

A CONVENÇÃO N. 189 DA OIT E A AMPLIAÇÃO DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES DOMÉSTICOS NO BRASIL

THE CONVENTION 189 OF OIT AND THE EXTENSION OF DOMESTIC WORKERS' RIGHTS IN BRAZIL

Clemilton da Silva Barros*

Resumo: A Constituição Federal de 1988, art. 7º, parágrafo único, elenca os direitos mínimos dos trabalhadores domésticos. A discussão em torno da ampliação de tais direitos ganhou força com a recente aprovação da Convenção n. 189 Organização Internacional do Trabalho (OIT), que igualou os domésticos aos empregados comuns. A questão é saber se o legislador ordinário poderá estender aos domésticos os direitos discriminados nos incisos do art. 7º da Constituição, ou se isso somente poderá ser procedido mediante a reforma da Constituição, considerando-se a disposição do parágrafo único, que especifica quais daqueles direitos são devidos aos domésticos.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Reforma à Constituição. Trabalhadores domésticos.

Abstract: The Federal Constitution of 1988, art. 7º, only paragraph, lists the domestic workers' minimum rights. The discussion about the expansion of such rights got power with the new approval of Convention 189 – OIT, which equaled the domestic workers to the common employees. The question is know if the ordinary legislator can extend to the domestic workers the rights discriminated on items of art. 7 from Constitution, or if this can just be carried through reform of the Constitution, considering the disposal of the only paragraph, that specifies which rights are owed to the domestic workers.

Keywords: Constitutional Law. Reform the Constitution. Domestic workers.

* Mestre em Direito e Políticas Públicas; Pós-graduado em Direito Processual Civil, em Direito do Trabalho e em Direito Processual do Trabalho; Professor da Universidade Estadual do Piauí – Campus Clóvis Moura (Rua Des. Berilo Monta, S/N, Dirceu Arco-verde I, CEP 64078-213, Teresina-PI); clemilton.uespi@gmail.com

Introdução

Nos últimos tempos, mormente nesses primeiros anos do novo milênio, tem havido muito debate em todos os ciclos e instâncias da sociedade brasileira e mundial, especialmente nos âmbitos político e jurídico, envolvendo o tratamento diferenciado dos trabalhadores domésticos, quando comparados às demais espécies de trabalhadores, tratamento este que alcança tanto os direitos eminentemente trabalhistas quanto os de natureza previdenciária.

Poucas soluções, porém, foram efetivamente aplicadas no sentido de estabelecer a inclusão social dos trabalhadores domésticos, algumas se mostrando de caráter meramente dissimulatório, como é o caso da Lei n. 10.208, de 23 de março de 2001, que acrescentou dispositivos à Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972, para facultar à categoria dos empregados domésticos o acesso ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e ao seguro-desemprego.

Os questionamentos agora ganham força em face da aprovação da Convenção n. 189, pela Organização Internacional do Trabalho (OIT)¹, que equipara os trabalhadores domésticos aos demais trabalhadores, apressando-se, tanto o Poder Executivo Federal quanto o próprio Congresso Nacional, em fornecer uma resposta à sociedade brasileira, com a criação de instrumentos normativos capazes de estabelecer a isonomia em termos de proteção social.

Ocorre que, considerando o fato de o *caput* do art. 7º da Constituição Federal fazer referência aos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, tratando dos domésticos apenas no seu parágrafo único, para estender a estes alguns dos direitos relacionados nos incisos do referido art. 7º, a questão é saber se o legislador ordinário poderia ampliar a proteção dos domésticos com aqueles direitos descritos nos incisos do art. 7º, ou tal ampliação necessitaria de Emenda Constitucional. Tal questionamento, aliás, constitui o núcleo do estudo que ora se busca empreender.

Importa, de antemão, observar que as referências a “trabalhadores” urbanos e rurais, feita pelo *caput* do art. 7º, e a “trabalhadores domésticos”, constante do parágrafo único deste encontram-se em desarmonia

¹ Trata-se a OIT de uma agência multilateral ligada à Organização das Nações Unidas (ONU), especializada na promoção da justiça social, sobretudo em relação às questões do trabalho. Foi criada em 1919 pela Conferência de Paz após a Primeira Guerra Mundial, convertendo-se a sua Constituição na Parte XIII do Tratado de Versalhes. Tem representação paritária de governos dos 182 Estados-Membros e de organizações de empregadores e de trabalhadores. Cada Estado-Membro está representado por dois delegados do Governo, um dos empregados e um dos empregadores, os quais podem votar de forma independente, na defesa de seus interesses. Está sediada em Genebra, Suíça, tendo uma rede de escritórios em todos os continentes.

com a técnica jurídica adotada tanto no Direito do Trabalho quanto no Direito Previdenciário.

“Trabalhador” (sem adjetivação) é tratado pelo Direito do Trabalho como gênero, do qual são espécies o empregado comum, o empregado doméstico, o trabalhador avulso, etc. O “trabalhador” ali utilizado, portanto, remete a qualquer pessoa que presta serviço, e não propriamente àquele que trabalha sob subordinação jurídica. No Direito Previdenciário, o termo “trabalhador” indica que se trata de contribuinte/segurado obrigatório da Previdência Social, via de regra, na qualidade de contribuinte individual, a menos que haja uma qualificação, quando então integrará um grupo específico de contribuinte/segurado.

A rigor, teria sido mais técnico o constituinte se tivesse utilizado a expressão “empregados” urbanos e rurais e “empregados domésticos”, espécies do gênero trabalhador, uma vez que os direitos catalogados no destacado art. 7º da Constituição são típicos daqueles que exercem suas atividades profissionais mediante contrato de trabalho.

A propósito, empregado doméstico, nos termos do art. 1º da Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972, é “[...] aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas.” Desse modo, no presente estudo, o termo “trabalhador” será utilizado sempre com o significado de empregado, seja urbano e rural, seja doméstico.

1 A proteção social dos trabalhadores domésticos no ordenamento jurídico brasileiro

A proteção social dos trabalhadores no Brasil é algo que flui do ordenamento jurídico pátrio como meta prioritária, inclusive traduzindo a própria razão de existência do Estado Brasileiro. Esta proteção figurou inconfundível, pelo menos sob um patamar mínimo, nas diversas Constituições que essa “Terra de Vera Cruz” já adotou ao longo da sua breve história, constando explicitamente de diversos dispositivos da Carta atual, e de forma implícita em todo o seu conteúdo.²

Entretanto, nem todas as categorias de trabalhadores estiveram sempre protegidas com essas mínimas garantias sociais, a exemplo dos domésticos, os quais, expressamente excluídos do âmbito protetivo da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (art. 7º, “a”), foram mantidos em

² Bastos e Martins (2004, p. 543) [...] registram que “de certa forma, no Brasil, sempre houve a preocupação em proporcionar algum tipo de proteção ao empregado doméstico, desde o Código Civil de 1916, embora nossos textos constitucionais não fizessem qualquer referência ao assunto até a promulgação da Constituição vigente.”

“constrangedor limbo jurídico” por longo período, sem direito, sequer, a salário mínimo e reconhecimento previdenciário do seu tempo de serviço.

Somente com a Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972, conhecida como “Leis dos Domésticos”, os trabalhadores domésticos passariam a ser contemplados com um mínimo de cidadania jurídica, então lhes sendo garantidos três direitos:

- a) Férias anuais remuneradas de 20 dias úteis, após cada 12 meses de trabalho;
- b) anotação da CTPS;
- c) participação como contribuinte/segurado obrigatório da Previdência Social.

Até 5 de outubro de 1988, a categoria foi mantida à margem do sistema protetivo, em termos de proteção social, permanecendo praticamente apenas com os poucos direitos deferidos pela mencionada Lei n. 5.859/72.

A Nova Carta, conquanto tenha ampliado significativamente os direitos de todas as categorias de trabalhadores, estabeleceu tratamento diferenciado entre os domésticos e os demais trabalhadores, conforme se constata do teor do art. 7º e do seu parágrafo único, *in verbis*:

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

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.

Note-se que o *caput* do art. 7º destaca expressamente os “trabalhadores urbanos e rurais” como os titulares dos direitos elencados nos seus 34 incisos. Nada obstará que um simples exercício hermenêutico ali incluísse os trabalhadores domésticos, sabendo-se que estes tanto podem estar no meio urbano quanto no meio rural. Todavia, foi a própria Constituição quem obistou tal possibilidade, ao especificar, no parágrafo, os direitos a serem estendidos aos domésticos:

- a) O salário mínimo (inciso IV);
- b) a irredutibilidade salarial (inciso VI);
- c) o décimo terceiro salário (inciso VIII);
- d) o repouso semanal remunerado (inciso XV);
- e) as férias acrescidas de terço (inciso XVII);
- f) a licença-maternidade de 120 dias e licença-paternidade (incisos XVIII e XIX);

- g) o aviso prévio (inciso XXI);
- h) a aposentadoria (inciso XXIV);
- i) a integração à Previdência Social (parte final do parágrafo único).

Tendo-se em mente a disposição da parte final do *caput* do art. 7º, além dos direitos supracitados, também fazem jus os domésticos, como os demais trabalhadores, a outros direitos “que visem à melhoria de sua condição social”.

2 Ampliação dos direitos mínimos dos domésticos

Figurando inconfundíveis, como se disse, as mais diversas garantias trabalhistas e previdenciárias aos trabalhadores comuns, a sua extensão aos trabalhadores domésticos não se trata apenas de uma questão de justiça social, mas de dignidade e cidadania. Configura, acima de tudo, um compromisso inafastável da sociedade brasileira, consagrado no Texto Constitucional a partir do seu artigo inaugural, o qual proclama, entre os “fundamentos” da República Federativa do Brasil, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Tal compromisso se apresenta ainda mais explícito no art. 3º da Carta de Outubro, no qual são relacionados os “objetivos fundamentais” do Estado Brasileiro, entre os quais se destacam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Estes fundamentos e objetivos fundamentais traçados pela Constituição de 1988 não são exclusividades do Estado Brasileiro. Trata-se de uma tendência vivida, sobretudo, por todo o mundo ocidental, que não tem poupado esforços em buscar a efetivação dos direitos humanos e fundamentais.

Nessa linha de ideais, dos quais comungam muitos povos, importa destacar o recente feito da OIT, na sua 100ª Conferência Internacional do Trabalho, realizada entre 1º e 18 de junho de 2011, em Genebra, na Suíça, aprovando a 189ª Convenção e a sua 201ª Recomendação,³ prevendo a in-

³ Importa destacar a distinção entre “Convenção” e “Recomendação” da OIT. A primeira possui caráter normativo (força de Lei) e constitui tratado de caráter unilateral, que é elaborada por diversos países, com a participação tripartite e com a possibilidade de adesão do Estado-Membro a qualquer tempo. No Brasil, os tratados e convenções internacionais, via de regra, têm características de Lei Ordinária, salvo aqueles de Direitos Humanos, que serão equivalentes à Emenda Constitucional, se aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, conforme estabelece o parágrafo terceiro, do art. 5º, da CF, incluído pela EC n. 45/2004. A “Recomendação”, por sua vez, não gera direitos e obrigações,

serção dos trabalhadores domésticos no âmbito de proteção social garantida aos demais trabalhadores, estando ali o Brasil devidamente representado, pondo-se favorável ao destacado pleito internacional, sem qualquer ressalva.

Agora, na condição de país membro daquela Organização Internacional, o Brasil, mais do que nunca, precisa modificar o cenário de tratamento diferenciado dos trabalhadores domésticos. Resta saber, porém, se para fazer valer a mencionada Convenção da OIT basta a sua simples ratificação pelo Governo brasileiro⁴ ou se será necessário alterar a Constituição Federal.

Em outras palavras, o estabelecimento da igualdade entre os trabalhadores domésticos e os trabalhadores comuns, quanto aos direitos descritos nos incisos do art. 7º, da CF, poderá ser feito mediante atuação do legislador infraconstitucional ou terá necessariamente que passar pelo crivo do constituinte reformador, alterando-se ou excluindo-se o parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal?

3 A dimensão normativa do art. 7º da Constituição de 1988

Consoante já assinalado, a Constituição de 1988, no seu art. 7º, trouxe expressamente um rol de direitos aos trabalhadores urbanos e rurais, dos quais, apenas alguns foram estendidos aos domésticos. Nessa linha, a Constituição estabeleceu apenas as garantias mínimas aos trabalhadores urbanos e rurais, restringindo estas em relação à categoria dos trabalhadores domésticos, nos termos do parágrafo único do mencionado art. 7º.

Na verdade, em se tratando de ampliação dos direitos dos domésticos, deve-se ter em mente que o *caput* do art. 7º estabelece dois blocos de direitos a serem considerados:

- a) Aqueles capitulados nos incisos do art. 7º, que expressam o catálogo de direitos integrantes da proteção mínima dos trabalhadores;
- b) outros direitos que “visem à melhoria de sua condição social”, conforme prevê a parte final do *caput* do art. 7º.

tratando-se apenas de fontes materiais, que servem como diretriz para apontar o procedimento mais correto a ser seguido.

⁴ A ratificação segue o mesmo procedimento adotado para uma Lei Ordinária, nos termos dos artigos, 84, VIII, 102, III, “b” e 105, III, “a”, da Constituição Federal. Alerta-se, porém, para o fato de que o § 3º do art. 5º, da CF/88, incluído pela EC n. 45/2004, prevê que “[...] os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Evidentemente que a hipótese da letra “b”, relativamente a outros direitos que visem à melhoria da condição social do trabalhador, encontra-se fora da proteção mínima já estabelecida nos incisos do art. 7º, tanto em relação aos trabalhadores comuns, urbanos e rurais, quanto aos domésticos.

Com efeito, mediante a prescrição do *caput* do art. 7º, a própria Constituição explicitou a possibilidade de ampliação do rol de direitos que ela especifica nos incisos daquele dispositivo, alargando-se a proteção mínima de todos os trabalhadores, inclusive dos domésticos. Contudo, ao utilizar a expressão “outros”, obviamente a Carta ressaltou desta ampliação aqueles direitos já explicitamente relacionados nos incisos do art. 7º.

Vale dizer, no que se refere aos domésticos, esses “outros” direitos envolvem duas hipóteses: Ampliação do rol descrito no parágrafo único com outros direitos previstos nos incisos do art. 7º; e, Incorporação de novos direitos ao catálogo protetivo dos domésticos, os quais não se encontram inscritos nos incisos do art. 7º.

No estudo ora empreendido, partir-se-á da presunção de que inexistente controvérsia quanto à efetivação, pelo legislador ordinário, da ampliação referida na segunda hipótese. A questão, porém, está centrada na extensão, aos domésticos, daqueles direitos elencados nos incisos do art. 7º, os quais ainda não constam do rol do parágrafo único do art. 7º, restando saber se tais direitos podem ser ampliados pelo legislador infraconstitucional ou somente mediante emenda à Constituição.

Efetivamente, da forma específica como está sendo colocada, a matéria concentra-se no âmbito dos procedimentos legislativos, tratando-se, portanto, de questionamento cuja provocação dificilmente alcançaria a via jurisdicional. Por isso não ser comum se encontrarem manifestações na doutrina e na jurisprudência sobre o tema. De todo modo, a sua análise pode ser pensada sob duas correntes: *uma que interpreta de forma extensiva os direitos dos domésticos*, admitindo a ampliação dos direitos inscritos nos incisos do art. 7º da CF/88, àquela categoria, pelo legislador infraconstitucional; e outra de *caráter restritivo*, que condiciona a referida ampliação à atuação do reformador da Constituição.

3.1 Corrente hermenêutica extensiva

É possível identificar na doutrina trabalhista uma tendência no sentido de se admitir que o legislador infraconstitucional possa estender direitos que integram as garantias mínimas dos trabalhadores urbanos e rurais aos domésticos, mediante uma interpretação extensiva do parágrafo único do art. 7º da CF/88.

Esta tendência é nitidamente movida pela boa vontade de alguns especialistas favoráveis a uma proteção mais ampla daqueles que mais necessitam, fundada, sobretudo, na *dignidade da pessoa humana*, no *princípio da isonomia* e no *princípio da norma mais favorável*, este último inerente ao Direito do Trabalho, dotado de força normativa, o qual estaria previsto no próprio *caput* do art. 7º da CF, assim, nada impedindo que a lei infraconstitucional possa ampliar o rol de direitos dos domésticos, como “forma de melhora de sua condição social.” (GARCIA, 2007).

Aliás, há quem defenda tal possibilidade sob o argumento de que o texto constitucional não teria estabelecido qualquer proibição, cabendo perfeitamente ao legislador infraconstitucional estabelecer a referida ampliação, como já ocorreu em relação ao FGTS (SARAIWA, 2005). Para essa corrente, a enumeração do parágrafo único do art. 7º da CF não seria taxativa (*numerus clausus*), mas exemplificativa, pois não está escrito no referido dispositivo da Lei Maior que os direitos dos domésticos “são apenas”, ou “somente”, ou “exclusivamente” aqueles previstos em alguns dos incisos do art. 7º, “permitindo que a lei ordinária estabeleça outros direitos.” (MARTINS, 2006, p. 55-56).

3.2 Corrente hermenêutica restritiva

São diversos os registros doutrinários que negam interpretação extensiva no sentido de se permitir ao legislador infraconstitucional estender aos domésticos as parcelas negadas pela Lei Maior, defendendo, pois, que o constituinte excluiu alguns direitos da proteção mínima dos domésticos mediante exposição *numerus clausus*, dependendo a alteração desse rol taxativo de Emenda Constitucional. Veja-se, por exemplo, o manifesto de Franco Filho (1998, p. 24 e ss.):

Com a Constituição de 05 de outubro de 1988, foi dado tratamento especial ao empregado doméstico, ao inserir um parágrafo único ao art. 7º, elencando expressa e taxativamente os direitos desse tipo de trabalhador [...] Essa enumeração, que não é exemplificativa, mas taxativa e exaustiva, impede que outros direitos sejam extensíveis aos domésticos, salvo se alterado aquele preceito fundamental.⁵

Para essa corrente, a preocupação do constituinte foi conferir ao trabalhador doméstico alguns direitos trabalhistas outrora previstos apenas na legislação infraconstitucional. E ao se referir e englobar tal categoria de trabalhadores em seu contexto, a Constituição o fez “expressa e to-

⁵ Para Franco Filho (1998, p. 24 e ss.), não apenas aqueles direitos que se encontram inscritos nos incisos do art. 7º da CF/88, mas qualquer novo direito a ser conferido aos domésticos terá que passar por alteração na Constituição Federal.

picamente”, descabendo “[...] produzir-se interpretação extensiva onde a Constituição conferiu tratamento restrito e excetivo”. São as exatas palavras de Delgado (2011, p. 378):

A própria legislação doméstica seria um retrato dessa dinâmica jurídica diferenciada: não obstante o empregado doméstico seja tão empregado quanto qualquer outro existente no mercado de trabalho, a lei nega a ele inúmeros direitos jus trabalhistas, sem que se considere factível produzir-se interpretação extensiva favorável quanto às parcelas negadas (ilustrativamente, jornada de trabalho, FGTS etc.) [...]

Aduz a posição hermenêutica hoje dominante que no instante em que a Carta de 1988 pretendeu se referir e englobar em suas normas categorias domésticas, fê-lo expressa e topicamente (parágrafo único do art. 7º, CF/88). Assim, descaberia produzir-se interpretação extensiva onde a Constituição conferiu tratamento restrito e excetivo.

No âmbito da doutrina constitucional também é possível encontrar quem encampe esse pensamento, a exemplo Bulos (2007, p. 463), o qual, em análise ao destacado parágrafo único do art. 7º, assim escreve:

Esse preceito é novo na ordem jurídica constitucional brasileira, não encontrando similar nas Constituições passadas. Evidente que a enumeração é taxativa. Não há que se falar noutros direitos, ou benefícios, além desses que foram previstos. Nem mesmo o legislador poderá, mediante providência legislativa ulterior, ampliar o catálogo de preceito em tela, muito menos o Poder Judiciário através de ato imperativo. Qualquer alargamento da mensagem prescrita aí gizada será inconstitucional.

A corrente restritiva trabalha, pois, com a ideia de que o constituinte de 1988 concedeu aos domésticos aquilo que entendeu ser possível conceder, tratando, assim, de forma especial a categoria no intento de lhe preservar, considerando, nesse contexto, diversos aspectos atinentes à atividade e à própria categoria profissional. O reconhecimento de um maior número de direitos aos trabalhadores domésticos oneraria demasiadamente o empregador, e como consequências, entre outras, viria a redução da oferta de empregos, bem como o aumento da informalidade. Tudo isso seria algo por demais danoso tanto para a própria categoria profissional quanto para o Estado.

Aliás, há quem veja obstáculo não apenas em relação ao legislador infraconstitucional, mas até mesmo para o constituinte reformador, quanto à ampliação do leque dos direitos previstos no art. 7º, e não apenas em relação aos domésticos, mas a todos os trabalhadores. Nesse sentido, pede-se vênua para novamente transcrever a lição de Bulos (2008, p. 629):

Os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 7º), do mesmo modo que os direitos sociais (art. 6º), seguem o

sistema de enumeração taxativa (*numerus clausus*). Do contrário, abriríamos uma gama infindável de direitos, estimulando o casuísmo.

Também é inconveniente aumentar, via emenda constitucional, o leque de direitos do art. 7º, alargando, mais ainda, o que já é, notadamente, amplo.

A consagração de direitos, “sem menção expressa aos deveres”, ainda quando estes se encontrem, logicamente, implícitos, fomenta crises institucionais, acarretando desemprego, fome, marginalidade e miséria, ainda mais em países como o Brasil, de escassa formação política e educacional. Acionar o poder reformador, em tal hipótese, afigura-se medida evadida de imprudência e demagogia, porque o catálogo de direitos trabalhistas da Carta Maior já se apresenta sobremodo farto. Não convém, pois, ser ampliado via emenda à Constituição.

Importa, porém, destacar que, nesse particular aspecto da discussão, o entendimento do STF aponta para um sentido contrário, constando expressamente do voto do Relator, no julgamento da ADI n. 639 “[...] que o rol de garantias do art. 7º da Constituição não exaure a proteção aos direitos sociais.” (BRASIL, 2005).

Voltando ao centro da questão, importa observar que o argumento de agressão ao princípio da isonomia é rechaçado pelos defensores da interpretação restritiva, fundamentando estes que os domésticos, enquanto categoria profissional, não estão no mesmo pé de igualdade dos empregados comuns, considerando-se os diversos elementos e paradigmas que se inserem no contexto das variadas atividades profissionais, devendo a matéria ser avaliada em face das peculiaridades de cada grupo e da natureza das coisas.

Também não estariam em prejuízo a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho, previstas no art. 1º, incisos III e IV, da Carta, porquanto a “dignidade” se encontra sedimentada no mínimo ao qual a Constituição se propõe garantir, mínimo este consolidado no parágrafo único do art. 7º, o qual também expressa inegavelmente a valorização, dentro do possível, da atividade profissional a que faz referência aquele dispositivo.

4 Tese acolhida no presente estudo

Feitas as considerações já expostas nos itens antecedentes, importa reiterar que os direitos capitulados nos incisos do art. 7º compõem a mínima proteção admissível pelo ordenamento jurídico pátrio aos trabalhadores em geral (urbanos e rurais). Esta proteção mínima, contudo, em relação aos domésticos, ocupa patamar inferior, constituindo-se de apenas alguns daqueles direitos assegurados aos demais trabalhadores.

Não se pode olvidar que essa distinção entre os trabalhadores comuns e os domésticos não é obra do legislador ordinário, mas do próprio

constituente de 1988, pautada certamente na convicção de que não deveria, ou não poderia, o ordenamento jurídico conferir garantia extensa à destacada categoria profissional. É dizer, em uma analogia: não se poder querer calçar um pé de número 40 com um sapato de número 38. Ou o sapato restará danificado ou o pé ficará desconfortável.

Uma leitura a *contrário sensu* do parágrafo único do art. 7º indica que o Constituinte, movido, talvez, por razões vinculadas a circunstâncias socioeconômicas que distinguem o empreendimento empresarial da atividade exercida no âmbito familiar, e até para enfatizar a liberdade do mercado de trabalho e o princípio da livre iniciativa, intencionalmente afastou os demais direitos constantes dos incisos do art. 7º da proteção mínima dos domésticos.

Por outro lado, é também inegável que o referido parágrafo único não dispôs apenas sobre direitos dos trabalhadores domésticos, mas também sobre direitos de seus empregadores. Pelo menos em tese, os direitos constantes dos incisos do art. 7º, que não foram incluídos no parágrafo único, são verdadeiros direitos dos empregadores domésticos.

Diante dessas considerações, é forçoso concluir-se que a extensão, aos domésticos, de qualquer dos demais direitos elencados nos incisos do art. 7º da CF, apenas poderá ser feita mediante alteração da Constituição, sob pena de violação aos limites nela estabelecidos. Isso, aliás, já está sendo providenciado pelo Poder Legislativo, que faz às vezes, de Constituinte Reformador, ali tramitando diversos Projetos de Emenda à Constituição, tendo por objeto a alteração ou exclusão do parágrafo único do art. 7º, da CF, a exemplo da PEC n. 478/2010.⁶

A extensão do FGTS aos domésticos, pela Medida Provisória n. 1.986, de 13 de dezembro de 1999, convertida na Lei n. 10.208/01, não pode ser utilizada como fundamento hábil a autorizar a extensão dos direitos mínimos dos empregados comuns aos empregados domésticos.⁷ De fato, o referido direito, que consta do inciso III do art. 7º, não foi inscrito entre os direitos dos domésticos, porém, foi a estes estendido pelo legislador ordinário. Ocorre que esta extensão não tem caráter cogente, tratando-se de mera faculdade do empregador doméstico conceder ou não o FGTS, ou seja, não agride a seara jurídica do empregador doméstico, eis que não lhe obriga.

Vale dizer, a Lei em nada alterou a proteção mínima já garantida, cuja principal característica é a sua natureza impositiva, à medida que não impôs um dever jurídico ao empregador, limitando-se a estabelecer uma

⁶ A destacada PEC revoga o parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal, para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os empregados domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=473496>>. Acesso em: 6 abr. 2012.

⁷ Argumento utilizado pela corrente extensiva para defender a ampliação dos demais direitos dos incisos do art. 7º da CF/88 aos domésticos.

faculdade que, na verdade, já reinava no campo da liberdade contratual, da livre iniciativa e do direito potestativo do empregador. Em outro giro, se tivesse a mencionada Lei estabelecido uma regra impositiva, e não uma mera faculdade, certamente estaria em confronto com a Constituição.⁸ E mesmo o fato de se tornar obrigatório o FGTS, com a adesão do empregador, isso não desnatura a sua facultatividade. Tornar-se-á obrigatório tal direito por força do princípio da inalterabilidade das cláusulas contratuais e não necessariamente porque o legislador o quis.

Efetivamente, considerando-se que as normas constitucionais ocupam o topo do ordenamento jurídico, não parece razoável se admitir que o legislador infraconstitucional possa incluir ou excluir qualquer daqueles direitos, seja em relação aos próprios incisos do art. 7º seja em relação ao seu parágrafo único. Isso, porque foi o próprio constituinte que tomou para si a responsabilidade de concedê-los ou não aos domésticos, inclusive, tendo o cuidado e o zelo de nominar tais direitos, um a um, nos incisos do art. 7º.

Se assim é, a extensão de qualquer dos direitos ali especificados aos domésticos pelo legislador infraconstitucional equivaleria à alteração do parágrafo único do art. 7º, da CF, o que somente poderá ser feito pelo reformador da Constituição, nos termos do seu art. 60.

Admitir-se que o legislador ordinário possa estender algum dos direitos descritos nos incisos do art. 7º da CF aos trabalhadores domésticos, implica não apenas a negativa de que as normas constitucionais se situam no topo do ordenamento jurídico, mas também a recusa em absoluto da sua rigidez, uma das principais características do constitucionalismo brasileiro, que certamente se traduz na maior garantia de que a soberania da Constituição será preservada, mediante a imposição de que qualquer alteração no seu texto somente poderá ser levada a efeito por Emenda Constitucional, que exige um processo legislativo mais elaborado, consensual e solene do que o processo comum exigido para todas as demais espécies normativas legais.

A Constituição, ao contemplar direitos, via de regra, elenca apenas o mínimo, deixando para o legislador ordinário o mister de atribuir novos direitos. Diante dessa realidade, soa estranho admitir-se que a Constituição proibiu a concessão ou a ampliação de direitos, sobretudo nesses tempos de propagação dos direitos, e sob a máxima de não se poder interpretar dis-

⁸ Nessa linha de raciocínio, importa trazer a lume os comentários de Saad (2006, p. 58) em relação à Lei Complementar n. 103/00: “A nosso ver, é inconstitucional o dispositivo da Lei Complementar n. 103, de que estendeu o piso salarial ao empregado doméstico.” O parágrafo único do art. 7º não prevê semelhante extensão. A referida LC assim dispõe: “Art. 1º Os Estados e o Distrito Federal ficam autorizados a instituir, mediante lei de iniciativa do Poder Executivo, o piso salarial de que trata o inciso V do art. 7º da Constituição Federal para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho.”

positivos que compõem o Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos Sociais, em desfavor do beneficiário. Entretanto, não há nenhum impedimento de ordem jurídica nesse sentido.⁹

Ao contrário disso, são diversas as hipóteses explícitas de limitação de direitos existentes no Texto Constitucional, a exemplo do direito de propriedade,¹⁰ do direito do servidor público permanecer no exercício do cargo público após os 70 anos de idade (CF, art. 40, II), que também tem reflexos diretos sobre o direito de prestar concurso público; direito à livre manifestação de pensamento (CF, art. 5º, IV);¹¹ direito de liberdade de expressão religiosa (CF, art. 5º, VIII);¹² direito à reunião (CF, art. 5º, XVI),¹³ etc.

Com efeito, em relação aos trabalhadores, a própria Constituição faz distinção explícita entre algumas classes, excepcionalmente, trazendo um elenco de direitos de forma não exemplificativa, mas exaustiva. Na linha de pensamento de Franco Filho (1998, p. 26), isso não ocorre apenas com os domésticos, mas também com os servidores públicos civis (art. 39, § 3º)¹⁴ e com os servidores públicos militares da União (art. 142, *caput* e § 3º, inciso VIII), cujos direitos, igualmente aos domésticos, não poderão ser ampliados pelo legislador infraconstitucional.

Efetivamente, todos os direitos implícitos ou explicitamente previstos, regra geral, são relativos. Quando a relativização ou limitação do direito vem expressamente prevista no Texto Constitucional, isso não há de gerar qualquer dificuldade para o intérprete, uma vez que a explicitude ou taxatividade constitucional supera qualquer dúvida hermenêutica. Esse é exatamente o caso do parágrafo único do art. 7º.

⁹ A doutrina é uníssona em admitir restrições aos direitos. Para Alexy (1997, p. 276-286), existem as restrições impostas diretamente pela própria Constituição (de forma explícitas ou implícitas) e as restrições de forma indireta, efetivando-se por Lei. Não é diferente a exposição de Canotilho (1999, p. 1142-1143), que se refere a limites ou restrições constitucionais imediatos; limites ou restrições estabelecidos por lei; e, limites iminentes ou constitucionais não escritos.

¹⁰ A Constituição Federal restringe o sagrado direito de propriedade mediante a desapropriação por necessidade ou utilidade públicas e interesse social (art. 5º, XXV); em caso de jazidas, minas e demais recursos minerais (art. 176); desapropriação de imóvel rural para fins de reforma agrária (art. 184), etc.

¹¹ Art. 5º, inciso IV “é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato”.

¹² Art. 5º, inciso VIII: “Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.”

¹³ Art. 5º, inciso XVI: “Todos podem reunir-se pacificamente, *sem armas*, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente.”

¹⁴ Art. 39. [...]§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998).

As hipóteses que geram dificuldade hermenêutica, contudo, são aquelas em que a Constituição não contempla, de forma expressa, a possibilidade de limitação ao direito, cabendo ao intérprete, nesses casos, buscar a solução à luz da hermenêutica constitucional. E mesmo quando não haja previsão constitucional expressa, não pode tal omissão ser interpretada como impossibilidade de limitação do direito, necessitando que o intérprete lance mão de outros elementos para justificar a limitação ou a não limitação de um direito fundamental.

Enfim, a limitação do parágrafo único do art. 7º, em relação aos domésticos, atendeu às circunstâncias da época, porém, não fossilizando a possibilidade necessária de sempre buscar a igualdade entre os trabalhadores. Entretanto, é inegável que o disposto no destacado parágrafo único, embora possa ser tido como exagero do constituinte, constitui barreira intransponível pelo legislador ordinário em relação aos direitos ali discriminados.

Note-se que o *caput* do art. 7º remete expressamente ao rol de direitos elencados nos 34 incisos que o integram, ressaltando “outros” direitos que visem à melhoria de sua condição social. Obviamente, estes “outros” direitos a serem considerados não podem coincidir com aqueles que já se encontram relacionados nos incisos do art. 7º, porquanto não faria qualquer sentido a destacada ressalva e muito menos a própria referência expressa que a Constituição faz aos direitos discriminados nos incisos.

Nesse contexto, importa trazer à lume o princípio basilar de hermenêutica jurídica, segundo o qual a lei não contém palavras inúteis: *verba cum effectu, sunt accipienda*. Vale dizer, as palavras que integram o Texto Normativo devem ser compreendidas como tendo alguma eficácia, não cabendo a presunção de que, na lei, existem palavras utilizadas em vão.

É certo que a interpretação/aplicação do Direito não constitui uma atividade meramente cognitiva, mas fundamentalmente volitiva, criativa, portanto, de natureza eminentemente constitutiva (BARROS, 2012, p. 147), em cujo processo o intérprete age com uma considerável dose de discricionariedade.¹⁵ Entretanto, a criatividade do intérprete não é soberana, devendo se ater ao fato de que entre o enunciado normativo e a norma não há um isolamento absoluto, porquanto a norma nada mais é do que o produto da interpretação, cujo ponto de partida é sempre o enunciado normativo, e deste não deve se apartar o operador do Direito.

¹⁵ Távares (2008) observa que “[...] tradicionalmente, a interpretação era compreendida apenas como a descoberta do sentido do texto normativo [...] Mais recentemente, o processo interpretativo é concebido como não sendo apenas uma atividade cognitiva, mas fundamentalmente volitiva, criativa (cf. VIOLA; ZACCARIA, p. 2001, p. 119). Passa-se a falar, conscientemente, em produção de norma (GUASTINI, 2005, p. 28), em atribuição (cf. BASTOS, 2002, p. 37) e não em descoberta de um significado (pre-existente) do enunciado lingüístico [...]”

Se o intérprete ignora ou desconsidera o conteúdo do enunciado normativo, o processo de interpretação/aplicação é tomado por um verdadeiro desvirtuamento, tornando-se corrompido, saindo então dos trilhos da interpretação – ou concretização da norma posta – para ingressar no campo da criação propriamente dita, ou seja, da modificação do ordenamento jurídico (HESSE, 1998, p. 70), ensejando, assim, questões de variadas dimensões, sob títulos diversos, como “politização da justiça”, “judicialização da política”, “ativismo judicial”, desvirtuamento da “interpretação extensiva”, etc.; tudo desaguando na discricionariedade do intérprete/aplicador da Constituição, com reflexos diretos sobre o princípio da separação dos poderes.

Com efeito, pode vir a ocorrer de uma palavra ter mais de um sentido, hipótese em que se deve buscar aquele sentido melhor adaptável à espécie por meio do exame do contexto ou por outro processo. Contudo, há sempre que se atribuir a cada palavra ou frase a sua razão de ser, o seu papel, o seu significado, a sua contribuição para precisar o alcance da regra positivada, valorando-os devidamente, de modo que nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula, ociosa, inútil ou sem significação alguma.¹⁶

É dizer-se: conquanto disponha o intérprete do Direito e, pois, da Constituição, de um campo bastante amplo para atuar, o que remete à ideia de poder discricionário do hermeneuta, a deflagração do processo de interpretação/aplicação da norma jurídica não parte do vazio, da mera vontade do operador ou de qualquer outro elemento que não seja o próprio Texto normativo. Implica dizer que o intérprete/aplicador deve sempre tomar como ponto de partida a orientação estabelecida no enunciado normativo (HESSE, 1998, p. 69). É, pois, o caso do destacado art. 7º e seu parágrafo único, da CF, cujas premissas normativas não podem ser suplantadas pela extrema necessidade de se ampliarem os direitos dos domésticos.

Conclusão

Conquanto a OIT tenha consolidado entendimento que iguala os direitos dos domésticos aos direitos dos demais empregados, a integral adoção pelo Estado Brasileiro passará necessariamente por uma reforma à Constituição Federal, isso porque o parágrafo único do art. 7º da CF/88 estabelece, em *numerus clausus*, os direitos que integram a proteção mínima dos domésticos.

Entendendo-se que a disposição do parágrafo único do art. 7º não tem força normativa alguma no sentido de delimitar os direitos elencados

¹⁶ Neste sentido, a clássica lição de Maximiliano (1996, p. 110): “Presume-se que a lei não contenha palavras supérfluas; devem todas ser entendidas como escritas adrede para influir no sentido da frase respectiva.”

nos incisos que relaciona, equivale admitir que o referido dispositivo contém frases e palavras inúteis.

Na verdade, apenas tem sentido o art. 7º, e todos os seus dispositivos, admitindo-se que o Constituinte quis, ele mesmo, dispor sobre os direitos ali elencados, por entendê-los de alta relevância no cenário da proteção social do trabalhador e da economia nacional, seja deferindo-os integralmente aos trabalhadores urbanos e rurais, seja restringindo alguns deles em relação aos trabalhadores domésticos.

Alerta-se para o fato de que, na análise ora empreendida, não se ingressou na seara substancial dos direitos dos domésticos. O presente estudo cingiu-se à investigação em torno do veículo juridicamente apropriado para a ampliação do patamar mínimo de proteção dos domésticos, merecendo que seja reiterada a necessária busca de soluções para o secular problema de proteção social, ou proteção precária, dessa categoria profissional.

A rigor, a negativa aos domésticos de alguns dos direitos elencados nos incisos do art. 7º jamais se justificou, a menos que se pretenda reconhecer e proclamar o orgulho nacional pelas raízes escravocratas do trabalho doméstico. Contudo, não se pode confundir os direitos materiais que efetivamente devem ser estendidos aos domésticos, com os procedimentos mediante os quais serão tais direitos viabilizados pelo ordenamento jurídico.

Enfim, entende-se que “outros” direitos podem ser conferidos aos domésticos pelo legislador infraconstitucional, desde que não estejam inseridos entre aqueles constantes dos incisos do art. 7º da CF/88. Estes, somente por reforma da Constituição, poderão ser estendidos aos domésticos. Não se trata, pois, de se dizer o que seja justo ou injusto, mas possível ou impossível por esta ou aquela via procedimental, tendo-se em mente as balizas da Lei Fundamental. Na hipótese, o meio justifica o fim, mas o fim não justifica o meio.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BARROS, Clemilton da Silva. *A aposentadoria especial do servidor público e o mandado de injunção: análise da jurisprudência do STF acerca do artigo 40, parágrafo 4º, da CF*. Campinas Servanda, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *PEC n. 478*, de 2010. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=473496>>. Acesso em: 4 abr. 2012.

_____. Presidência da República Federativa do Brasil. Seção de Legislação. Lei n. 5.859, de 11 de dezembro de 1972. Disponível em: >http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15859.htm>. Acesso em: 4 abr. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – n. 639. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento em 02 jun. 2005. *Diário da Justiça*, Brasília, DF, 21 out. 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo, LTr, 2011.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Globalização & desemprego: mudanças nas relações de trabalho*. São Paulo, LTr, 1998.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: Método, 2007.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

MARTINS, Sergio Pinto. *Manual do Trabalho Doméstico*. São Paulo: Atlas, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Teoria geral do direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1998.

SAAD, Eduardo Gabriel. *Consolidação das Leis do Trabalho comentada*. 39. ed. atual. e rev. e ampl. por José Eduardo Duarte Saad e Ana Maria Saad Castello Branco. São Paulo: LTr, 2006.

SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho para concursos públicos*. 3. ed. São Paulo: Método, 2005.

TAVARES, André Ramos. A teoria da concretização constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, p. 13-30, jul./set. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=55219>>. Acesso em: 4 abr. 2012.

Data da submissão: 15 de agosto de 2012
Avaliado em: 19 de agosto de 2012 (Avaliador A)
Avaliado em: 07 de setembro de 2012 (Avaliador B)
Aceito em: 15 de outubro de 2012