Essa fronteira culturalmente estabelecida não tem, contudo, qualquer suporte ou relevância no âmbito da normatividade jurídica existente. (DELGADO, 2013, p. 372)

Por regra geral, o trabalho doméstico se refere ao cuidado do lar, que envolve a realização de diversos serviços de limpeza, arrumação, cozinha, cuidado com as roupas e outros itens do vestuário e, em muitos casos, cuidado de crianças, de idosos, de plantas e animais domésticos. A Classificação Brasileira de Ocupações – CBO – apresenta uma extensa lista de tarefas relacionadas com o trabalho doméstico, em suas várias modalidades.

Das conceituações apresentadas, pode-se delimitar o conceito de empregado doméstico como o trabalhador que realiza suas funções na residência do empregador, mediante contraprestação econômica, não gerando qualquer lucro para o empregador e exercendo suas funções em caráter contínuo.

2.2 Evolução histórica do empregado doméstico no Brasil

A realização da atividade de empregado doméstico, no Brasil, é majoritariamente feminina, como também exercida na maioria dos casos por mulheres negras e em situação de exclusão social. Essa situação encontra suas raízes no período colonial e representa um traço cultural sobrevivente até os dias atuais, com poucas variações.

De acordo com Kofes (2001), no Brasil Colônia, o sistema escravista delineou não apenas a ordenação pontual da sociedade brasileira, mas delimitou suas bases e fundamentos que, em muitas situações, persistem até os dias atuais. Nesse período, a relação entre o fato de exercer algumas atividades, a posição de mando e a de obediência e a distinção da cor da pele eram questões naturais, justificadas por uma equivalência social existente entre o trabalho a ser realizado e aqueles que deveriam, por diferentes razões, encarregar-se deles.

Em virtude dessa espécie de “entendimento tácito”, ao fato de ser negro e de ser escravo correspondia a realização de serviços que cabiam a quem se encontrava em tal situação. A mulher e o homem negros, portanto, deveriam fazer o trabalho manual, o trabalho braçal, em posição de servidão, porque “nasceram principalmente talhados para realizar tais tarefas”. (KOFES, 2001, p. 65)

A mulher negra então era a mucama, a ama de leite dos filhos dos senhores, a cozinheira, a lavadeira, a encarregada da limpeza, porque nascera para tal e o branco, que não nascera para tais tarefas, era destinado a mandar, administrar e dominar o negro para servi-lo. Essa ideia servia ao exercício do poder do branco sobre o corpo do negro e justificava a opressão, a escravidão, o domínio, a ausência de direitos. A ideia de raças e o convencimento de que os negros eram talhados para esses trabalhos justificava, também a exploração e a própria escravidão, servindo a todos os propósitos do branco explorador.

Kofes (2001) evoca estudos que enfatizavam que a realização de atividades domésticas dividia os negros escravos em dois grupos: os de dentro e os de fora de casa. Os primeiros se encarregavam das atividades domésticas e essas escravas, na maioria mulheres, embora sujeitas às rígidas leis patriarcais de obediência e cuidado na realização de seus afazeres, muitas vezes também circulavam nos espaços exteriores, pois muitas de suas tarefas exigiam seu deslocamento entre os dois ambientes.

Também há registros de homens e mulheres negras em grande número realizando serviços domésticos no Brasil Colonial, evidenciando que o sistema dependia enormemente do trabalho escravo em todos os aspectos, pois todos os serviços domésticos eram realizados por eles. Nas cidades, chegavam-se a alugar escravos para serviços domésticos e as mucamas e escravas para o interior das casas eram cuidadosamente escolhidas pela aparência. A dependência dos escravos era tal que os negros não eram apenas máquinas de trabalho e mercadorias, mas os responsáveis pelo funcionamento dos lares dos brancos. (KOFES, 2001)

Da exploração do escravo formou-se uma sociedade que se ressentiu enormemente com a abolição da escravatura, embora os negros que anteriormente eram fundamentais para manter a economia e a produção nacionais não tenham sido considerados importantes como mão de obra assalariada e se tornassem marginalizados e excluídos. Assim, extinto o trabalho escravo, o Brasil relegou à miséria, à desocupação e à marginalidade os negros dos quais sempre dependeu. Os ex-escravos foram substituídos pelos imigrantes europeus, preferidos por serem brancos, embora as mulheres negras continuaram a desempenhar serviços domésticos. (KOFES, 2001)

No final do século XIX, segundo Bacelar, os negros exerciam atividades precárias, não estando qualificados para exercer muitas profissões e sendo forçados, pela necessidade, a continuar a realizar serviços manuais e braçais. Quanto ao trabalho doméstico, como herança da época anterior, era realizado em condições precárias, muitas vezes sob agressões e violência e sem qualquer amparo do poder público:

Como empregados do setor privado, tínhamos os trabalhadores domésticos, ocupação de significativa parcela da população feminina [...] atividade dos mais pobres, em grande parte dos pretos. Além da reduzida remuneração obnubilada pelo alojamento e alimentação, permanecem resquícios da tradição escravista, sentidos em muitos casos pela maneira prepotente, violenta e arbitrária como os patrões tratavam os empregados (BACELAR, 2008 p. 74)

Mesmo após a abolição, a exploração continuou, portanto, e o trabalho doméstico continuou a ser desvalorizado, considerado atividade nas quais os padrões de gênero e raça se perpetuaram, em desprestígio das mulheres e dos negros, tanto que as mulheres negras ocupam um espaço de trabalho pontuado por papéis e padrões que foram definidos na época da escravidão. (KOFES, 2001)

Na concepção de Pinho (2004), o estereótipo da empregada doméstica é fruto do estereótipo historicamente construído sobre a mulher negra, de fundo escravista e de raízes coloniais. O trabalho como empregada doméstica é de tal forma enraizado nesse estereótipo que não é incomum as empregadas serem tratadas com prepotência, violência e arbitrariedade pelos patrões e patroas.

Melo acrescenta a essa consideração que o trabalho do empregado doméstico brasileiro é semelhante ao trabalho doméstico norte americano, fruto também de uma herança de escravidão e de desvalorização social, argumentando:

A história do serviço doméstico no Brasil não difere muito da acontecida nos Estados Unidos. Aqui como lá, antes da abolição da escravatura, escravos domésticos eram encarregados das tarefas do lar. Ao longo do século XIX, as famílias tinham além das escravas domésticas a possibilidade de contar com mocinhas para uma espécie de “ajuda contratada”. Essa era uma fonte tradicional de trabalho doméstico que no Brasil e nos Estados Unidos, depois da Abolição, tornou-se a maior fonte de trabalho feminino. (MELO, 1998, p. 6)

Uma vez abolida a escravidão, seguiu-se um período de “ajuda contratada”, na grande maioria negra, que se constituiu como sendo o “lugar” que devem ocupar as mulheres negras e pobres. A atividade de empregada doméstica, assim, é exercida sob padrões e paradigmas de gênero e de raça que naturalizam a inferioridade atribuída às mulheres negras. Ao longo da história, o trabalho é desvalorizado socialmente pelo sexismo para com todas as mulheres, mas, quando se trata de mulheres negras, a discriminação racial torna ainda mais graves as condições de inferiorização e de exploração. (MELO, 1998)

Esse processo de naturalização da desigualdade, de estruturação da desigualdade raciais e de gênero levou, historicamente, a uma quase aceitação passiva da ideia de que assim como existe uma natureza masculina e uma feminina, também existe uma branca e uma negra. Se a mulher é considerada inferior ao homem e se encontra inferiorizada nas atividades que exerce, sendo negra as suas alternativas são ainda menores. Em empregos que implicam no contato com brancos das classes média e alta, contudo, homens e mulheres negras enfrentam constantemente práticas segregacionistas: preferência por mulheres brancas sobre as negras para o serviço doméstico; em alguns locais os empregados negros devem permanecer longe das vistas dos clientes brancos e, em muitos casos, são discriminados pelos clientes; o trabalho como secretária se transforma em trabalho de doméstica, quando as mulheres negras são chamadas para servir café aos clientes; os vendedores negros são designados para o atendimento dos clientes de renda mais baixa e os brancos são responsabilizados pela venda de mercadorias de melhor qualidade. (GUIMARÃES, 2001)

Para Kofes (2001), quando se trata do trabalho doméstico, a desvalorização e a depreciação da atividade se soma à desvalorização e à depreciação do indivíduo que o exerce; surgem então jornadas de trabalho abusivas, remunerações injustas, contratos ilegais, omissão legal, etc.

Essa situação encontrou algum contraponto em 1972, através da Lei nº 5.859, já citada no presente estudo, que serviu como ponto de partida para que se estabelecessem discussões sobre a situação dos empregados domésticos e se incrementassem lutas pela garantia dos direitos conquistados e busca pela sua ampliação.

Com as reformulações impressas pela Constituição Federal a essa legislação essas lutas alcançaram alguma projeção, especialmente a partir de 1985, quando foi criado o Conselho Nacional das Trabalhadoras Domésticas, de 1988, quando se realizou o I Congresso Latino Americano e Caribenho, com a filiação do Conselho Nacional à Confederação Latino Americana e Caribenha de Trabalhadoras Domésticas, fortalecendo o movimento e pressionando por direitos constitucionais.

Como os empregados domésticos não foram contemplados pela Consolidação das Leis Trabalhistas, contando apenas com a Lei nº 5.859, a Constituição Federal reformulou a legislação existente, atribuindo a esses trabalhadores direitos importantes, destacando-se:

- a) salário mínimo legal;
- b) licença maternidade de cento e vinte dias;
- c) Carteira de Trabalho e Previdência anotada;
- d) irredutibilidade de salários;
- e) décimo terceiro salário;
- f) repouso semanal remunerado, de preferência dominical;
- g) feriados civis e religiosos;
- h) férias de trinta dias remuneradas e férias proporcionais ao final do trabalho;
- i) estabilidade no emprego na ocorrência de gravidez e licença-gestante, sem prejuízo do emprego e do salário;
- j) auxílio doença pago pelo INSS;
- k) aviso prévio mínimo de trinta dias;
- l) integração à Previdência Social;
- m) vale-transporte;
- n) aposentadoria;
- o) Fundo de Garantia opcional;
- p) seguro desemprego concedido exclusivamente à empregada inclusa no FGTS.

Apesar dessas conquistas, muitas empregadas domésticas têm enfrentado problemas quando buscam seus direitos perante a justiça, já que a doutrina e a jurisprudência, em alguns casos, se encarregam de atribuir um tratamento desigual entre as empregadas domésticas e os outros trabalhadores, aplicando a legislação anterior sem considerar os direitos constitucionais. (BERNADINO-COSTA, 2007)

3 O TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

3.1 Divisão Social do Trabalho e a Solidariedade Social na perspectiva de Émile Durkheim

O trabalho doméstico é realizado primordialmente por mulheres, de forma gratuita ou remunerada, na esfera privada, em casas particulares.

Com relação ao trabalho doméstico, Dierckxsens comenta:

A sociedade capitalista se apresenta agora como uma sociedade dirigida por homens, são eles que ocupam os postos de comando e de maior poder. Às mulheres não somente correspondem trabalhos de serviço, mas, sobretudo, postos subordinados. As relações de dominação e subordinação inerentes a uma original divisão social do trabalho se apresentam agora como próprias ao gênero, tendência que objetiva e subjetivamente tendem a se reproduzir enquanto tende a perpetuar-se esta divisão social do trabalho. (DIERCKXSEN, 2007, p. 117)

Acresce-se a essa constatação o fato de que, além de serem majoritariamente mulheres, as empregadas domésticas também são em maioria negras e seu salário e suas condições de trabalho são determinados não apenas por condições materiais, relacionadas com o funcionamento do mercado de trabalho (a demanda, a capacidade econômica dos empregadores, o tipo de trabalho a realizar, a experiência, etc.), mas também por fatores valorativos baseados em preconceitos raciais, de classe e geracionais. (KOFES, 2001)

Esta é uma forma de divisão social do trabalho, baseada nos princípios da separação e hierárquico. No primeiro, separa-se o trabalho do homem o trabalho da mulher e, no segundo, atribui-se maior valor ao trabalho do homem que ao trabalho da mulher. Quanto mais se modifica o mundo do trabalho e se especializam as relações de gênero, avança também o conceito da divisão sexual do trabalho, reorganizando-se os âmbitos do trabalho remunerado e do trabalho doméstico não remunerado. (HIRATA e KERGOAT, *in* BRUSCHINI *et al*, 2008)

Na perspectiva da divisão social do trabalho pleiteada por Durkheim (2009) a função básica da existência dessa divisão transcende a utilidade econômica produzida por ela, estabelece uma ordem social e moral *sui generis*, mediante a criação de vínculos de solidariedade entre os membros do grupo. A função fundamental da divisão do trabalho consiste, em síntese, em facilitar a coesão e a integração sociais.

Contudo, nem todas as relações sociais nem todos os sentimentos de simpatia que acompanham a solidariedade necessária para a organização e a continuidade da vida em grupo se manifestam automaticamente na existência prévia de uma divisão social do trabalho. Na verdade, para Durkheim (2009), esta se torna indispensável desde uma dimensão institucional apenas em circunstâncias históricas específicas e que têm relação com o grau de diferenciação e complexidade social alcançados pelo grupo. Em rigor, a importância sociológica ou moral da divisão do trabalho não consiste tanto em incrementar a utilidade econômica das funções sociais que essa instituição divide, como em tornar solidárias estas mesmas funções e tornar possível a continuidade institucional das sociedades que alcançaram um determinado grau de diferenciação.

Uma compreensão adequada da função moral da divisão social do trabalho exige, pois, que se especifique como a sociedade gera um *quantum* necessário de sentimentos de simpatia e de solidariedade quando a divisão do trabalho não se encontra ainda desenvolvida ou institucionalizada de modo suficiente.

O fluxo geral da vida social, como observa Durkheim (2009), deriva da existência de sentimentos de simpatia, que guardam relação com os vínculos necessários para a organização solidária, indispensável para a vida estruturada de qualquer grupo ou comunidade humana. Porém, esses sentimentos, socialmente determinados, e as relações sociais com as quais eles são solidários, dão origem a formas particulares de solidariedade social, de tal forma que falar apenas em solidariedade social, fundamento moral de qualquer sociedade, não é suficiente para determinar os nexos concretos que se estabelecem entre formas concretas de solidariedade e divisão social do trabalho.

Durkheim (2009) aconselha a classificar as formas de solidariedade para após examinar com qual dessas formas está ligada a divisão social do trabalho. Sendo a solidariedade social um fato social, a ele se tem acesso racional através de seus efeitos sociais, simbolizados visivelmente na lei.

Timm argumenta, com base nessa consideração:

Nesse novo modelo, cumpriria ao Direito um papel redistributivo, viabilizador da igualdade material ou do que se entendeu chamar de justiça social. A primeira foi a fonte inspiradora intelectual do Estado Liberal, a segunda, do Estado Social. A própria alteração de um regime de responsabilidade subjetiva para um regime baseado risco aconteceu paralelamente no Direito Privado e foi também fruto do solidarismo jurídico.

Com efeito, foi com base nesse novo paradigma solidarista que inaugurou o Direito Social (e conseqüentemente o Welfare State), que os autores civilistas sociais defenderam que o modelo liberal de responsabilidade civil, baseado na ação humana (isto é, culpa) não era mais suficiente para fazer face ao progresso social e ao seu conseqüente problema de reparação do dano injustamente causado às vítimas, ante a injustiça de sua aplicação a muitos casos concretos, criados por atividades mais intensas, complexas e diversificadas.

Diz Lima, nesse mesmo sentido: Os imensos perigos, que ameaçaram a segurança do indivíduo, exigiram a extensão do conceito de culpa. A responsabilidade civil do Estado passou pela mesma evolução da culpa ao risco pela qual passou o Direito Privado típica da passagem do Estado Liberal ao Estado Social. Apenas que o sistema que consagra o dever reparatório do Estado é uno; não admite a obrigação de indenizar com fundamento na culpa e no risco - sistema do direito privado - mas apenas neste último. (TIMM, 2005, p. 43-44)

Na definição de solidariedade social existe, segundo Durkheim (2009), observa-se a positiva, que conta com duas espécies: uma une o indivíduo à sociedade de formas direta e sem intermediários, pelo sentimento de pertencer a ela e comungar os mesmos interesses e ambições com o todo; na outra existe uma dependência funcional do indivíduo para com a sociedade, representada pela dependência de cada parte que compõe essa sociedade. A primeira é a solidariedade mecânica e a segunda solidariedade orgânica.

Quanto à solidariedade mecânica, se incrementa tanto quanto menos cresce a personalidade e a individualidade de cada indivíduo, que representa apenas um reflexo da sociedade; se confunde a consciência individual e a coletiva, porque a segunda absorve completamente a primeira.

Na solidariedade orgânica, a sociedade é um sistema de funções diversas, particulares, unindo relações mutáveis ou definidas e no qual os indivíduos diferem uns dos outros. Essa solidariedade se torna possível quando cada indivíduo tem sua própria personalidade ou individualidade, ou seja, quando a consciência coletiva não encobre totalmente a individual e quanto maior é o espaço da consciência individual, maior força tem a coesão da solidariedade. Há, assim, uma relação equilibrada de interdependência e interpessoalidade. Quanto mais complexa e desenvolvida é a consciência individual, maior a unidade do todo.

Esta solidariedade, para Durkheim, é aquela que se associa à derivada da divisão social do trabalho:

[...] sabemos sob quais formas exteriores se simbolizam estes dois tipos de solidariedade, isto é, qual corpo de regras jurídicas corresponde a cada um deles. Por conseguinte, para conhecer a sua importância respectiva num tipo social dado, é suficiente comparar a extensão respectiva dos dois tipos de direitos que os exprimem, porque o direito varia sempre conforme as relações sociais que regula. (DURKHEIM, 2009, p. 372)

No que diz respeito ao trabalhador doméstico, percebe-se claramente que o exemplo da diferença entre as duas espécies de solidariedade sugere duas formas de interpretação do texto constitucional, artigo 7º, parágrafo único em relação ao perfil do trabalhador doméstico.

Assim, o trabalhador doméstico, no enfoque da solidariedade mecânica, é negro, pobre, dependente, que se torna uma espécie de “propriedade” da família para a qual trabalha (ou melhor, “serve”). Não há mobilidade social, a condição social é aceita como própria das origens do indivíduo tanto por ele próprio como por aqueles a quem presta serviços – essa crença é comum a todos, é coletiva.

No enfoque da solidariedade orgânica, o trabalhador doméstico seria visto como indivíduo livre, dono de sua individualidade e, portanto, dotado de mobilidade social. O perfil do trabalhador doméstico é um indivíduo pleno, com interesses próprios, afetos, vida social, acesso às informações, evoluindo de acordo com o seu tempo. Daí também surgem necessidades, como educação, lazer, cultura, saúde, habitação, enfim, garantias legais de direitos constitucionalmente consagrados aos trabalhadores, de um modo geral.

3.2 Direito Fundamental e Trabalho

Os seres humanos, por suas características peculiares, são titulares de direitos, inerentes à sua condição humana e considerados fundamentais da pessoa – por isso se denominam direitos humanos –, fundamentais diante do Estado, cujo poder deve exercer-se a serviço destas e ser o meio para que vivam em sociedade em condições dignas.

A análise sobre a titularidade dos direitos se insere em um contexto mais amplo de debate acadêmico. Anota Rothenburg (2000, p. 155) que “há quase três décadas, nos países ocidentais, se evidencia a necessidade de proporcionar garantias morais e políticas a certos grupos sociais”, como os indígenas, as mulheres, os idosos, as pessoas em situação de risco e de pobreza, etc.

Essa reivindicação foi ganhando adeptos até reunir, atualmente, um considerável número de partidários, que consideram que a esses grupos correspondem esses direitos. Assim, quando se passou a ponderar acerca dos direitos humanos, exurgiu a ideia da dignidade do ser humano como fruto da liberdade e da igualdade - princípios básicos que, por sua vez, concretizam os direitos humanos e que, devido à sua fundamentalidade, obrigatoriamente necessitam de consagração constitucional.

Sobre essa questão observa Rothenburg (2000) que, em que pese a diversidade de posições, todas parecem coincidir na reprovação parcial, por um lado, da modernidade antropocêntrica e individualista e, por outro, da estrutura teórica e prática das democracias liberais contemporâneas, que consideram incapazes de responder à diversidade social e proporcionar um tratamento igualitário aos seus cidadãos.

O reconhecimento constitucional dos direitos humanos, da igualdade de direitos, não supõe, por si só e evidentemente, nenhuma mudança na situação de desvantagem social dos grupos oprimidos. No âmbito conceitual, esse reconhecimento supõe que é possível falar dos grupos como titulares de direitos, e que também os direitos individuais necessitam desse reconhecimento para se afirmarem.

A dignidade humana se vincula e se relaciona com a soberania estatal, na medida em que é a dignidade do cidadão que lhe atribui o fundamento último, "já que ela se exerce pelo povo, que é o conjunto de pessoas dotadas de dignidade humana, espacialmente localizada e temporalmente desenvolvida, publicamente vivida e aberta ao futuro". (PIOVESAN, 2003, p. 99)

Expressando-se também como direito de participação na conformação política da sociedade e do Estado, a dignidade dá lugar a um princípio em que se fundamenta a democracia e a um direito de participação dentro da sociedade política, que se explicitam como direitos políticos e cidadania ativa.

Obviamente, a ordem material de valores na qual implica a dignidade humana, como também a liberdade e a igualdade essencial de todos os seres humanos é considerada pela ampla maioria das Constituições Federais como anteriores a elas próprias, na medida em que o seus textos não criam ditos valores ou direitos, mas se limitam a reconhecê-los, assegurá-los e garanti-los.

Ao distinguir a dignidade dos seres humanos e os direitos de cada homem à igualdade e à justiça, na universalidade de oportunidades e respeito, fundamentados na liberdade e na manutenção da paz, os Estados receberam a incumbência de, obrigatoriamente, proteger esses direitos acima de quaisquer outros interesses, fomentando relações harmônicas e de respeito em seus territórios, entre os indivíduos e grupos sociais, o que se traduz na construção de um Estado de Direito.

No Brasil, afirma Santos:

O conceito de Estado Democrático de Direito está previsto abstratamente na Constituição Federal. A consolidação atual desse conceito passou pela instituição do Estado Liberal de Direito, pelo Estado Social e Direito e para, num terceiro momento, chegar ao modelo atual. Todos esses modelos de Estado estiveram condicionados a fatores de ordem temporal, ideológica, institucional e constitucional. O Estado Liberal de Direito entendia a *coisa pública* como destinada a satisfazer os interesses dos indivíduos – da burguesia; limitava os fins e tarefas do Estado à garantia da liberdade e segurança da pessoa e da propriedade individual; organizava a ordem estatal de forma a reconhecer os direitos e garantias individuais, a independência dos juízes, a responsabilidade do governo, a prevalência da representação política e sua participação no poder; conceituava a lei como eixo de concretização constitucional do Estado de Direito, juridicamente vinculante para a administração. A concepção liberal de cidadania decorrente limitava-se à proteção dos direitos do indivíduo, sem interferência do poder estatal na vida privada – individualismo. Era formal, neutro e individualista. O Estado Social de Direito sucedeu o Estado liberal-burguês pela pressão dos trabalhadores, que auferiram constitucionalmente direitos do trabalho, da previdência, da educação, a ditar o salário, a manipular a moeda, a intervir na economia como distribuidor, a comprar a produção, regular preços, combater o desemprego, proteger a sua classe, controlar as profissões, enfim, de intervir na dinâmica socioeconômica da sociedade civil. (SANTOS, 2001, p. 95)

A concepção de cidadania passa, assim, para a esfera social e a ordem jurídica se transforma em instrumento de atingimento de metas sociais concretas, dentro de uma lógica de distribuição e de satisfação de direitos humanos sociais, igualitários, organizando a sociedade de forma mais justa.

O Estado de Direito passou a ser Estado material de Direito, pretendendo realizar a justiça social. As normas constitucionais que fundamentam o Estado Social se constituem em princípios que dirigem as ações dos poderes públicos, possuindo valor político que tem se incorporado, gradativamente, ao sistema jurídico.

O Estado Democrático de Direito incorporou ao ordenamento positivo os princípios de direito natural, direitos fundamentais garantidos mediante o deslocamento do centro de decisões do legislativo e do executivo para o judiciário, possibilitando a realização dos direitos previstos legal e constitucionalmente através do controle judiciário sobre a constitucionalidade das leis.

Essa modificação serviu como via de resistência às investidas dos poderes Executivo e Legislativo, que representam retrocesso social ou ineficácia dos direitos individuais ou sociais, buscando harmonizar os interesses da esfera pública, da esfera privada e da esfera coletiva.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 contém um projeto de transformação do Estado e da sociedade, o qual se torna possível pela subordinação do Estado a processos jurídicos e a uma nova ideia de Direito, bem como aos princípios de soberania do povo, dos direitos fundamentais e da realização da democracia econômica, social e cultural.

Essa concretização do Estado Democrático de Direito deve ser legitimada pela estruturação jurídica desse Estado, expandindo os limites dos direitos fundamentais de todos os cidadãos e, ao mesmo tempo, impedindo que as funções sociais do Estado se transformem em funções de dominação.

Contudo, o reconhecimento dos direitos do homem, haja vista o caráter profundamente excludente que marcou a história do país desde seus primórdios, somente passou a ser encarado como fundamento de um Estado de Direito a partir da pressão de grupos sociais, os quais, de forma por vezes equivocada, pleitearam que esses direitos fossem estendido a grupos pontuais, sem a devida preocupação com a extensão igual a todos os cidadãos.

Isso significa que esse reconhecimento se deu, muitas vezes, de forma corporativista, em função de interesses e de demandas de movimentos organizados, de mulheres, de negros, de homossexuais ou de outros, e não vinculados a uma ideia universal de exercício cidadão de direitos, de garantias universais de oportunidades e de garantia de uma convivência, justiça e paz a todos os membros da sociedade.

Piovesan (1999) também conceitua direitos fundamentais como direitos subjetivos reconhecidos e protegidos pela Constituição, entendida esta como Lei Fundamental ou norma suprema do ordenamento jurídico. O constituinte considerou essencial para a organização e o funcionamento do sistema constitucional a consagração dos direitos humanos e, deste modo, dotou-lhes da especial garantia, que supõe sua incorporação ao texto constitucional. Os direitos fundamentais, seriam, em uma primeira análise, os direitos constitucionais.

Esta primeira identificação entre direitos fundamentais e direitos constitucionais não permite, contudo, especificar o sentido que adquirem tais direitos no marco de uma Constituição concreta, porque a inclusão de um catálogo de direitos nas constituições foi adquirindo sentido diverso ao longo do tempo: “a história das declarações de direitos está, pois, intimamente ligada à história do constitucionalismo”. (BIELEFELDT, 2002, p. 45)

Pondera ainda Miranda:

A célebre Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, por exemplo, constituía mais um projeto de ação legislativa conforme a qual o Parlamento assumiria a tarefa de ordenar as relações sociais, até então sujeitas a uma ordem estamental, conforme os postulados ilustrados da liberdade e de igualdade dos cidadãos.

Mais tarde, quando a lei garantia a liberdade e a propriedade dos particulares, a inclusão de direitos nas constituições passou a ser entendida como uma garantia específica de certas liberdades diante do poder executivo, que não poderia interferir nestas se não dispusesse de uma autorização legal para esse efeito. É a interpretação dos direitos fundamentais como reserva de lei.

Cabia, portanto, reclamar diante das intromissões do poder executivo na esfera de liberdade e propriedade pessoais quando o agente do Estado não se amparava na lei, mas os direitos não podiam ser invocados diante do próprio legislador. Os direitos fundamentais eram, então, meros direitos públicos subjetivos, que cabia opor diante da administração. (MIRANDA, 2007, p. 127)

Todavia, informa Miranda (2007, p. 129) que inclusive essa autorização legal foi submetida, com o transcurso do tempo, a restrições: “nem a lei poderia alterar o ordenamento fundado nos direitos fundamentalmente reconhecidos, nem autorizar intromissões do executivo em tais direitos, injustificadamente”.

Disso se depreende que somente a reforma constitucional poderá alterar o seu conteúdo essencial e que os direitos fundamentais atuam, assim, como garantias também diante do próprio legislador, observando-se que o executivo somente pode interferir nos direitos amparados na lei, mas não encontrando justificativa legal absoluta para sua ação se a lei que invoca limitar os direitos desproporcionalmente, o que a torna nula e viciados os atos oriundos de sua aplicação.

Os direitos fundamentais, ainda, de acordo com Bielefeldt (2002), também se projetam diante do Judiciário, cuja tarefa de aplicar a lei não o exime do dever preferente de proteger os direitos constitucionais. Precisamente porque sobre o juiz recai uma tarefa nova, é habitual que os direitos constitucionais deem lugar a garantias processuais especiais e, inclusive, a processos específicos que permitem controlar o respeito que o próprio Judiciário deve guardar para com os direitos fundamentais.

4 A EMENDA CONSTITUCIONAL 72/2013

4.1 As garantias constitucionais dos empregados domésticos

O Brasil é o país com maior número de empregados domésticos do mundo, segundo a Organização Internacional do Trabalho – OIT -, dos quais 83% são mulheres. O número de empregadas domésticas, no ano de 2013, era de 7,2 milhões, dentre aquelas que trabalham oficialmente, ou seja, registradas. (ESTADÃO, 2013)

Com a vigência da Emenda Constitucional nº 72, de 2 de abril de 2013, a qual alterou a redação do parágrafo único da artigo 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais – conhecida como a PEC das domésticas -, estabeleceu-se nova base jurídica ao emprego doméstico, reconhecendo-se a essa parcela da população, majoritariamente feminina, direitos trabalhistas até então negados.

Essas diretrizes representam um novo cenário não apenas para as relações laborais, mas também para a sociedade brasileira como um todo, que é marcada por assimetrias de gênero que historicamente permeiam o mundo do trabalho e o ambiente familiar.

Comumente associado ao universo feminino, o emprego doméstico apenas foi reconhecido como profissão pelo Estado brasileiro, como já se verificou no presente estudo, em 1972. A legislação da época não contemplava plenamente os direitos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT -, de 1940, que rege e regulamenta as relações de trabalho para os demais trabalhadores (sendo fato que a CLT não contemplou os trabalhadores domésticos).

Com a Emenda Constitucional em análise, o trabalho doméstico passa a contar com as mesmas prerrogativas que a CLT atribui aos demais trabalhadores, ainda que alguns direitos dependam da regulamentação do Congresso, haja visto que o caminho para sua efetivação ainda pode ser longo e sinuoso.

De qualquer modo, representa um marco simbólico importante para o Brasil, segundo Rodrigues:

A falta de reconhecimento pleno, na Constituição de 1988, do trabalho doméstico, dava um status menor ao conjunto de atividades domésticas. Havia um pressuposto de que o trabalho no âmbito doméstico era inferior. O principal texto jurídico normativo do país refletia uma visão desqualificadora desse tipo de trabalho. A PEC mostra que o Brasil inicia o século XXI com um grande marco social e jurídico. (RODRIGUES, 2013, p. 4)

Também segundo Rodrigues (2013), a PEC traz em si um avanço não apenas em relação à precariedade das relações de trabalho, sendo possível que tenha algum impacto na configuração de ajustes familiares e das relações conjugais das classes empregadoras. O que se pode supor é que haverá transformações na divisão do trabalho doméstico, podendo gerar conflitos entre os componentes das famílias e afetando os papéis de gênero, na medida em que os homens estarão mais envolvidos na dinâmica doméstica. Haverá, assim, uma reorientação, especialmente na classe média, uma mudança difícil e, possivelmente, um aumento das tarefas para as mulheres. De qualquer forma, é uma mudança histórica importante cujos impactos sobre os padrões e configurações de gênero somente poderão ser determinados com maior precisão no futuro.

A nova legislação, para Rodrigues (2013), marca inclusive uma mudança potencial nos padrões culturais, pois mais que uma disposição legal, a PEC altera as formas de interação, concedendo maior status às trabalhadoras domésticas e afetando as relações de reciprocidade entre empregador e empregada. Pode-se supor que haverá uma mudança na dinâmica das relações de poder.

Antes da PEC, havia uma espécie de dupla hierarquia: a do empregado e empregador propriamente dita e aquela diretamente relacionada com o empregador como alguém que concede uma espécie de favor ao dar emprego à doméstica. Nesse sentido, a PEC possibilita o desenvolvimento de uma relação mais respeitosa, que enfrenta essa luta de classe manifesta de forma subliminar. (RODRIGUES, 2013)

Nunes *et al* (2013) também consideram que a PEC afetará as relações familiares e promoverá o fortalecimento dos sindicatos de empregadas domésticas. Contudo, relembram que os avanços legais anteriores não necessariamente encontraram correspondência na prática cotidiana. No governo Lula, por exemplo, a legislação passou a permitir aos padrões a dedução dos gastos com empregadas domésticas no imposto de renda, através da Lei nº 11.324/2006. Não obstante, o crescimento do número de empregadas formalizadas não foi o esperado, o que demonstra que nem sempre, na prática, as leis chegam a mudar as relações sociais.

A aprovação da PEC suscitou críticas, na medida em que, de acordo com algumas vozes da sociedade civil, geraria desemprego para as domésticas, pelo custo que as famílias empregadoras passariam a assumir. De acordo com Araújo (2013), esse discurso reflete um ressentimento classista, conservador, porque existe uma ideia enraizada historicamente de que famílias com boas condições financeiras precisam de uma empregada, como se esta fosse uma espécie de propriedade da família. Além disso, não se pode desvincular a relação de certa concepção flexível e desreguladora das relações trabalhistas que têm se fortalecido nos últimos anos;

Criar direitos, assim, coloca em cheque certos preconceitos modernos e tradicionais e, por isso, direitos como os das empregadas domésticas aparecem como se fossem privilégios na opinião de setores conservadores da sociedade, para os quais é certo que a PEC pode representar um custo para as famílias de classe média. De qualquer modo, observa Araújo (2013) que isso não significa que se devam questionar as garantias constitucionais conquistadas pelas empregadas domésticas. As famílias empregadoras sem condições de manter uma doméstica terão que reorganizar-se internamente.

Nas famílias das empregadas domésticas, para Araújo (2013), é possível vislumbrar um efeito positivo diante da tendência de redução da carga de trabalho fora de casa, o que traz possibilidades para que as domésticas tenham mais tempo para os seus lares, para que aumentem sua renda, para que estudem, tenham maior acesso ao lazer e à cultura, etc.

A respeito das críticas à PEC, Rodrigues (2013) afirma que não deve ocorrer aumento do desemprego no setor, mas sim um crescimento do empreendedorismo, com agências para realizar a mediação das partes, o que deve ser cuidadosamente observado e acompanhado. Além disso, o reconhecimento dos direitos obriga o Estado a pensar em políticas públicas de suporte para equilibrar as relações entre empregadores e empregadas, em questões delicadas como as creches, as tarefas desempenhadas por cada profissional doméstica, o acúmulo de funções, etc.

4.2 Dogmática da Limitação dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais não podem ser definidos, na atualidade, somente como direitos dos cidadãos ou da particularidade, mas sim, como direitos universais exercitáveis por toda uma universalidade, por todos aqueles que são passíveis de apresentarem situações em que se encontrem na orla de proteção de tais direitos, independentemente se este titular é uma pessoa natural ou um aglomerado de pessoas (direitos coletivos), pessoas diversas e indivisíveis (direitos difusos), pessoa jurídica ou a própria figura do Estado.

Assim, diante dessa premissa, se torna possível compreender a possibilidade de imposição ou não de limites dos direitos fundamentais em razão do resguardo de situações socialmente reprováveis, considerando-se que a regra no *estado de direito* é a liberdade de conformação do indivíduo em suas escolhas.

Nas palavras de Novais (2003), o estado democrático de direito trouxe um trunfo que, conquistado a grande custo ao longo de anos, foi transportado para esse modelo de Estado: o *principio da autonomia privada* e a possibilidade de *autodeterminação individual* como regra de observância do Estado para com a liberdade de ação ou omissão do indivíduo enquanto titular do princípio da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, para se chegar a este estado, parâmetros tiveram que ser impostos, conquistados após anos de conflitos - por exemplo a revolução liberal francesa, em que chegou-se a conclusão empírica de que o homem necessita, por sua própria natureza, de imposição de barreiras em sua liberdade pois desde tempos, Hobbes criou uma teoria que se fundamenta na necessidade de um Estado Soberano como forma de manter a paz civil. (NOVAIS, 2003)

Em sua construção, Hobbes inicia a partir dos homens convivendo sem a presença do Estado controlador, em um estágio do convívio humano sem autoridade, onde tudo era de todos, recebendo o nome de *estado natural*, para depois justificar a necessidade do mesmo. (NOVAIS, 2003)

Para Novais (2003), a consequência deste *estado natural* foi a ameaça da manutenção da humanidade, que levaram os homens a pactuarem entre si fazendo uma transferência renunciativa de alguma parcela de sua liberdade e direitos existentes no *estado natural*, para o Estado, que garantiria a efetividade do contrato social, o qual veio a ser complementado posteriormente com a obra de *Rousseau*, intitulada *Do contrato Social*.

Assim surgiu a concepção da liberdade vinculada dos indivíduos (em que pese tratar-se de uma situação excepcional), em que a presença do Estado interventor tornou-se uma necessidade. Daí a justificação em se pensar que os indivíduos possam exercer suas liberdades e direitos da forma que lhes beneficiar. Entretanto, esta liberdade não será exercida incondicionalmente e ilimitadamente, pois haverá casos em que o estado interventor imporá barreiras, em observância e na defesa de certas posições jurídica ou moralmente contrárias ao ordenamento jurídico e aos postulados clássicos observados no seio social.

Ainda, segundo Novais:

De facto, pode-se ser defensor de uma teoria institucional, social ou funcional dos direitos fundamentais, mas como não reconhecer que, por exemplo, no direito à protecção contra o tratamento informático de dados pessoais está sobretudo em causa a protecção do interesse pessoal de cada um na não divulgação não autorizada dos seus dados pessoais. Nessa altura, por que razão deveria ser proibido o consentimento do próprio, consciente e livremente formulado, em permitir a determinada instituição pública a possibilidade de dispor dos seus dados pessoais no interesse público e eventualmente a troca de alguma vantagem burocrática.

Pode sempre, é verdade, mesmo nos direitos mais discretamente vinculados à prossecução de fins puramente individuais, reconhecer-se um interesse público no seu exercício. Mas seria já excessivo legitimar-se nesse interesse público remoto a compreensão do poder de disposição individual sobre o exercício de faculdades compreendidas no bem atribuído ao indivíduo. (NOVAIS, 2003, p. 243)

Para o autor, conforme se verifica, devem ser defendidas as liberdades e faculdades que integram a intimidade única do indivíduo e em relação às quais eventual manifestação de renúncia em nada afetará a terceiros, senão somente a sua ordem individual. Portanto, por mais que a renúncia do titular de um direito seja vexatória à sua personalidade, há de prevalecer a vontade particular, não devendo e não podendo haver intervenção do poder público na restrição à vontade do renunciante.

Com relação ainda aos limites do exercício aos direitos fundamentais, seria importante, expormos algumas regras de ordem objetiva, isto quer dizer, regras para que a renúncia também seja feita, frente a um ordenamento jurídico, e o poder de renúncia seja, (i) compatível com o ordenamento jurídico, (ii) que a renúncia ocorra de forma segura, não importando em uma regra de banalização sem que se lembre da existência do *contrato social*.

Assim, segundo Novais (2003), o limite inicial para se pensar em qualquer tipo de renúncia será a indagação se esta renúncia a que se quer o titular do direito, frente à Constituição, às leis infraconstitucionais e aos princípios basilares de formação do Estado tacitamente reconhecidos, irá ferir o ordenamento objetivo. Ocorrendo tal hipótese se caracterizará a impossibilidade da renúncia.

De fato, a proposta da renúncia de um direito fundamental deve começar pela análise de restrições que porventura possam existir no ordenamento jurídico como um todo. Entretanto, a possibilidade renúncia não se esgota no campo do direito objetivo, ao ponto de serem necessárias regras normativas que permitam expressamente a renúncia a um direito.

Para Novais (2003, p. 241-242), a base normativa a que o titular do direito deve respeito deve servir de parâmetro somente nas hipóteses de restrições expressas ou (em alguns casos) não expressas, mas dedutíveis. Afora essas hipóteses, o poder de disposição individual fica livre para cada indivíduo no âmbito de suas escolhas (*livre desenvolvimento da personalidade*): desde que haja “em estado de direito, uma dimensão de autodeterminação que se projecta num poder de disposição, tão amplo quanto possível, sobre as faculdades que o integram”.

Desta forma, se pode reafirmar que podem existir restrições dedutíveis pelo ordenamento jurídico ao direito de renúncia a direitos fundamentais, porque a complexa e extensa carta de direitos fundamentais hoje contempla inúmeros direitos que não se referem a direitos que possam interferir tão somente na esfera de atuação daquele que deseja renunciar, pois existem direitos reconhecidos como fundamentais com atributos inerentes a outros campos de aplicação - aqueles que ultrapassam a esfera de disposição e aplicação ao indivíduo.

Dessas mesmas considerações ressalta a ideia de controle de constitucionalidade, que guarda estreita relação com a preeminência constitucional, à sua superioridade no ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais.

Em primeiro lugar, a existência de uma hierarquia entre as normas é a prerrogativa fundamental dessa superioridade, pois, como a Constituição Federal indica os princípios que baseiam as demais normas, devem esses princípios ser a base da elaboração de todas as normas procedentes, em sua forma e em seu teor. Do mesmo modo, em ordenamentos constitucionais rígidos, a Constituição se sobrepõe a todas as outras normas ordinárias que o Poder Legislativo possa produzir. Assim sendo, nenhuma produção legislativa poderá modificar ou suprimir pressuposto que se encontre constitucionalmente consagrado.

De acordo com Pinho, ainda:

O fundamento do controle da constitucionalidade encontra-se na ideia de supremacia da Constituição escrita, da existência de uma lei maior que se sobrepõe a todas as demais normas jurídicas existentes no País. A supremacia decorre da própria rigidez das Constituições escritas. Por exigir a norma constitucional um procedimento especial de alteração mais rigoroso que o das normas infraconstitucionais, todos os demais atos legislativos e administrativos são hierarquicamente inferiores. O que estiver em desacordo com a Constituição, vértice de todo o sistema jurídico, deve ser declarado inconstitucional. Dois pressupostos são indispensáveis para que o controle de constitucionalidade seja exercido:

1º) a presença de uma Constituição rígida, da qual resulte a superioridade das normas constitucionais sobre as demais; e

2º) existência de um órgão que efetivamente assegure a supremacia do texto constitucional. (PINHO, 2002, p. 29)

A ideia de intersecção entre controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, porque se encontrará nas mãos do legislador ordinário o Poder Constituinte, ilimitado. A supremacia constitucional adquiriu tamanha importância nos Estados Democráticos de Direito, que Cappelletti (2000, p. 47) afirmou que “o nascimento e expansão dos sistemas de justiça constitucional após a Segunda Guerra Mundial foi um dos fenômenos de maior relevância na evolução de inúmeros países europeus”.

A primordial finalidade de controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, sendo que a declaração de inconstitucionalidade das leis é primazia do Tribunal Constitucional Federal, como adverte Bachof:

Seria inexacto falar de um monopólio de controlo dos tribunais constitucionais, pois o controlo cabe em primeiro lugar ao tribunal de instância, só tendo este de submeter a questão ao tribunal constitucional depois de haver ele próprio negado constitucionalmente. (BACHOF, 2010, p. 103)

O controle de constitucionalidade representa, portanto, garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais que a Constituição Federal consagra, do mesmo modo que representam limitações para o exercício do poder estatal. Assim, igualmente legitimam esse poder, quando determinam quais são os deveres a serem cumpridos e possibilitam a consecução do processo democrático em um Estado de Direito.

Observa-se também que controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação ou compatibilidade de uma lei ou de um ato normativo com a Constituição, verificando seus requisitos formais e materiais. Dessa forma, no sistema constitucional brasileiro somente as normas constitucionais positivadas podem ser utilizadas como paradigma para a análise da constitucionalidade de leis ou atos normativos estatais.

O controle da constitucionalidade das leis consiste no exame da adequação das mesmas à Constituição, tanto de um ponto de vista formal quanto material, para o efeito de recusar-se obediência a seu mandamento, ou mesmo para o efeito de declarar-lhes a nulidade.

Há, portanto, a possibilidade do controle exercido por aquele a quem a norma é dirigida, como também por órgãos encarregados de exercer tal função pelo Texto Constitucional, com a finalidade de subtrair à sua força obrigatória todos aqueles que integram o mesmo sistema jurídico.

4.2.1 Controle de Constitucionalidade por omissão

A inconstitucionalidade por omissão tem por objetivo reprimir a omissão por parte dos poderes competentes, que atentem contra a Constituição.

Representa a não-elaboração de atos legislativos ou normativos que impossibilitem o cumprimento de preceitos constitucionais. É uma inovação da Constituição portuguesa de 1976, que foi adaptada, pelo constituinte de 1988 à atual Constituição Federal.

Para Poletti (2001), sempre que um preceito constitucional não puder ser cumprido pela inércia legislativa ou administrativa dos poderes constituídos, haverá inconstitucionalidade por omissão. Duas novas ações foram introduzidas pela Constituição de 1988 para solucionar a inércia legislativa ou administrativa: a ação de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º) e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI), com pressupostos e efeitos diferentes.

A competência para tanto, é do Supremo Tribunal Federal e o objeto da ação é o vício omissivo. Na decisão judicial, o Supremo dará ciência ao Poder competente para que sejam tomadas as medidas necessárias à cessação da omissão. Sendo essa omissão da Administração, esta deverá fazê-lo em trinta dias.

4.2.2 Mandado de injunção como garantia social

De acordo com o a Constituição Federal, art. 5º, LXXI, “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Representa garantia instrumental.

O mandado de injunção por mais paradoxo que possa ser diante da sua finalidade, é o único remédio constitucional que não possui regulamentação legal. O STF entende que na falta de lei específica para regulamentá-lo, deve-se aplicar no que couber a Lei 1.533/51 do Mandado de Segurança, uma vez que são duas ações mandamentais.

Entretanto, esta aplicação nem sempre será possível. Por exemplo, o art. 7º da Lei 1.533/51 que dispõe sobre a possibilidade de concessão de liminar em mandado de segurança não se aplica ao mandado de injunção, isto é, não cabe pedido liminar em mandado de injunção.

O mandado de injunção define a hipótese de cabimento, mas não define o conteúdo da decisão. O texto constitucional prescreve quando caberá mandado de injunção, mas não dá uma definição para que serve o mandado de junção. (CARVALHO, 2003)

É o remédio constitucional, sob procedimento especial, dirigido à tutela de direito subjetivo constitucional, cujo exercício esteja impossibilitado pela ausência de norma regulamentadora. Assim, segundo Carvalho (2003), o legitimado para impetrar o mandado de junção será aquele titular de um direito e não pode exercê-lo pela ausência de norma regulamentadora. Nada obsta que sejam agregados a este titular constitucional, outros eventuais impetrantes.

Já o ocupante do polo passivo existem três teses. A primeira diz que no polo passivo deve constar quem está em mora na elaboração da norma. É a tese que o Supremo Tribunal Federal adota. Se a mora é do Congresso, é o Congresso. Se for do Presidente, é o Presidente. Observa-se que não é a entidade União, é o órgão que está em mora. (CARVALHO, 2003)

A segunda tese diz que, no polo passivo, deve figurar o devedor do direito constitucional subjacente porque o juiz iria desde já concretizar o direito, então, não seria possível uma ação judicial em que a parte afetada não participasse. Esta tese é sustentada por Moreira, pela maioria dos autores que defenderam a corrente concretista sobre o mandado de injunção. Como exemplo tem-se o mandado de injunção de alguém que quer exercer o direito de greve, em que o polo passivo é o empregador. (CARVALHO, 2003)

Também segundo Carvalho (2003) uma terceira tese é a tese mista, pois diz-se que há um litisconsórcio necessário, devendo figurar conjuntamente o devedor do direito e quem está em mora.

Há ainda outro debate sobre se o mandado de injunção seria somente para direito fundamental ou para outros direitos que também que estejam na Constituição, sobre o que manifesta o Supremo Tribunal Federal que o mandado de injunção é para qualquer direito constitucional.

O grande problema do mandado de injunção hoje está relacionado à democracia e à competência técnica, havendo dúvidas sobre até que ponto o judiciário tem legitimidade para fazer a norma e até que ponto consegue fazer a norma.

O judiciário não consegue e também não tem legitimidade para fazer norma criando política pública e é por isso que os direitos sociais são excluídos por alguns da esfera do mandado de injunção. Em uma democracia, há papéis que são do espaço público e não do judiciário. É por esse motivo que existe a figura do *amicus curiae*, nas ADPFs (Ação de descumprimento de preceito fundamental), nas ADIs (ação direta de inconstitucionalidade) e é por esse motivo que o Supremo pode consultar a população em relação a temas polêmicos. (BASTOS, 2000)

Então, esse debate se confunde com o debate sobre qual é o papel da jurisdição, até onde o judiciário pode ir. O judiciário não é a única instância de afirmação de direitos. A grande questão sobre mandado de injunção, para Carvalho (2003), fica no conteúdo da decisão de procedência. Julgado procedente o pedido em mandado de injunção, o órgão judicial poderia produzir a norma faltante ao caso concreto? Qual o conteúdo decisório de sentença procedente?

Há uma primeira teoria diz que a decisão de procedência do mandado de injunção tem o mesmo efeito que a decisão de procedência de uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ou seja, o efeito será o mesmo daquele previsto no art. 103, § 2º da CF/88. O órgão jurisdicional dará ciência ao órgão competente para produzir a norma ou no caso de omissão de órgão administrativo, este terá 30 dias para produzi-la.

Comenta Carvalho (2003) que esta teoria é criticada porque viola o princípio da efetividade da prestação jurisdicional, pois esvazia o conteúdo da ação. O que as partes pretendem não é que seja dada ciência ao Poder competente pela falta de uma norma elas ao impetrarem o Mandado de injunção pretendem mais que isso, esperam que seu direito seja tutelado ou não.

Para uma segunda teoria o mandado de injunção teria por escopo retirar o obstáculo para o exercício do direito. Este obstáculo é a falta de norma regulamentadora, assim, deveria aplicar diretamente a norma constitucional ao caso concreto.

No entendimento de Carvalho (2003), esta teoria apesar de ser melhor que a anterior, continua sofrendo muitas críticas, porque ela se fixa ao dogma de que o Poder Judiciário não pode produzir norma jurídica para aplicá-la ao caso concreto nos casos em que não exista norma para regulamentá-lo, e isto vai de encontro à tese que vigora no mundo inteiro de que o Poder Judiciário pode produzir norma jurídica individual e concreta para aplicá-la a um caso concreto. O que o Judiciário não pode é produzir norma jurídica genérica e abstrata.

Uma terceira teoria surgiu, dizendo que na decisão de procedência do mandado de injunção, o Judiciário pode produzir norma faltante, mas não pode aplicá-la no mesmo processo. Então, para ele, vão ser necessárias duas ações: uma ação que será o mandado de injunção onde o Judiciário produziria a norma, e haveria necessidade de uma segunda ação onde a parte pediria a aplicação da norma produzida na decisão de mandado de injunção.

Carvalho (2003) comenta que esta teoria representa uma evolução em relação às demais, uma vez que permite que o Judiciário produza a norma faltante. Entretanto, esta posição também teria o condão de violar o princípio da efetividade do processo, uma vez que ela não atende ao princípio da economia processual e celeridade.

A quarta e última teoria é a majoritária, onde o Poder Judiciário pode produzir a norma e aplicá-la em concreto. Assim, em uma ação de procedência de mandado de injunção o Judiciário poderá produzir a norma faltante e aplicá-la ao caso concreto de uma vez só na própria ação de mandado de injunção. Esta é a melhor posição, porque torna a ação efetiva e também a mais econômica, de vez que todos os procedimentos necessários passam a ocorrer no mesmo processo. (CARVALHO, 2003)

No contexto brasileiro, o mandado de injunção é um instrumento muito importante, um mecanismo processual de democracia participativa através do qual o cidadão, por intermédio do Judiciário, provoca o poder legislativo para pleitear a efetiva e célere garantia de seus direitos.

Segundo Lenza (2009, p. 738), o mandado de injunção é um instrumento que se apresenta como ideal para o “enfrentamento de patologia jurídica denominada por doutrinadores como síndrome da inefetividade das normas constitucionais”.

No entendimento de Piovesan (2003), a inexistência de norma regulamentadora de direito subjetivo constitucional impede seu exercício, devendo ser garantido ao titular, por intermédio do mandado de injunção, que essa norma seja editada. Ensina também que essa norma é representada por medidas que efetivem a norma constitucional, podendo ser leis complementares, leis ordinárias, decretos, regulamentos, resoluções, portarias, etc. O mandado de injunção, nesse sentido, representa instrumento capaz de atribuir real eficácia ao preceito constitucional.

No caso específico da Emenda em estudo, diante da omissão existente, ainda, direitos assegurados como despedida arbitrária, seguro desemprego, FGTS, adicional noturno, salário-família, creches e pré-escolas, seguro contra acidentes de trabalho, permanecem sem regulamentação.

Desta forma, a Emenda Constitucional nº 72/2013 não tem eficácia enquanto estende direitos sociais aos trabalhadores domésticos, sendo que estes permanecem não regulamentados, visto que a regulamentação normativa existente não pode ser aplicada às particularidades das funções e atividades dos empregados domésticos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo realizado, considerando a importância do reconhecimento dos direitos sociais dos empregados domésticos pela Emenda Constitucional nº 72/2013 e o fato desse reconhecimento contemplar o resgate de uma dívida histórica que a sociedade brasileira tem para com essa categoria, conclui inicialmente que há duas questões fundamentais a serem ressaltadas em relação a essa emenda.

A primeira questão diz respeito à consagração de direitos que, por omissão, a legislação brasileira até o momento não havia estendido a essa categoria de trabalhadores, que historicamente foi tratada como sub-categoria, cujas funções sempre foram essenciais para a manutenção do status das famílias brasileiras, mas que permaneceram vítimas do preconceito e da exploração ao longo de décadas.

Sobre essa questão, ressalta-se que o estudo demonstrou que não há dúvidas de que o trabalho doméstico, ao menos constitucionalmente, passou a ser contemplado sob a ótica da solidariedade social orgânica delineada por Durkheim. O reconhecimento do valor social do empregado doméstico como indivíduo, como trabalhador e como pessoa, busca atribuir garantias e direitos fundamentais que resgatem a sua dignidade e sua consciência individual, em favor de uma consciência coletiva de respeito e de reconhecimento do valor de sua contribuição para o desenvolvimento do todo social.

A segunda questão se refere à ausência de antecedentes legais e de regramento normativo posterior a essa Emenda e, portanto, à omissão, razão da arguição da inconstitucionalidade por omissão e justificativa maior para a impetração de mandado de injunção em relação a esse dispositivo.

Nesse sentido, é possível afirmar que no caso específico da Emenda Constitucional nº 72/2013, muitas questões fundamentais permaneceram suspensas, implícitas nos direitos garantidos aos trabalhadores domésticos, no seu reconhecimento como trabalhadores, como direito a intervalos para refeições e descanso, por exemplo, uma vez que inexistia legislação que especificamente normatize essas questões para os empregados domésticos.

Como categoria que historicamente foi relegada a segundo plano, como trabalhadores “invisíveis” por sua condição de serviços domésticos das famílias, por condições econômicas, raciais, de gênero, permaneceram até o ano de 2013 sem o respaldo da CLT, como se não fossem sujeitos de direitos, como se não fossem trabalhadores dignos do abrigo da legislação que se destina a proteger os direitos trabalhistas.

Ressalta-se também, conclusivamente, que os contratos de trabalho de empregados domésticos são diferenciados, em inúmeros aspectos, dos contratos de trabalho de outras categorias e as regras existentes necessitam ser adequadas, adaptadas à sua realidade.

A mudança de paradigmas será, portanto, um processo lento, mas que exige o imediato estabelecimento de parâmetros legislativos que deem conta dessas diferenças e da garantia dos direitos que a Emenda Constitucional nº 72/2013 estendeu aos trabalhadores domésticos.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**. 5 ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2001.

ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima (org.). **Lições de Direito Alternativo do Trabalho**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

BACELAR, Jefersom. **A hierarquia das raças: negros e brancos em Salvador**. Rio de Janeiro: Pallas 2008.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** 3 ed. Coimbra: Almedina, 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2011.

BERNADINO-COSTA, Joaze. **Sindicato das Trabalhadoras Domésticas no Brasil: teorias da descolonização e saberes subalternos**. Tese de doutorado. Brasília: UnB, 2007.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: UNISINOS, 2002.

BRUSCHINI, Cristina; COSTA, Albertina; HIRATA, Helena; SORJ, Bila;(org.). **Mercado de Trabalho e Gênero: comparações internacionais**. Rio de Janeiro: FGV, 2008.

CAPPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000 .

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do trabalho**. 4. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2010.

CATHARINO, José Martins. **Compêndio de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1982.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Transformações do Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2000.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Nova competência trabalhista para julgar ações oriundas das relações de trabalho. **Revista do TST**, Brasília, v. 71, n. 02, p. 241, mai./ 2005.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12 ed. São Paulo: LTr, 2013.

DIERCKXSEN, Wim. A transição para o pós-capitalismo: o socialismo do século XXI, **Revista Utopia e práxis latino-americana**, v. 12, n. 39, out./dez, 2007, p. 117-153.

- DURKHEIM, Emile. **A divisão social do trabalho**. 4 ed. Lisboa: Presença, 2009.
- FÜHRER, Maximilianus Roberto Ernesto. **Resumo de Direito do Trabalho**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GUIMARÃES, Antonio Sergio Alfredo. Democracia racial: o ideal, o pacto e o mito. **Novos Estudos**, n. 61, nov. 2001, p. 147-162.
- KOFES, Suely. **Mulheres, mulheres: Identidade, diferença e desigualdade na relação entre patroas e empregadas**. Campinas: UNICAMP, 2001.
- LEITE, José Carlos Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 6 ed. São Paulo: LTr, 2008.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do Trabalho Doméstico**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MELHADO, Reginaldo. Da dicotomia ao conceito aberto: novas competências da Justiça do Trabalho. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves (coord.). **Nova Competência da Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 323.
- MELO, Hildete Pereira de. O serviço doméstico remunerado no Brasil: de criadas a trabalhadoras. **Revista Brasileira de Estudos Populares**, n. 150, Brasília, 1998.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 38 ed. São Paulo: LTr, 2013.
- NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- NUNES, Jordão Horta; SANTOS, Neville Júlio de Vilasboas e; VILASBOAS, Jaqueline Pereira de. **Serviços Domésticos e Costura em Confecção: precarização, arranjos e políticas públicas**. Anais do VII Congresso Latino-Americano de Estudos do Trabalho. São Paulo: 2013.
- PINHO, Osmundo. O efeito do sexo: políticas de raça, gênero e miscigenação. **Cadernos Pagu**, n.23, p. 89-120, 2004.
- PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OIT: Brasil tem maior número de empregadas domésticas no mundo. **Estadão**. Disponível em <http://blogs.estadao.com.br/jamil-chade/2013/01/09/oit-brasil-tem-maior-numero-de-empregadas-domesticas-no-mundo/>. Acesso em 25 de março de 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. **Proteção judicial contra omissões legislativas**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RAMOS FILHO, Wilson. **Sindicalismo, práxis social e direito alternativo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

RODRIGUES, Marlene Teixeira. Política Social e Gênero: um diálogo necessário. **Politizando**, n. 15, a. 5, dez/2013. p. 4-5.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios do Direito do Trabalho**. 3 ed. São Paulo: LTr, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos fundamentais e suas características. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 8, n. 30, p. 155, jan./mar. 2000.

SAAD, Eduardo Gabriel. **Consolidação das Leis do Trabalho comentada**. São Paulo: LTr, 2004.

SANTOS, Aloysio. **Manual de Contrato de Trabalho Doméstico: direitos, deveres e garantias dos empregados e dos empregadores domésticos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SANTOS, André Leonardo Copetti. Os direitos humanos como fundamentos epistemológicos para reformas penais no estado Democrático de Direito. In: SANTOS, André Leonardo Copetti (org.). **Criminalidade Moderna e Reformas Penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCANDOLARA, Cláudio (coord.). **Direito do Trabalho em Prospecção**. Sapucaia do Sul/Porto Alegre: Notadez Informação/HS Editora, 2001.

SILVA, Otávio Pinto. **Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTR, 2004.

STUCKA, Petr Ivanovich. **Direito e Luta de Classes**. Tradução de Sílvia Donizete Chagas. São Paulo: Acadêmica, 1988.

TIMM, Luciano. A Responsabilidade Civil da Administração Pública entre o Modelo de Estado Liberal e o Estado Social: Quebra de Paradigma na Legislação e na Jurisprudência. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 29, n. 62, p. 43-44, jul./dez., 2005.

VALERIANO, Sebastião Saulo. **Trabalhador Doméstico**. São Paulo: LED, 1998.