

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 12/04/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/34918-os-novos-direitos-da-empregada-dom-stica>

Autore: Vólia Bomfim Cassar

Os novos direitos da empregada doméstica

OS NOVOS DIREITOS DA EMPREGADA DOMÉSTICA

Vólia Bomfim Cassar^{1[1]}

1 . INTRODUÇÃO

Em abril de 2013, foi promulgada a Emenda Constitucional que alterou o parágrafo único, do artigo 7º, da Constituição, e estendeu aos domésticos novos direitos, antes só garantidos aos urbanos (CLT) e rurais. Entre os novos direitos estão: jornada de 8hs diárias, limitadas a 44 semanais; hora extra com acréscimo de 50% e, ainda dependendo de regulamentação, por expressa determinação do legislador: adicional noturno, FGTS +40%, seguro acidente.

Abaixo a nova redação do artigo 7º, da CRFB:

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

Portanto, por expressa determinação do texto constitucional, os incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, dependem de lei. Isto quer dizer que: a proteção contra a despedida arbitrária (I); o seguro desemprego (II); o FGTS (III); a remuneração do trabalho noturno superior ao diurno; ; o salário família (XII); a assistência gratuita aos filhos até 5 anos (XXV) e o seguro contra o acidente de trabalho (XXVIII).

São aplicáveis imediatamente ao doméstico, dos novos direitos trazidos pela Emenda Constitucional: garantia de salário mínimo para os que ganham remuneração variável (VII); proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa (X); jornada de 8 horas e 44 semanais (XIII); horas extras + 50% (XVI); redução dos riscos inerentes ao trabalho (XXII); reconhecimento das convenções e acordos coletivos (XXVI); proibição de discriminações (incisos XXX e XXXI); e proibição do trabalho do menor de 16 anos (XXXIII).

^{1[1]} Vólia Bomfim Cassar é juíza do trabalho, mestre e doutora em Direito, pós-graduada em direito do trabalho e processo do trabalho, coordenadora do curso de direito da Unigranrio, professora e autora dos livros: Direito do Trabalho e Resumo do Direito do Trabalho.

Os novos direitos acima destacados, além daqueles anteriormente concedidos, devem ser analisados sob a ótica constitucional. O art. 5º, § 1º, da CRFB, determina que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. Os direitos contidos no art. 7º, da CRFB, são direitos fundamentais, logo, aplicáveis imediatamente, isto quer dizer que a maioria dos novos direitos estendidos aos domésticos não dependem de regulamentação e DEVEM ser aplicados IMEDIATAMENTE.

Portanto, é dever do intérprete afastar todas as dificuldades para dar efetividade aos direitos constitucionalmente reconhecidos aos domésticos, já conhecidos pelos outros trabalhadores, mas, pela primeira vez, destinados também aos domésticos. Logo, devem ser utilizadas as regras da CLT para dar eficácia a tais direitos até que a lei especial o faça de forma diversa. A exceção está naqueles direitos que o próprio legislador constitucional determinou que dependiam de lei especial, como foi o caso do adicional noturno, FGTS, seguro desemprego, salário-família e seguro acidente.

O art. 7º, parágrafo único, da CRFB, garante ao doméstico, por exemplo, o aviso prévio, o RSR, o salário mínimo, e, desde abril de 2013, as horas extras e normas coletivas, além de outros.

Todavia, o conceito de aviso prévio; as hipóteses de cabimento; a faculdade de convertê-lo, ou não, em pecúnia e de quanto; sua integração ou não ao tempo de serviço; assim como a data máxima de pagamento do salário (até o 5º dia do mês subsequente); também devemos aplicar as regras da CLT para as horas extras e noturnas.

Logo, aplicável a regra que limita a 2 horas/dia o labor extra, inclusive para fins de compensação de jornada, assim como, para tais fins, a necessidade de acordo individual escrito (Súmula nº 338, do TST) e a desnecessidade de adoção de controle de jornada para os patrões que possuem, por residência, menos de 10 empregados (art. 74, §2º, da CLT). Isto quer dizer que o Capítulo “Da Duração do Trabalho”, na parte compatível, é aplicável ao empregado doméstico.

Abaixo comentaremos apenas alguns dos novos direitos do doméstico.

2. CONCEITO E DIREITOS

2.1. CONCEITO

(a) **Doméstico** é a pessoa física que trabalha de forma pessoal, subordinada, (b) **continuada** e mediante salário, para outra (c) **pessoa física ou família** que (d) **não**

explore atividade lucrativa, (e) no **âmbito residencial** desta, conforme art. 1º, da Lei nº 5.859/72.

a) Doméstico

a.1. Enquadramento Legal

O enquadramento legal (CLT, rural, doméstico ou estatutário) de um trabalhador não deve ser analisado pela atividade que exerce e sim **para quem** trabalha. Assim, se uma empregada exerce a função de cozinheira, este fato por si só não a enquadra em nenhuma das leis mencionadas, pois será necessário que se pesquise quem é seu empregador. Se o seu **empregador** for uma pessoa física que **não explore a atividade lucrativa**, será doméstica; se o seu empregador for um restaurante, um hotel ou uma loja comercial, será urbana; se seu empregador for rural, será rural.

É preciso lembrar que para ser doméstico basta trabalhar para empregador doméstico, independentemente da atividade que o empregado doméstico exerça, isto é, tanto faz se o trabalho é intelectual, manual ou especializado.

Portanto, a função do doméstico pode ser de faxineira, cozinheira, motorista, piloto de avião, médico, professor, acompanhante, garçom do iate particular, segurança particular, caseiro, enfermeira etc. O essencial é que o prestador do serviço trabalhe para uma pessoa física que não explore a mão de obra do doméstico com intuito de lucro, mesmo que os serviços não se limitem ao âmbito residencial do empregador.

Desta forma, o médico que trabalha todos os dias durante meses na casa de um paciente para acompanhá-lo é doméstico. O piloto do avião particular do rico executivo é doméstico. A enfermeira da idosa que executava seu serviço em sistema de trabalho de 12 horas por 24 horas de descanso, durante anos, em sua residência, ou em forma particular em hospital, acompanhando a patroa, é doméstica.

Percebe-se, dos exemplos acima, que o doméstico não é só a cozinheira, a babá, a faxineira, o motorista, a governanta, o vigia, o jardineiro, o mordomo, a copeira e a lavadeira, mas também podem ser domésticos: o professor, a enfermeira, o piloto, o marinheiro do barco particular etc.

Assim também entende a doutrina,^{2[2]-3[3]} e a jurisprudência majoritária. Em posição isolada, Magano^{4[4]} advoga pelo não enquadramento como doméstico quando os serviços não forem “próprios da vida do lar”.

Logo, o serviço pode ser manual ou intelectual, especializado ou não especializado. Assim, poderão se enquadrar como trabalhadores domésticos, motoristas particulares, professores particulares, secretárias particulares, enfermeiras particulares, desde que presentes os elementos caracterizadores da estrutura da relação empregatícia doméstica. Convém destacar o comentário de Orlando Gomes:^{5[5]}

A natureza da função do empregado é imprestável para definir a qualidade de doméstico. Um cozinheiro pode servir tanto a uma residência particular como a uma casa de pasto. Um professor pode ensinar num estabelecimento público ou privado ou no âmbito residencial da família. Portanto, a natureza intelectual ou manual da atividade não exclui a qualidade do doméstico.

b) Continuidade

A lei do doméstico (Lei nº 5.859/72, art. 1º) preferiu a expressão “natureza contínua” no lugar da utilizada pela CLT (art. 3º) “natureza não eventual”. Tal diferenciação fez surgir duas interpretações.

A primeira corrente entende que é irrelevante a diferença e que os critérios para apreciação do trabalho contínuo são os mesmos para o trabalho não eventual da CLT, isto é, o que importa é a necessidade permanente da mão de obra do doméstico, que é demonstrada pela **repetição** de seu trabalho durante todo o contrato, mesmo que exercida uma só vez por semana, por quinzena ou mês, mas durante muitos meses ou anos. Alguns autores chamam esta corrente de **teoria da (des)continuidade**. Para os defensores^{6[6]-7[7]} desta tese, seria doméstico tanto o empregado que trabalha de segunda a sexta, durante seis anos para uma família, como aquele que trabalha apenas às segundas-feiras para a mesma família, durante estes mesmos seis anos.

DOMÉSTICA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO PELO PERÍODO ANTERIOR AO REGISTRO. SERVIÇO DE NATUREZA CONTÍNUA E SERVIÇO DIÁRIO. DISTINÇÃO. Descontinuidade não se confunde com intermitência para os efeitos de incidência da legislação trabalhista. A referência a serviços de natureza contínua, adotada pelo legislador ao esculpir o art. 1º da Lei nº 5.859, de 11 de dezembro

2^[2] BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 310.

3^[3] GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 101.

4^[4] MAGANO, Otávio Bueno. *Op. cit.*, p. 123.

5^[5] GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Op. cit.*, p. 101.

6^[6] MAGANO, Otávio Bueno, *op. cit.*, p. 125.

7^[7] MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 135.

de 1972, diz respeito à projeção da relação no tempo, ou seja, ao caráter continuado do acordo de vontades (tácito ou expresso), que lhe confere feição de permanência, em contraponto à ideia de eventualidade, que traz em si acepção oposta, de esporadicidade, do que é fortuito, episódico, ocasional, com manifesta carga de álea incompatível com o perfil do vínculo de emprego. Desse modo, enquanto elemento tipificador do contrato de emprego, a continuidade a que alude a legislação que regula o trabalho doméstico não pressupõe ativação diária ou ininterrupta e muito menos afasta a possibilidade de que em se tratando de prestação descontínua (não diária), mas sendo contínua a relação, torne-se possível o reconhecimento do vínculo empregatício. Vale dizer que mesmo se realizando a prestação laboral em dias alternados (não sequenciais), porém certos, sem qualquer álea, de acordo com o pactuado entre as partes, é de se reconhecer o vínculo pelo período anterior ao registro, de empregada doméstica que prestou serviços três vezes por semana, por quase uma década, em residência familiar, mormente em vista da circunstância de que o próprio empregador veio a anotar-lhe a CTPS no terceiro ano trabalhado, sem fazer prova de que a partir daí teria havido qualquer 5.859/72. Ac. 1º da Lei nº 11343/2006 mudanças nos misteres. Inteligência do art. 20050677254. Proc. 01336.2003.025.02.00.6. 4ª T. SP, Rel. Ricardo Artur Costa e Trigueiros, julgado em 27/09/2005, publicado em 07/10/2005.

Outra corrente entende que foi proposital a distinção, porque o conceito de trabalho não eventual previsto na CLT (art. 3º, da CLT) relaciona-se com a atividade empresarial, com seus fins e necessidades de funcionamento e o empregador doméstico não explora atividade econômica lucrativa, pois não é empresa. Neste sentido, o trabalho “contínuo” relaciona-se com o seu conceito linguístico, isto é, vincula-se com o tempo, a repetição, com o trabalho sucessivo, seguido, **sem interrupção**, como conceitua o Dicionário Aurélio. Segundo a doutrina⁸[8]-⁹[9]-¹⁰[10]-¹¹[11]-¹²[12]-¹³[13] e a jurisprudência majoritária, a repetição

8^[8] Godinho defende que o trabalho desenvolvido uma ou duas vezes por semana, quinzena ou mês enseja uma relação eventual, logo, não pode ser considerado empregado doméstico e sim diarista. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 360.

9^[9] Alice Monteiro de Barros, adotando o modelo contido na legislação argentina, defende que o trabalho doméstico deve se dar por mais de quatro dias na semana, por mais de quatro horas por dia, por um período não inferior a um mês para ser considerado empregado. Se assim não ocorrer será trabalhador doméstico eventual – diarista, sem vínculo de emprego. BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 324.

10^[10] Carrion não se refere ao número de dias da semana necessários para caracterizar o vínculo de emprego doméstico. Menciona simplesmente que “o diarista intermitente (...) não está, em princípio protegido pela lei dos domésticos, mesmo que compareça certo dia na semana, (...).” Esta afirmação nos leva a crer que um dia por semana não é suficiente para a relação de emprego doméstico. CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 28. ed. Atualizado por Eduardo Carrion, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 44.

11^[11] Evaristo aponta como critérios diferenciadores por diarista sem vínculo o empregado doméstico: “não é considerado empregado doméstico o prestador de serviços a várias famílias, sob a forma de diarista ou de avulso. Esses são considerados autônomos, por conta própria, para todos os efeitos, quer trabalhistas, quer previdenciários.” MORAES FILHO, Evaristo; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 268.

12^[12] Prunes menciona que os domésticos que trabalham um ou mais dias na semana, mas não em todos os dias da semana, não podem ser considerados empregados e sim diaristas sem vínculo de emprego. PRUNES, José Luiz Ferreira. *Contrato de Trabalho Doméstico e Trabalho a Domicílio*. Curitiba: Juruá, 1995, p. 72.

13^[13] A Súmula 19 do TRT da 1ª Região dispõe que: “TRABALHADOR DOMÉSTICO. DIARISTA. PRESTAÇÃO LABORAL DESCONTÍNUA. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. A prestação laboral doméstica realizada até três vezes por semana não enseja configuração do vínculo empregatício,

dos trabalhos domésticos deve ser analisada por semana, desprezando o tempo de duração do contrato, de forma que o trabalhador doméstico execute seus serviços três ou mais dias na semana, por mais de quatro horas por dia, por período não inferior a 30 dias. Se trabalhar todos os dias, mas por apenas 1 hora, como é o caso do *personal trainer*, da manicure, do professor particular etc., não será empregado doméstico e sim diarista doméstico sem vínculo de emprego. Há posicionamentos divergentes para menos e para mais, isto é, há quem entenda que a quantidade de dias da semana deve ser, ora maior ora menor.

O TST¹⁴[14] já apreciou questão similar no RR 17.179/01.006.09.40.7, negando o vínculo de emprego doméstico para a diarista que alegava trabalho três vezes por semana na casa da família, sob o argumento de que, além de comprovado o trabalho em apenas dois dias semanais, recebia pagamento por semana e prestava serviços para outras famílias do mesmo condomínio. Decisões mais recentes (RR-2300-89.2002.5.01.0040) negam vínculo de emprego para trabalho por 4 dias da semana.

Há ainda aqueles¹⁵[15] que diferenciam o trabalho eventual do intermitente, para concluir que o trabalho executado por dois ou mais dias na semana, durante o contrato, configura o vínculo de emprego doméstico por intermitente e não eventual.

Resumindo: A doutrina e a jurisprudência majoritárias adotaram o princípio de que o trabalho prestado num só dia da semana para tomador doméstico, como, por exemplo, a faxineira, a passadeira, a congeleira etc., não gera vínculo de emprego, por não contínuo o serviço prestado. Para três ou mais dias de trabalho na semana, por várias semanas, a jurisprudência consagrou como trabalho contínuo, logo, acarreta o vínculo.

RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO - CARACTERIZAÇÃO. A teor do art. 1º da Lei nº 5.859/72, constitui elemento indispensável à configuração do vínculo de emprego doméstico, a continuidade na prestação dos serviços. Assim, sendo incontroverso que a reclamante somente trabalhava duas vezes por semana para a reclamada, não há como reconhecer o vínculo empregatício. Ademais, esta Corte, já vem decidindo que no caso de diarista doméstica, que labore apenas uma ou duas vezes por semana em residência, não se vislumbra o vínculo de emprego, mas apenas prestação de serviços. Recurso de revista conhecido e desprovido. (RR - 239400-41.2006.5.09.0005 Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2ª Turma, DEJT 25/03/2011).

RECURSO DE REVISTA. DOMÉSTICO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. EXIGÊNCIA DE CONTINUIDADE NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. O reconhecimento do vínculo empregatício com

por ausente o requisito da continuidade previsto no art. 1º da Lei 5.859/72.”

14^[14]Todavia, há uma decisão contrária do TST em que foi mantida a decisão do Regional que reconheceu o vínculo doméstico para empregada que prestou serviços apenas um dia por semana – RR-18756/2003-002-09-00.0.

15^[15]Süsskind afirma que “é empregado doméstico o motorista contratado para conduzir o automóvel da família às terças e sextas-feiras, no horário das 09:00 às 17:00 horas. Da mesma forma, a lavadeira que se obriga a cumprir jornada de trabalho na residência do contratante, duas vezes por semana”. SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 151.

o empregado doméstico está condicionado à continuidade na prestação dos serviços, o que não se aplica quando o trabalho é realizado durante alguns dias da semana. No caso, inicialmente, durante longo período, a reclamante laborava duas vezes por semana para o reclamado, passando, posteriormente, a quatro vezes. Assim, não há como reconhecer o vínculo de emprego postulado, porque, na hipótese, está configurada a prestação de serviços por trabalhadora diarista. Recurso de revista de que não se conhece. (RR - 184500-88.2006.5.24.0006, Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, 7ª Turma, DEJT 17/06/2011).

"RECURSO DE REVISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. DIARISTA. Empregado doméstico é a pessoa física que presta, com pessoalidade, onerosidade e subordinadamente, serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, em função do âmbito residencial destas. Evidenciando-se o labor por somente um dia na semana, configura-se o caráter descontínuo da prestação de trabalho, fora, portanto, do pressuposto específico da Lei n.º 5859/72. Recurso de Revista conhecido e provido. (RR - 338300-46.2008.5.09.0892, Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 4ª Turma, DEJT 10/06/2011).

RECURSO DE REVISTA - DIARISTA - RELAÇÃO DE EMPREGO DOMÉSTICO NÃO CONFIGURADO. A prestação de serviços em residência durante três ou quatro vezes por semana, porque não contínua, é insuficiente para configurar relação de emprego doméstico, nos moldes preconizados na Lei n.º 5.859/72. Recurso de revista conhecido e provido." (RR-2300-89.2002.5.01.0040, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 1.ª Turma, DEJT 18/6/2010.)

"(...) 2. DIARISTA. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE EMPREGO DOMÉSTICO. AUSÊNCIA DE CONTINUIDADE. Para a caracterização do empregado, regido pela CLT, exige-se a prestação de serviços 'de natureza não eventual' (CLT, art. 3.º): embora o trabalhador venha a não laborar por todos os dias da semana, sua condição não estará desnaturada, quando as atividades de seu empregador admitirem tal comportamento e assim se houver pactuado. Já a Lei n.º 5.859/72 exige que o empregado doméstico preste serviços de 'natureza contínua', no âmbito residencial da família, o que equivale a, em princípio, trabalho em todos os dias da semana, com ressalva do descanso semanal remunerado (Constituição Federal, art. 7.º, inciso XV e parágrafo único). Não se pode menosprezar a diferença do tratamento dado pelo legislador a cada qual. São situações distintas, em que os serviços do trabalhador doméstico corresponderão às necessidades permanentes da família e do bom funcionamento da residência. As atividades desenvolvidas em alguns dias da semana, com vinculação a outras residências, apontam para a definição do trabalhador autônomo, identificado como diarista. Os autos não revelam a intenção das partes de celebrar contrato de trabalho doméstico, para prestação de serviços de forma descontínua, o que, embora possível, não se pode presumir, diante da expressa dicção legal e da interpretação que se lhe deve dar. O aplicador do direito não pode, sem respaldo na Lei, transfigurar relacionamento jurídico eleito pelas partes, dando-lhe, quando já produzidos todos os efeitos esperados, diversa roupagem. Haveria, aí, o risco inaceitável de se provocar instabilidade social e jurídica. Recurso de revista conhecido e provido." (RR-85940-64.2008.5.03.0091, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3.ª Turma, DEJT 21/5/2010.)

"(...) VÍNCULO DE EMPREGO - CARACTERIZAÇÃO. A teor do art. 1.º da Lei n.º 5.859/72, constitui elemento indispensável à configuração do vínculo de emprego doméstico, a continuidade na prestação dos serviços. Assim, sendo incontroverso que a Reclamante somente trabalhava duas vezes por semana para a Reclamada, não há como reconhecer-lhe o vínculo empregatício. Ademais, esta Corte, já vem decidindo que no caso de diarista doméstica, que labore apenas uma ou duas vezes por semana em residência, não se vislumbra o vínculo de emprego, mas apenas prestação de

serviços, que, inclusive, seria paga após o dia de trabalho. Recurso de revista não conhecido." (RR-149500-77.2004.5.01.0025, Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, 2.^a Turma, DEJT 8/10/2010.)

"TRABALHO PRESTADO NO ÂMBITO DOMÉSTICO. DIARISTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TRÊS VEZES NA SEMANA. AUSÊNCIA DE VÍNCULO DE EMPREGO. A diarista, que presta serviços em dias alternados em casa de família, não tem vínculo empregatício como doméstica, em face do não preenchimento dos requisitos necessários à caracterização da relação de emprego. Recurso de revista conhecido e desprovido." (RR-58100-60.2005.5.01.0020, Relator Ministro: Roberto Pessoa, 2.^a Turma, DEJT 10/9/2010.)

Filiamo-nos à corrente que defende que trabalho contínuo é aquele desenvolvido três ou mais dias na semana, por mais de quatro horas a cada dia, por período não inferior a 30 dias. Todavia, é possível, excepcionalmente, acolher como empregado doméstico aquele que trabalha apenas dois dias, mas fica à disposição as 48 horas destes dias,¹⁶[16] como, por exemplo, no caso das enfermeiras particulares ou seguranças particulares. Só o caso concreto poderá demonstrar o trabalho contínuo.

c) Pessoa Física ou Família

c.1. Pessoa Física

Não pode a **pessoa jurídica** ser a tomadora do serviço doméstico. Portanto, não são considerados domésticos os empregados em atividades assistenciais, benfeiteiros, comerciais (lavadeira de hotel ou pensão), industriais (cozinheira da fábrica). Também não pode um **profissional liberal** ser o tomador do serviço doméstico, quando tomar os serviços do trabalhador para sua atividade econômica (faxineira do escritório de um advogado, engenheiro, médico etc.). Mesmo os **entes jurídicos especiais, sem personalidade formal**, não podem contratar empregados como domésticos, como é o caso da massa falida e do condomínio.

c.2. Família

Quando o serviço é prestado para a família, o real empregador do doméstico é esta. Todavia, como a família não tem personalidade jurídica, a responsabilidade pela assinatura da CTPS ficará a cargo de um dos membros que a compõem. Sendo assim, todos os membros capazes da família, que tomam os serviços do doméstico, são empregadores.

O conceito de família deve ser entendido como reunião **espontânea** de pessoas para habitação em conjunto, mesmo que não haja vínculo de parentesco entre elas. Desta forma, é possível equiparar ao conceito de família, para fins de caracterização do

16^[16]Na verdade, o trabalho executado em dois plantões de 24 horas pelo doméstico, equivaleria, proporcionalmente, ao trabalho desenvolvido por 8 horas em três dias por semana. Apesar do doméstico não ter direito à jornada, o parâmetro razoável do que é dia é aquele contido no art. 58 da CLT. Não seria crível a comparação de um doméstico que trabalha duas horas por dia, com aquele que trabalha 24 horas deste mesmo dia.

empregador doméstico, amigos que coabitam numa mesma casa, casal homossexual, famílias irregulares¹⁷[17] etc. Comunidades maiores¹⁸[18] (colégios, albergues, conventos) devem ser descartadas, por perderem a semelhança com a família e por não importarem em reunião espontânea do grupo.

Se o **casal**, com dois filhos menores, contrata uma doméstica, é certo afirmar que ambos são empregadores e, por isso, **solidariamente responsáveis** por este contrato, mesmo que apenas um deles trabalhe para sustentar o grupo, arcando, por isso, com os salários da doméstica. Da mesma forma, quando três amigas coabitam, uma paga a doméstica, a outra as despesas da casa e a terceira contas extras. Apesar de apenas uma arcar diretamente com os salários da doméstica, todas são igualmente empregadoras, já que todas tomam os serviços domésticos e pela equivalência com a família.

Todos os membros maiores e capazes da família são coempregadores domésticos e respondem solidariamente pelos encargos trabalhistas, mesmo aqueles que não trabalham. Se, por exemplo, um filho casa e vai morar com sua esposa em outro imóvel e a doméstica da casa da mãe é por ela cedida, dois dias por semana, para trabalho na casa do filho, permanecendo os três outros dias da semana na residência dos pais para o labor doméstico, mas ainda remunerada pelos pais pelos cinco dias da semana, conclui-se que a família foi alargada, passando a ser também empregadora a esposa do filho. Isto porque o local da prestação de serviços (imóvel) domésticos não descaracteriza o vínculo, desde que o empregado seja pago e comandado pela mesma unidade familiar. De forma diversa, se o filho passasse a tomar os serviços da mesma doméstica, por três dias da semana, pagando do seu próprio bolso e dando ordens, o vínculo se formaria com ele (isto é, com o novo casal), salvo ajuste de consórcio de empregador doméstico efetuado entre ele e seus pais.

Demandado em juízo apenas um cônjuge ou amigo, o outro poderá representar o réu demandado como corresponsável, sem necessidade de carta de preposição, por também ser considerado empregador. Ocorrendo separação do casal (ou das amigas), o cônjuge que se afastar e, por isso, não mais receber os serviços da doméstica, deixa de ser responsável por aquele contrato. Caso a Carteira tenha sido por ele assinada, basta uma anotação (no local destinado para as observações gerais) de que o responsável exclusivo pelo contrato

17^[17]No mesmo sentido MAGANO, Otávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho. Direito Individual do Trabalho*ed. São Paulo: LTr, 1992, v. 2, p.□. 3. 120.

18^[18]Em sentido contrário Magano, que defende que o trabalho doméstico deve ser prestado “em uma casa de habitação”, isto é, no lugar onde seu empregador viva ou habite, sozinho ou em companhia de pessoas, independente se muitas ou poucas. Conclui afirmando que é doméstico aquele que trabalha para comunidades religiosas, em conventos ou locais semelhantes. *Ibidem*, p. 121.

permanece apenas o outro, a partir daquele momento. Não deve ser procedida a baixa, nem anotado outro contrato, pois o pacto permanece o mesmo, de forma única, apenas com responsáveis diferentes.

d) Atividade de Natureza Não Lucrativa

Sob a ótica do tomador dos serviços e não do seu prestador, o trabalho exercido não pode ter objetivos e resultados comerciais ou industriais, restringindo-se tão somente ao interesse do tomador ou sua família. Logo, o patrão não pode realizar negócios com o resultado do trabalho do empregado. A energia de trabalho despendida pelo empregado doméstico não pode ter como finalidade o lucro do patrão.

Dessa maneira, quando na residência há um pensionato ou sistema de fornecimento de alimentos, tanto a faxineira quanto a cozinheira deixam de ser domésticas para serem empregadas comuns (urbanas).

Todavia, a matéria não é pacífica como parece.

A controvérsia se origina da comparação do texto contido no art. 7º, a, da CLT, com o conceito de doméstico contido no art. 1º, da Lei nº 5.859/72, isto porque a CLT se refere à **atividade não econômica** e a lei do doméstico à **atividade não lucrativa**. Deve-se, portanto, analisar se o art. 7º, a, da CLT, foi revogado pela lei do doméstico, já que esta última repete o conceito de forma diversa, ou, se o legislador de 1972, ao conceituar doméstico, cometeu apenas um lapso, vigorando, até hoje, a alínea a, do art. 7º, da CLT.

A resposta é de extrema importância, pois atividade econômica é toda movimentação de bens e serviços,¹⁹[19] enquanto atividade lucrativa²⁰[20] é toda movimentação de bens e serviços organizados com fins lucrativos.

Ex. 1: Empregado que cuida do canil e dos 200 cães do patrão, dando treinamento, remédio, comida, banho, levando para passear etc., tudo para fins de exposições e competições, sem intuito de lucro, pois quando vencedor, o prêmio é doado. Neste caso o empregado é doméstico ou urbano?

Ex. 2: Empregada que cozinha e prepara 100 quentinhos para a patroa doméstica doar para um orfanato ou um asilo, praticando, portanto, atividade econômica, mas não lucrativa. É doméstica?

19^[19]As associações benéficas, as entidades filantrópicas, as cooperativas, a maioria das universidades, dentre outras, são exemplos de atividades econômicas, sem fins lucrativos.

20^[20]As indústrias, as sociedades comerciais, bancos etc., são exemplos de atividades econômicas com fins lucrativos.

Como dito, a matéria suscita controvérsias.

Para a primeira corrente, prevalece o disposto na alínea a, do art. 7º, da CLT, logo, qualquer atividade econômica, mesmo que sem fins lucrativos, descharacteriza a atividade doméstica. Nos exemplos acima, o trabalhador seria urbano, tendo direito à aplicação da CLT. Neste sentido, Amauri Mascaro,²¹[21] Martins Catharino,²²[22] Délia Maranhão,²³[23] João Lima Teixeira,²⁴[24] José Augusto Rodrigues Pinto,²⁵[25] Russomano²⁶[26] e aparentemente Godinho.²⁷[27]

A segunda corrente se posiciona no sentido de que o empregador doméstico não pode explorar atividade lucrativa, mas pode usar a mão de obra de seu empregado para atividades econômicas não lucrativas, prevalecendo o conceito da Lei nº 5.859/72. Adotamos esta corrente. Neste sentido também Süsskind,²⁸[28] Alice Monteiro,²⁹[29] Carrion³⁰[30] e Sérgio Pinto Martins.³¹[31]

Da mesma forma Magano³²[32] e Orlando Gomes,³³[33] que acrescentam que “trata-se de atividade de mero consumo, não produtiva”. Assim também a jurisprudência majoritária:

EMPREGADO DOMÉSTICO. FINS LUCRATIVOS. DESCARACTERIZAÇÃO. Nos termos da Lei nº 5.859/72, considera-se empregado doméstico aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destes. Assim, comprovados os fins lucrativos na utilização da propriedade em que os serviços eram prestados, resta descharacterizada a relação doméstica, sendo o obreiro empregado celetista. TRT/RJ – Processo nº: 00301.2000.511.01.00.0 – Rel. Designado: Juiz Antônio Carlos Areal. DJ/RJ 11/04/2003.

21^[21]NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Iniciação ao Direito do Trabalho*. 27. ed. São Paulo: LTr, 2001, p. 270.

22^[22]CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1983.

23^[23]MARANHÃO, Délia; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. *Direito do Trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora da FGV , 1993, p. 78.

24^[24]SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délia; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. *Instituições de Direito do Trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003, v. 1, p. 179.

25^[25]PINTO, José Augusto Rodrigues. *Curso de Direito Individual do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 113.

26^[26]RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Direito do Trabalho*. 7. ed. Curitiba: Juruá, 1999, p. 285.

27^[27]DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 341.

28^[28]SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Constitucional do Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 152.

29^[29]BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2005, p. 310

30^[30]CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 28. ed., atualizado por Eduardo Carrion, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45.

31^[31]MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo, 2001, p. 133.

32^[32]MAGANO, Otávio Bueno. *Manual de Direito do Trabalho*. Direito Individual do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 1992, v. 2, p. 124.

33^[33]GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 104.

Assim sendo, para estes últimos, é doméstico aquele que executa suas tarefas para pessoa física, de forma contínua, para, por exemplo, atender a entrega de cem quentinhos por dia para uma instituição de caridade; ou aquele trabalhador que prepara diariamente inúmeras refeições para os cães de competição não lucrativa do canil que o empregador possui, enquanto para os primeiros, estes não são domésticos e sim empregados regidos pela CLT.

e) Âmbito Residencial

Há um equívoco na redação contida no art. 1º, da Lei nº 5.859.72, quando se refere ao trabalho executado **no** âmbito residencial do empregador doméstico, pois o trabalho pode ser exclusivamente externo e ser caracterizado como doméstico, como ocorre com o motorista, segurança, o piloto, a acompanhante etc. Melhor teria sido a expressão “**para**” o âmbito residencial, isto é, é doméstico quem executa serviços para a família, para o âmbito residencial, para o consumo da pessoa física, e não para terceiros.

Sob outro ponto de vista, é importante salientar que o doméstico pode executar seus serviços tanto na unidade familiar principal do patrão, como em residências mais distantes, como a casa de praia, casa de campo etc. Isto porque o deslocamento para fora da residência principal, no exercício das funções domésticas, não descaracteriza a relação (motorista em viagens).

SERVIÇOS DOMÉSTICOS. CARACTERIZAÇÃO – Para ser caracterizado como “doméstico” o serviço não precisa ser prestado, necessariamente, na residência do empregador. O que importa é que a atividade desempenhada esteja voltada para o âmbito familiar, não gerando, pois, lucro ao empregador. Ac. 20050560772. Proc. Ro 02774.1998.009.02.00.4. 3ª T. SP. Rel. Mércia Tomazinho, julgado em 23/08/2005, publicado em 06/09/2005.

2.2. DIREITOS

Alguns dos direitos do doméstico estão no parágrafo único art. 7º, da CRFB, outros na Lei nº 5.859/72.

O art. 7º, parágrafo único, da CRFB, concedeu aos domésticos:

- relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória (**depende de regulamentação**);
- seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário (**depende de regulamentação**);
- fundo de garantia do tempo de serviço (**depende de regulamentação**);
- salário mínimo;

- irreduzibilidade salarial;
- décimo terceiro salário;
- remuneração do trabalho noturno superior à do diurno (**depende de regulamentação**);
- proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
- salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei (**depende de regulamentação legal**);
- duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
- repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
- remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinqüenta por cento à do normal;
- gozo de férias anuais com acréscimo de um terço;
- licença à gestante de 120 dias, sem prejuízo do emprego e dos salários;
- licença-paternidade;
- proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
- aviso prévio;
- redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
- integração à Previdência Social.
- assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas (**depende de regulamentação**);
- reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;
- seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa (**depende de regulamentação por lei**);
- proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;
- proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

- proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

4. ESTUDOS DE ALGUNS DOS NOVOS DIREITOS

4.1 DA DURAÇÃO DO TRABALHO

A partir de abril de 2013, por força da EC de abril de 13, todos os empregados domésticos passaram a ter direito à jornada de 8 horas por dia, limitadas a 44 horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva e às horas extras, acrescidas de 50%. Também foi estendido a estes trabalhadores o adicional noturno, mas este direito ainda depende de regulamentação, pois o legislador constitucional foi expresso neste sentido..

Como já dito acima, o art. 5º, § 1º, da CRFB, determina que “*as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. Os direitos contidos no art. 7º da CRFB são direitos fundamentais, logo, aplicáveis imediatamente, isto quer dizer que a maioria dos novos direitos estendidos aos domésticos não dependem de regulamentação e DEVEM ser aplicados IMEDIATAMENTE, salvo aqueles que o próprio legislador excepcionou, como o FGTS, seguro desemprego, adicional noturno, salário família e seguro acidente.

Assim, devem ser utilizadas as regras da CLT para dar eficácia aos novos direitos direitos criados incondicionalmente, até que a lei especial o faça de forma diversa.

Defendemos a aplicação, na parte compatível, do Capítulo II, da CLT, que trata da “Duração do Trabalho”, ao doméstico. Neste Capítulo, entre outros, temos as seguintes previsões e regras: os descontos salariais por atraso ou limite para considerar trabalho extra (art. 58, parágrafo 1º); as horas *in itinere* (art. 58, parágrafo 2º, da CLT); o contrato por tempo parcial (art. 58-A, da CLT); as limitações para o trabalho extraordinário (art 59, *caput*) e as regras para o acordo de compensação (art. 59, parágrafo 2º); os excluídos (art. 62), a forma de cálculo do salário e das horas extras (art. 64); o intervalo intrajornada e interjornada (arts. 66, 71 e seguintes); as regras para adoção de controle da jornada do empregado (art. 74). Não são aplicáveis as regras do trabalho noturno e respectivo adicional (art. 72), pois dependem de regulamentação especial.

Como mera consequência legal, também é aplicável aos domésticos, depois da EC, o artigo 4º, da CLT, que considera tempo de efetivo trabalho aquele que o empregado permanece aguardando ordens (ou não) à disposição do patrão, assim como,

analogicamente o artigo 244, da CLT. Esta última regra, deve ser interpretada de acordo com a Súmula nº 428, do TST

É desnecessária a adoção de controle de jornada para os patrões que possuem, por residência, menos de 10 empregados, na forma do art. 74, §2º, da CLT.

A jornada de 8 horas diárias, concedida aos domésticos, necessariamente deverá ser permeada do intervalo intrajornada para repouso e alimentação (art. 71, da CLT), assim como do intervalo entre dois dias de trabalho (art. 66, da CLT). Estes intervalos são consequências naturais da duração do trabalho e constituem em norma de higiene, medicina e segurança do trabalho.

É bom lembrar que não poderá o patrão reduzir o salário, ou considerar, a partir da EC, as horas extras já embutidas no salário, o que é ilegal, ou pré-contratar as horas extras desde a admissão (Súmula nº 199, do TST). Os empregadores que desejarem, apesar de desnecessário e burocrático, adotar o controle de ponto, devem lembrar que eles não podem ser britânicos (Súmula nº 338, do TST), não podem conter rasuras e serão desconsiderados ou consideradas as variações de horário superiores a 5 minutos (art. 58, §1º, da CLT). Devem constar dos controles de ponto a pré-assinalação do intervalo intrajornada.

Entendemos que é inaplicável o acordo de compensação por “banco de horas” variável ao doméstico, já que este só pode ser efetuado por norma coletiva (Súmula nº 85, V, do TST) e esta (normas coletivas), apesar de ter sido estendida a estes trabalhadores, ainda não foi regulamentada ou praticada de fato pelos respectivos sindicatos. Por enquanto, acordo de compensação de jornada deve ser feito por escrito, entre empregado e empregador e será inválido quando o empregado fizer mais de duas horas extras por dia (as destinadas a futura compensação – art. 59, *caput*, CLT) ou quando houver trabalho habitual extra no dia destinado ao descanso compensatório (Súmula nº 85, do TST).

O intervalo intrajornada de 15 minutos deve ser concedido para todo trabalho superior a 4 horas diárias e limitado a 6 horas (art. 71, da CLT). Para os que trabalharem mais de 6 horas, o intervalo será de, no mínimo 1, no máximo, 2 horas, e poderá ser prorrogado, mediante acordo escrito entre as partes (art. 71, *caput*, da CLT). Inaplicável a redução do intervalo mínimo de uma hora, pois a regra do parágrafo 3º, do artigo 71, da CLT, depende de autorização do Ministério do Trabalho e inspeção prévia da autoridade competente, logo, inaplicável, por ora, aos domésticos.

4.2 . DAS NORMAS COLETIVAS E DEMAIS DIREITOS COLETIVOS

Até a Emenda Constitucional de abril de 13, o sindicato dos trabalhadores domésticos não tinha legitimação sindical, portanto, não podia cobrar contribuição sindical, não podia efetuar negociação coletiva, acordo ou convenção coletiva, assim como não podia deflagrar greve. O sindicato dos domésticos equiparava-se a uma associação. Por isso, não podia homologar rescisões.

Isto se explicava porque não existia o necessário paralelismo sindical, pois não existia sindicato dos empregadores domésticos. Ademais, as regras da CLT, este tópico, não se aplicava, até então, aos domésticos – art. 7º, a, da CLT, por isso, não se aplicava ao doméstico o art. 511, da CLT.

Como o sindicato não tinha legitimação sindical, nem os poderes e prerrogativas sindicais, não havia norma coletiva, não havia piso normativo, não era compulsória para empregado e empregador a contribuição sindical etc.

Entretanto, a EC concedeu aos domésticos o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”. Para efetivar tal direito, é necessário ANTES legitimar os sindicatos das duas categorias – empregados e empregadores - (hoje verdadeiras associações, apesar do nome “sindicato”), através do seu registro no Ministério do Trabalho, requisito que investe o sindicato nos poderes coletivos (art. 519, da CLT). A partir daí, todas as regras compatíveis contidas nos artigos 511 e seguintes, da CLT serão aplicáveis aos domésticos, inclusive a necessidade de homologar as rescisões contratuais e pedidos de demissão de empregados com mais de um ano de serviço; o dever do patrão de pagar a sua contribuições sindical e de descontar e repassar as devidas por seus empregados (arts. 578 e 580); o dever das partes de negociar coletivamente quando provocadas pela outra (art. 616); devem respeitar e cumprir as normas coletivas que lhes forem aplicáveis (art. 611); respeitar o enquadramento sindical do empregado, que futuramente poderá pertencer a uma categoria sindical diferenciada; garantir a estabilidade do dirigente sindical (art. 543, parágrafo 3º, da CLT) etc.
