

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO DO TRABALHO E SEGURIDADE SOCIAL

LUCIANA ABOIM MACHADO GONÇALVES DA SILVA

MARIA AUREA BARONI CECATO

MIRTA GLADYS LERENA MANZO DE MISAILIDIS

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito do trabalho e seguridade social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, Mirta Gladys Lerena Manzo
De Misailidis, Maria Aurea Baroni Cecato– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-037-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Trabalho. 3. Seguridade. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO DO TRABALHO E SEGURIDADE SOCIAL

Apresentação

GRUPO DIREITO DO TRABALHO E SEGURIDADE SOCIAL

Editorial

A presente publicação é concebida como fonte de debates sobre os conteúdos das políticas e normas adotadas pelo ordenamento do trabalho e da seguridade social. Sem deixar de reconhecer o perigo de pretender petrificar o conhecimento, consideramos necessário e útil contar com uma coletânea que contenha e sintetize os aspectos principais da evolução histórica, das reflexões filosóficas e jurídicas que vem sendo abordadas por diferentes gerações na procura de uma organização social e política que permita assegurar a todos as condições de alcance do bem-estar e da dignidade.

É esse o sentido que se pretende ressaltar, assinalando que Direito não é um fim em si próprio, mas um mero instrumento elaborado pelo homem para a vida em sociedade, instrumento esse que deve ter um único objetivo: lograr o melhor desenvolvimento de todos e cada um dos seres humanos, tornando-se realidade o princípio da igualdade com liberdade num mundo mais solidário.

Por outro ângulo, vale o registro de que somos cientes de que o direito do trabalho e a seguridade social, assentados, ambos, nos direitos sociais, são fortemente impactados por questões ideológicas e políticas, suscitando controvérsias sobre temas de calorosas discussões. Portanto, buscamos trabalhar no sentido de transformar o encontro dos pesquisadores da área em oportunidade de intercâmbio acadêmico, de difusão das doutrinas em voga, de correntes jurisprudenciais e de conhecimento das experiências forenses dos diferentes grupos de pesquisadores.

Esperamos que esta coletânea resulte em acessível leitura, pois trata de temas que podem ser de interesse geral, não só para os estudiosos do Direito do Trabalho e da Seguridade da Social, mas também para outros profissionais ou atividades vinculadas à defesa dos direitos dos trabalhadores. Nesse propósito, ela foi dividida cinco eixos temáticos, a saber: I - Intervenção estatal nas relações individuais do trabalho; II - Proteção à dignidade humana e novas pautas hermenêuticas no contexto do constitucionalismo contemporâneo; III - Proteção à integridade física e mental da saúde do trabalhador no meio ambiente laboral; IV -

Impactos da Globalização: terceirização e flexibilização e o futuro das normas internacionais e finalmente V - Seguridade e Previdência social.

I - INTERVENÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES INDIVIDUAIS DO TRABALHO

Em atenção à intervenção do Estado nas Relações de Trabalho, não é recente a dialética entre os modelos negociado e legislado, expressões utilizadas pelo saudoso Amauri Mascaro Nascimento. Tendo em vista a matriz romano-germânica, o ordenamento jurídico brasileiro optou por adotar uma normatização detalhada das relações de trabalho (modelo legislado) no fito de estabelecer a proteção social do hipossuficiente, através do estabelecimento de direitos mínimos, que servem de patamar civilizatório para a negociação coletiva, que tem o papel suplementar de estabelecer normas autônomas providas dos interlocutores sociais representantes dos empregados e empregadores. Nesse eixo:

O artigo intitulado A CRFB/88 E O PROBLEMA DA DURAÇÃO DO TRABALHO EM TURNOS ININTERRUPTOS DE REVEZAMENTO: IDENTIFICANDO AS CONTRADIÇÕES POLÍTICO-JURÍDICAS DA INTERVENÇÃO ESTATAL NO SISTEMA BRASILEIRO DE RELAÇÕES DE TRABALHO é de autoria de Luiz Felipe Monsore de Assumpção. Nele, o autor informa que no Brasil, a análise da produção regulatória e jurisprudencial, no que concerne à temática do trabalho em turnos ininterruptos de revezamento dá conta de um processo de flexibilização das antigas referências principiológicas e normativas, inclusive aquelas positivadas na própria CLT.

Em DIÁLOGO DAS FONTES: A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL PREVISTO NO ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL NOS CONTRATOS DE TRABALHO, Jackson Passos Santos e Clarice Moraes Reis observam as concepções acerca do princípio da solidariedade social como fundamental para a garantia do Estado Democrático de Direito e seus reflexos na ordem infraconstitucional. Ao mesmo tempo, discorrem sobre o conceito de função social do contrato previsto no artigo 421 do Código Civil de 2002 e consideram, nesse contexto, os princípios da conservação dos contratos e da autonomia privada.

OS LIMITES JURÍDICOS FIXADOS PELA LEI COMPLEMENTAR 103 DE 2000 PARA A INSTITUIÇÃO DO PISO SALARIAL ESTADUAL é o texto desenvolvido por Tacianny Mayara Silva Machado e Bruno Martins Torchia. Nele, os autores analisam os limites jurídicos do piso salarial estadual fixado em alguns Estados, em decorrência da outorga legislativa conferida pela Lei Complementar 103, de 14 de julho de 2000 e previsão no artigo 7º, inciso V, da Constituição Federal de 1988, para os empregados que não tenham piso salarial definido em lei federal, convenção ou acordo coletivo de trabalho.

II - PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA E NOVAS PAUTAS HERMENÊUTICAS NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Em um viés consagrador de valores éticos da sociedade, a Constituição brasileira de 1988 elevou o princípio da dignidade da pessoa humana à posição de fundamento da República Federativa do Brasil, sendo considerado, por grande parte da doutrina, como um supra princípio. Dessa forma, não fez outra coisa senão considerar que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Assim, toda ação do Estado e da sociedade deve se pautar na pessoa como um fim em si mesmo, em uma perspectiva kantiana, sob pena de ser considerada inconstitucional. Esse é o eixo em que se acham:

Abordando OS FUNDAMENTOS TRADICIONAIS DO DIREITO DO TRABALHO: NOVAS PAUTAS HERMENÊUTICAS E TEÓRICO-FILOSÓFICAS PARA SUA RECONFIGURAÇÃO, NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO, Juliana Teixeira Esteves e Fernanda Barreto Lira, descrevem como a teoria jurídico-trabalhista crítica problematiza e refuta o trabalho contraditoriamente livre /subordinado como objeto do direito do trabalho e a maneira como a luta reformista monopolizou os movimentos sindicais contemporâneos. Elas têm como ponto de partida as pautas hermenêuticas e os fundamentos teórico-filosóficos propostos pelo professor Everaldo Gaspar Lopes de Andrade no grupo de pesquisas Direito do Trabalho e teoria social crítica do PPGD/UFPE.

No texto PROFESSORES READAPTADOS: A BUSCA PELA IDENTIDADE, com o objetivo de investigar juridicamente os problemas vivenciados pelos professores que enfrentam a readaptação, Daniel Roxo de Paula Chiesse e Mariana Carolina Lemes analisam os direitos e situações cotidianas dessa parcela do professorado. A questão reveste-se de interesse, uma vez que a educação é reconhecida como meio de constituição da pessoa capaz, emancipada, confrontando-se o direito à educação com a própria noção de dignidade da pessoa humana.

SUPEREXPLORAÇÃO, NEOLIBERALISMO E DIREITO DO TRABALHO NA AMÉRICA LATINA: A DIVISÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO NOS PAÍSES DEPENDENTES é o estudo empreendido por Naiara Andreoli Bittencourt. A autora utiliza, como categoria central de análise, a superexploração do trabalho a partir da localização geopolítica latino-americana no sistema-mundo e sua atualização com os impactos das novas morfologias do mundo do trabalho no cenário neoliberal contemporâneo, em que predominam os postos de trabalho precarizados, informais, subcontratados, mal-remunerados e subalternizados.

Abordando O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE APLICADO À RELAÇÃO DE EMPREGO DOMÉSTICO NAS ATIVIDADES NÃO LUCRATIVAS, Dirceu Galdino Barbosa Duarte e Talissa Estefania Tomaz Tomiyoshi, considerando a aplicação do princípio da primazia da realidade nas relações trabalhistas, tratam do conflito nascido entre o conceito de empregado doméstico trazido pelo art. 7º, a, da CLT e o apresentado pelo art. 1º da Lei nº 5.859/72 que divide a doutrina e a jurisprudência quanto à atuação desse tipo de empregado nas atividades econômicas não lucrativas.

José Washington Nascimento de Souza aborda o CRÉDITO TRABALHISTA: PRESCRIÇÃO E ATUALIZAÇÃO FERINDO A DIGNIDADE DO TRABALHADOR, têm em conta que a Constituição da República Federativa do Brasil inclui, entre os direitos sociais, a proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar e, ao mesmo tempo, consideram que, em não havendo lei complementar regulando a matéria, o empregador encontra-se liberado de obrigação de pagamento de qualquer indenização compensatória pela dispensa arbitrária ou sem justa-causa.

PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DO TRABALHADOR NA FASE "PÓS-CONTRATUAL" DE EMPREGO é o estudo sobre o qual se debruça Christine De Sousa Veviani. O referido estudo converge para a aplicação da extensão da proteção da dignidade da pessoa do empregado na fase pós-contratual, sugerindo a condenação do contratante em indenização por dano extrapatrimonial em razão do mero atraso na disponibilização do quantum rescisório. O objetivo da proposta é de estabelecer medida preventiva, educativa e punitiva contra ilegalidades, em um momento de aparente liberdade, que, ao revés, contempla abusos de poder.

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva e Emerson Albuquerque Resende examinam O DIREITO AO TRABALHO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES AO MODELO BRASILEIRO. No referido estudo, considerando Os Estados Unidos da América como berço das ações afirmativas e detentores de complexo sistema jurídico de inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho, as autores destacam dispositivos legais, decisões da Suprema Corte, doutrina e dados estatísticos do aludido país, informando o processo inclusivo ali construído. O trabalho é resultado de uma pesquisa exploratória em fontes bibliográficas e documentais.

Adaumirton Dias Lourenço e Maria Aurea Baroni Cecato são os autores do texto intitulado PROTEÇÃO DOS CRÉDITOS LABORAIS: DISTINÇÕES RELEVANTES ENTRE OS PRINCÍPIOS DA DESPERSONALIZAÇÃO DO EMPREGADOR E DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO EMPREGADOR. Nessa

abordagem, os autores referidos consideram as naturezas jurídicas distintas dos dois princípios mencionados no título, além de outras diversidades entre eles existentes, malgrado as pretensões semelhantes de ambos. Têm como objetivo propor melhor adequação dos aludidos princípios para efeitos de aplicação dos mesmos, de grande relevância na proteção da dignidade do trabalhador.

III - PROTEÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA E MENTAL DA SAÚDE DO TRABALHADOR NO MEIO AMBIENTE LABORAL

Foi concebido um foco especial para o direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado, de terceira dimensão, diante do constante desrespeito, nas relações de trabalho, de ordem pública e privada, revelado pelo alto índice de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais de natureza física e emocional, de sorte a merecer um tratamento especial, máxime em vista dos princípios da prevenção e precaução, salvaguardando as futuras gerações. Encontram-se nesse eixo:

No artigo ADICIONAL NOTURNO E SAÚDE: UMA TESE PELA DIGNIDADE NO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO, Sérgio Saes e Leda Maria Messias da Silva demonstram que o labor noturno deve ser considerado um serviço extraordinário, posto que representa ônus excessivo ao obreiro, trazendo, conseqüências no contexto familiar, no convívio social, no psicológico, na saúde e, por fim, porque impacta diretamente na produção.

Em O DIREITO A UM MEIO AMBIENTE DO TRABALHO SALUBRE EM JUÍZO: O CASO SHELL-BASF, Humberto Lima de Lucena Filho e Marcílio Toscano Franca Filho cuidam de analisar os detalhes de um dos casos mais paradigmáticos julgados pela Justiça do Trabalho em matéria de direito ambiental do trabalho. O texto aborda cuidadosamente os fatos e a tramitação processual da ação judicial que tem como objeto os danos ambientais, sociais e coletivos do referido caso.

Maria Aparecida Alkimin apresenta UMA ANÁLISE DO ASSÉDIO MORAL À LUZ DA TIPIFICAÇÃO PENAL E AS VICISSITUDES RELACIONADAS À COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO, onde o objetivo é partir da conceituação originária do fenômeno assédio moral, que remonta às pesquisas de campo com trabalhadores e estudos realizados na área da psicologia do trabalho, para inseri-lo no campo da ciência do Direito, estabelecendo os elementos caracterizadores do assédio moral para fins de enquadramento jurídico-legal e consequente busca da tutela jurídica, inclusive na órbita penal.

ASSÉDIO MORAL ASCENDENTE é texto de autoria de André Gonçalves Zipperer. Partindo de casos práticos, o autor analisa a figura do assédio moral no ambiente de trabalho, na sua modalidade ascendente, ou seja, aquele que parte de uma ou várias pessoas em condição de controle, subordinado uma pessoa em condição hierárquica superior.

Em A PRÁTICA DO MOBBING SOB A PERSPECTIVA DO AVILTAMENTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, Nivea Corcino Locatelli Braga analisa o mobbing e seus infaustos efeitos no ambiente laboral, nomeadamente no tocante à vileza ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

DANO MORAL AMBIENTAL COLETIVO CAUSADO NO ÂMBITO DO AMBIENTE DO TRABALHO é a denominação atribuída ao artigo de autoria de Celciane Malcher Pinto e Idelcleide Rodrigues Lima Cordeiro. As autoras buscam explanar o entendimento doutrinário e jurisprudencial do meio ambiente do trabalho, bem como aquele referente à modalidade de dano moral, dando conta de que existem decisões que reconhecem a ocorrência do dano referido em respeito ao princípio da reparação integral dos danos causados ao meio ambiente.

Mariana Gonçalves Gomes e Mirta Gladys Lerena Manzo De Misailidis abordam OS ASPECTOS E DANOS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO ALÉM DOS MUROS DA EMPRESA, objetivando tratar da proteção à saúde e integridade do trabalhador sob a perspectiva do meio ambiente do trabalho, não somente compreendido como o habitat laboral onde o ser humano trabalhador passa a maior parte de sua vida produtiva, mas também como o ambiente no qual a empresa tem o dever de assegurar a saúde dos seus trabalhadores através da adoção de medidas adequadas de segurança e proteção.

O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO E O ESTRABISMO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE é o texto de autoria de Rodrigo Guilherme Tomaz e Zaiden Geraige Neto. Nele os autores consideram a saúde do trabalhador intrinsecamente ligada ao ambiente laboral. O estrabismo aludido no título refere-se ao fato de que o empregado, ao se reconhecer como titular de um adicional de insalubridade ou periculosidade, alimenta a falsa sensação de ter sua saúde protegida, imagina, em vão, tê-la juridicamente tutelada.

Sob o título A MODERNIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA PARA ADEQUAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO ÀS NECESSIDADES CONTEMPORÂNEAS, Fernanda Mesquita Serva e Marcela Andresa Semeghini Pereira, tratam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em especial aquele do trabalho, concluindo que, para a manutenção da ordem econômica e do trabalho digno, deve-

se considerar o Tripé da Sustentabilidade que destaca a interdependência de elementos econômicos, sociais e ambientais.

IV - IMPACTOS DA GLOBALIZAÇÃO: TERCEIRIZAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO E O FUTURO DAS NORMAS INTERNACIONAIS

A globalização, econômica em sua base, mas, por consequência, também social, política e cultural, produz nítidos impactos na vida em sociedade e, naturalmente, também no mundo jurídico. Tais reflexos se fazem, igualmente, e por óbvio, na seara dos direitos sociais. No âmbito destes, provavelmente de forma mais acentuada, são produzidos nas relações laborais. Dos impactos aludidos, conquanto não devam ser desconsiderados os de cunho positivo, devem ser destacados aqueles que se revelam como constritores de direitos e, nada infreqüentemente, como redutores de condições de dignidade. Pode-se registrar, nesse quadrante, desde a retração do Estado diante do agigantamento do poder das grandes corporações, o que reduz a promoção e defesa de direitos sociais, até as repercussões na reorganização das empresas que visam às condições de competitividade no mercado. Os direitos sociais arrolados no artigo 6º da Constituição Federal são, todavia, direitos fundamentais e devem ser preservados. Com efeito, fazem parte dos direitos firmados em princípios que convergem para o princípio nuclear da Constituição Federal, qual seja, o da dignidade humana. Nesse eixo:

Ailsi Costa De Oliveira e Ivan Simões Garcia abordam A TERCEIRIZAÇÃO E O PROBLEMA DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA NOS CASOS DE INADIMPLEMENTO DAS OBRIGAÇÕES LABORAIS, enfatizando o problema da responsabilidade entre empresas, mormente quando do inadimplemento das obrigações laborais e, notadamente, o caráter essencialmente precarizador da terceirização.

O estudo de Mariana Mara Moreira e Silva e Guilherme Tavares Fontes Mol, denominado TERCEIRIZAÇÃO: A RELAÇÃO TRILATERAL, considera que o surgimento da terceirização está alinhado à busca, pelas empresas, de maior competitividade, lucro, eficiência e redução de custos, os quais são essenciais para sobrevivência da atividade empresarial no mundo globalizado.

A FLEXIBILIZAÇÃO POSITIVA: UMA FORMA DE TUTELAR E PROMOVER A DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR é o texto de Maria Cecília Máximo Teodoro e Carla Cirino Valadão, onde os autores abordam a chamada flexibilização positiva, considerando que a flexibilização deve ser encarada como forma de ampliação de direitos e de promoção da dignidade da pessoa humana.

O artigo de Rodrigo Lychowski trata de BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA e tem em conta o fenômeno em duas entidades públicas, uma federal e a outra estadual, objetivando a análise da terceirização na seara pública, não apenas sob o ângulo teórico, mas também empírico. O texto tem, ainda, o intuito de considerar a convivência entre os servidores públicos e os trabalhadores terceirizados, dentre outras questões pertinentes ao fenômeno da terceirização.

Kátia Cristine Oliveira Teles desenvolve o tema DIREITO AO DESENVOLVIMENTO, CIDADANIA E TRABALHO: CONSEQUÊNCIAS DE UM PAÍS GLOBALIZADO, analisando o impacto da globalização no desenvolvimento social, principalmente no que tange ao acesso ao trabalho e à cidadania. Aborda, no plano geral, o direito ao desenvolvimento para depois traçar os aspectos principais de proteção ao trabalhador e os efeitos da globalização no mercado de trabalho.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA FLEXIBILIZAÇÃO TRABALHISTA FRENTE AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL é o tema sobre o qual Antonio Gomes de Vasconcelos e Gabriela de Campos Sena realizam um estudo crítico e exploratório da flexibilização trabalhista com o intuito de demonstrar a incompatibilidade do referido instituto com as bases principiológicas traçadas pela Constituição. Demonstram, através desse estudo, que o desenvolvimento da economia deve estar necessariamente atrelado aos postulados da boa-fé e da justiça social, conforme o disposto no artigo 170 da Carta Maior.

Flávio Filgueiras Nunes e Laira Carone Rachid Domith desenvolvem um estudo sobre FLEXIBILIZAÇÃO, INTENSIFICAÇÃO E PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES LABORAIS COMO FATO GERADOR DO AFROUXAMENTO DAS RELAÇÕES FAMILIARES, com o objetivo é demonstrar que os efeitos deletérios da flexibilização e da intensificação laboral podem prejudicar de forma irreversível não apenas o trabalhador, mas todos que compõem o núcleo familiar no qual está inserido.

O IMPACTO DA GLOBALIZAÇÃO SOBRE A OIT E O FUTURO DAS NORMAS INTERNACIONAIS DO TRABALHO é o tema abraçado por José Soares Filho e Lucas Barbalho de Lima. Nele, a Organização Internacional do Trabalho que, nas últimas décadas, em decorrência da globalização, deixou de ocupar um papel protagonista na produção das fontes formais, é analisada sob a perspectiva do seu futuro.

Sob o título GLOBALIZAÇÃO DA ECONOMIA: A IMIGRAÇÃO DE TRABALHADORES E AS CONVENÇÕES nºs 19, 97 e 143 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT), Ednelson Luiz Martins Minatti e Amanda

Tirapelli desenvolvem um estudo que se volta para a atuação da Organização Internacional do Trabalho no desenvolvimento das normas internacionais. Nesse âmbito, consideram, notadamente, a preocupação da Organização no sentido de evitar a concorrência desleal que grupos empresariais passam a desenvolver na busca da efetivação do lucro.

V - SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Seguridade Social é assente em princípios dos quais destaca-se a universalidade, posto que garantidora da extensão de sua não limitação a categorias determinadas. É sobre essa base democrática que foram perfilhados objetivos para os quais se volta um sistema composto por ações integradas dos Poderes Públicos e da sociedade constituindo os direitos à saúde, à previdência e à assistência social, conforme determinam os artigos 194 e seguintes da Constituição Federal. Este é o eixo em que se apresentam:

O estudo de Pedro Miron de Vasconcelos Dias Neto e Andre Studart Leitaó, PROTEÇÃO SOCIAL, PLANEJAMENTO E COERÊNCIA: O EFEITO SANFONA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA E A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 664/2014 versa sobre a importância de um planejamento cauteloso na instituição de um modelo seguro e sustentável de proteção social, de modo a prevenir retrações e descortes sociais inesperados que eventualmente podem caracterizar retrocesso social, mormente quando se observarem práticas estatais desalinhadas do propósito de economizar e reequilibrar as contas públicas.

A SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA E A POSSIBILIDADE DE PROTEÇÃO PARA AS PESSOAS QUE NECESSITAM DE AUXÍLIO PERMANENTE DE UM TERCEIRO é o texto elaborado por Zélia Luiza Pierdoná e Carlos Gustavo Moimaz Marques. O trabalho aborda a dependência, caracterizada como a hipótese em que uma pessoa necessita da atenção e auxílio de uma terceira pessoa para realizar as atividades básicas da vida diária e apontada por organismos internacionais como objeto de proteção social. Vale-se do sistema de proteção espanhol, como exemplo e considera a inclusão da referida dependência, no sistema de proteção social brasileiro.

Maria Áurea Baroni Cecato

Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva

Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis

O PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE APLICADO À RELAÇÃO DE EMPREGO DOMÉSTICO NAS ATIVIDADES NÃO LUCRATIVAS

THE PRIMACY PRINCIPLE OF THE REALITY TO THE RELATION OF DOMESTIC JOB IN NON-LUCRATIVE ACTIVITIES

**Dirceu Galdino Barbosa Duarte
Talissa Estefania Tomaz Tomiyoshi**

Resumo

A aplicação do princípio da primazia da realidade nas relações trabalhistas é capaz de ampliar a atuação do Direito Laboral e ligar o caso concreto à norma que lhe assegura a mais eficiente realização da justiça. O conflito nascido entre o conceito de empregado doméstico trazido pelo art. 7º, a, da CLT e o apresentado pelo art. 1º da Lei nº 5.859/72, divide a doutrina e a jurisprudência quanto à atuação desse tipo de empregado nas atividades econômicas não lucrativas. Ocorre que, irradiando-se o princípio da primazia da realidade sobre o caso concreto, o que encontramos é o desvirtuamento da atividade e dos seus requisitos caracterizadores. O presente estudo objetiva examinar a questão apresentando um breve esboço acerca do princípio da primazia da realidade e da figura do empregado doméstico e suas peculiaridades.

Palavras-chave: Empregado doméstico, Atividade não lucrativa, Princípio da primazia da realidade

Abstract/Resumen/Résumé

The application of the primacy of reality in labor relationships is able to expand the activities of the Labour Law and connect the concrete case to the standard which ensures the most efficient realization of justice. The conflict born from the concept of domestic servants brought by the art. 7º, a, of the Consolidation Of Labor Laws and presented by the art. 1 of Law No. 5,859 / 72, divides the doctrine and the jurisprudence on the performance of this type of employee in the non-profit economic activities. It happens that, spreading to the principle of the primacy of reality about the case, what we find is the distortion of the activity and its characterizing requirements. This study aims to examine the issue presenting a brief outline about the principle of the primacy of reality and the figure of domestic servants and their peculiarities.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Domestic employee, Non-profit activity, Principle of the primacy of reality

INTRODUÇÃO

Em Latim, o que atualmente conhecemos pela denominação de casa era chamado *domus*. A *domus* inicialmente era a residência urbana das famílias abastadas na Roma Antiga, que possuíam escravos para executar as tarefas do lar. É daí que deriva a palavra doméstico.

O empregado doméstico é hoje, no mundo laboral, uma figura que levanta muitas discussões. É alvo de constantes mudanças (como recentemente a Emenda Constitucional nº 72/2013) e construtora de novos entendimentos. Isso porque é espécie de empregado ligado diretamente à família e a vida particular dos indivíduos e também por ter o Estado se tornado cada vez mais garantidor de direitos.

A tendência moderna é igualar os direitos e condições de trabalho entre os empregados, criando mecanismos de eliminação da discriminação em qualquer tipo de trabalho.

Assim como ocorre em todo vínculo empregatício, o Princípio da Primazia da Realidade também irradia sobre o trabalho doméstico, procurando revelar a realidade fática do caso concreto na busca pela máxima efetividade do direito e pela realização da justiça.

Faremos inicialmente uma delimitação temática sobre o Princípio da Primazia da Realidade e sobre o Empregado Doméstico. Confrontaremos os conceitos trazidos pelo art. 7º, a, da CLT e pelo art. 1º da Lei nº 5.859/72, para então adentrarmos na discussão acerca do uso da mão de obra desta espécie de trabalhador nas atividades não lucrativas.

Esta análise, portanto, objetiva examinar as características que cercam o labor doméstico utilizados nas atividades não lucrativas e analisá-lo sob a ótica do Princípio da Primazia da Realidade, procurando brevemente apresentar sua repercussão no mundo laboral moderno e as consequências da aplicação dos diversos entendimentos sobre o tema.

1. PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE

No Direito do Trabalho a realidade fática se sobressai às formas. Ou seja, para aferição e aplicação do direito, a realidade cotidiana do contrato vale mais do que aquilo que foi acordado expressamente sobre a relação de emprego. Dessa forma, se não corresponde à realidade, aquilo que está escrito é subsidiário em nome da supremacia dos fatos. Arnaldo Süssekind (1999, p. 173) afirma “que a relação objetiva evidenciada pelos fatos define a verdadeira relação jurídica estipulada pelos contratantes, ainda que sob capa simulada, não corresponda à realidade”.

Isto quer dizer que no âmbito trabalhista, aquilo que ocorre na prática é mais importante do que aquilo que as partes estipularam, mesmo que em forma solene ou expressa, através de documentos e instrumentos de contrato.

É um princípio que reverencia o princípio basilar de todo o direito do trabalho: O Princípio da Proteção ao Trabalhador, visto que, diante da submissão hierárquica, jurídica e (de maneira geral) econômica do trabalhador, o seu empregador poderia, facilmente, obrigá-lo a subscrever documentos avessos à realidade, aos seus interesses e direitos.

Estas circunstâncias chegam ao conhecimento do Judiciário todos os dias, que acolhe com frequência indesejável reclamações trabalhistas onde as pretensões derivam de cartões de ponto que não noticiam labor extra, apesar de prestado pelo empregado, declarações de renúncia de vale transportes, mesmo diante da necessidade destes e valores pagos “por fora” quando no contra cheque consta apenas o valor de um salário mínimo, por exemplo.

O princípio da primazia da realidade sobre a forma alargou a intenção apresentada pelo Direito Civil de que o operador, na análise das declarações de vontade, deve apegar-se prioritariamente à intenção dos agentes do que à forma pela qual se exteriorizou a vontade. No Direito do Trabalho, onde esse propósito foi ampliado, a prática concreta utilizada ao longo da prestação laboral deve prevalecer, independentemente do aspecto formal do contrato. O hábito reiterado é que estabelece a realidade e altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes.

Por outro lado, é preciso lembrar que nessa aferição deve ser respeitado o Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva. O que se pretende com esse raciocínio é apenas não limitar o conteúdo do contrato ao que foi gravado no instrumento escrito.

Além de o referido princípio constituir precioso instrumento para a pesquisa da verdade real, atualmente ele assume novos contornos que extrapolam a verificação do tipo de contrato. Além dessa função, esse princípio sustenta o hermeneuta e o aplicador do Direito para que ele investigue e verifique se a substância da regra protetiva trabalhista foi atendida na prática entre as partes, ainda que não seguida estritamente a conduta especificada pela legislação, desde que a forma não seja da essência do ato.

Isso quer dizer que o intérprete deve extrapolar a literalidade seca da norma trabalhista, procurando atribuir a ela sentido interpretativo que proporcione maior justiça ao caso concreto. É preciso sensibilidade ao hermeneuta para que ele enxergue a intenção do legislador e consiga atribuir à norma sua máxima efetividade.

Contudo, apesar do peticionado princípio priorizar a realidade, guardando-lhe em nível superior ao da forma, não deve permitir que esta realidade prevaleça sobre a lei quando a ferir. Por exemplo, temos as questões que envolvem o objeto ilícito, isto porque o princípio da primazia da realidade é limitado pela lei. Por isso, se um trabalhador exerce as funções de enfermeiro sem a requerida habilitação profissional não pode pleitear o salário reservado a categoria, pois seu trabalho se opõe a lei e seu contrato pode ser considerado nulo. Também alcançará a equiparação salarial pelos mesmos motivos, conforme expõe a OJ nº 296 da SDI-I do TST.

Cabendo ao Poder Judiciário a função de guardar a Lei, deve inibir a prática de irregularidades. Por isso, não interessa se a profissão que está sendo ilegalmente exercida é técnica, intelectual, ou de nível superior, pois o exercício ilegal de qualquer profissão é afastado pelo Direito, sendo crime, inclusive.

Assim, a dificuldade encontrada na oposição entre o princípio da primazia da realidade e o exercício ilegal de profissão, é superada na ponderação entre o interesse do trabalhador e o interesse da sociedade, devendo prevalecer aquele que melhor se coadune com a função social do direito. Portanto, essa modalidade de trabalho não deve ser tolerada, por desvirtuar o direito

do seu fim social. Entretanto, é difícil para o operador trabalhista apartar-se do princípio da proteção ao trabalhador, motivo que alimenta decisões em contraposição à Constituição e à finalidade do direito, em nome de privilegiar desmedidamente o trabalhador:

Súmula nº 301 do TST: Auxiliar de laboratório. Ausência de diploma. Efeitos. O fato de o empregado não possuir diploma de profissionalização de auxiliar de laboratório não afasta a observância das normas da Lei nº 3.999, de 15/12/1961, uma vez comprovada a prestação de serviços na atividade (Res. 11/1989 , DJ 14/04/1989).

De maneira oposta e preservando a lei, temos a OJ nº 296 da SDI-I do TST, o que revela a contradição nas decisões do TST:

OJ nº 296 da SDI-I do TST: Equiparação salarial. Atendente e auxiliar de enfermagem. Impossibilidade. DJ 11/08/2003. Sendo regulamentada a profissão de auxiliar de enfermagem, cujo exercício pressupõe habilitação técnica, realizada pelo Conselho Regional de Enfermagem,

Grande controvérsia nasce quando o princípio é aplicado de forma contrária ao trabalhador. Parte da doutrina defende que o princípio deve prevalecer sempre que for permitido pela lei, mesmo em contraposição aos interesses do empregado. Outra parte entende que o princípio da primazia da realidade, por decorrer do princípio da proteção ao trabalhador, não pode ser aplicado quando for capaz de trazer prejuízos ao empregado.

O exemplo clássico reside na empregada doméstica que realiza somente trabalho doméstico, mas tem a CTPS assinada pela empresa (pessoa jurídica) da qual o patrão de fato é proprietário. A Lei nº 5.859/72 preleciona que o empregador doméstico tem que ser pessoa física.

Ocorre que, se utilizarmos o princípio da norma mais favorável para reger este caso, a CLT será aplicada em todo o contrato. Entretanto, como na realidade a empregada sempre realizou serviço doméstico e o patrão de fato era pessoa física, poderia ser aplicado o princípio da primazia da realidade, o que traria prejuízo a trabalhadora. Nosso entendimento é que, no presente caso, deveria ser aplicada ao contrato a lei do doméstico e não a CLT, cabendo ao Judiciário determinar a retificação da Carteira de Trabalho para que passasse nela a constar o real empregador. Assim, deveria ser privilegiada a aplicação do art. 112 do CC, que determina que nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção que ao sentido literal da linguagem.

No entanto, percebe-se inclinação da jurisprudência no sentido de proteger o trabalhador, deixando de aplicar o princípio da primazia da realidade.

2. EMPREGADO DOMÉSTICO

Conforme o conceito apresentado pelo art. 1º da Lei nº 5.859/72, doméstico é a pessoa física que trabalha de forma pessoal, subordinada, continuada e mediante salário, para outra pessoa física ou família que não explore atividade lucrativa, no âmbito residencial desta.

De maneira sucinta, 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.

Disso decorre que o enquadramento legal de um trabalhador deve partir da análise sobre para quem ele trabalha e não sobre a atividade que exerce. Dessa forma, será empregado doméstico aquele que trabalhar para empregador doméstico, independente da atividade exercida.

No tocante a finalidade não lucrativa dos serviços, a Lei quis claramente determinar que o trabalho exercido não pode ter objetivos industriais ou comerciais, limitando-se ao interesse pessoal do empregador e sua família. Maurício Godinho Delgado (2012, p. 345), expõe o que acreditamos ser uma acertada ampliação do entendimento sobre a finalidade lucrativa dos serviços prestados pelo empregado doméstico: “Trata-se, pois, de serviços *sem potencial de repercussão direta fora do âmbito pessoal e familiar, não produzindo benefícios para terceiros*” (grifo nosso).

A concepção de finalidade ou resultado econômico do trabalho exercido é avaliada pela perspectiva do empregador, já que para o empregado todo trabalho tem indissociável conteúdo econômico, em virtude do recebimento de salários, que é o maior caracterizador da onerosidade do contrato.

Embora tenham característica econômica para o trabalhador, os serviços prestados não podem resultar em fator de produção para o empregador. Por isso, se na residência funciona um pensionato ou mecanismo de fornecimento de alimentação para terceiros não familiares, os empregados envolvidos na atividade não serão domésticos.

Sobre esse aspecto, seria correto afirmar que o empregado doméstico produz, somente, valor de uso, jamais valor de troca, fornecendo atividade de mero consumo, não produtiva. No entanto, se existir sistema de produção para venda habitual de bens a terceiros, descaracteriza-se a natureza doméstica do vínculo.

Quanto à natureza, a legislação não limita o tipo de serviço que pode caracterizar o trabalho doméstico. A ilusão de que o trabalho doméstico se restringe aos serviços exclusivamente manuais é de caráter meramente cultural. Esse limite culturalmente estabelecido não tem suporte legal nem qualquer relevância jurídica. Disso, concluímos que o tipo de serviço prestado não constitui elemento fático-jurídico da relação empregatícia doméstica. Sendo o tipo do serviço irrelevante para a identificação do empregado doméstico, poderão se enquadrar no tipo legal da Lei n. 5.859/72 diversos trabalhadores especializados, como motoristas, professores particulares, enfermeiras e outros trabalhadores.

Por isso, o trabalho pode ser manual ou intelectual, especializado ou não. No mesmo sentido, Orlando Gomes (1995, p.101):

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.

É também requisito fático-jurídico necessário da relação empregatícia doméstica a prestação à pessoa ou à família. Isso significa que não existe possibilidade de pessoa jurídica ser empregadora doméstica. Somente a pessoa física, individualmente ou em grupo unitário, pode ser tomadora nesse tipo de relação empregatícia.

Como pessoa jurídica não pode ser tomadora de serviço doméstico, por decorrência, não são domésticos os empregados em atividades assistenciais, beneficentes, comerciais (lavadeira

de hotel) e industriais (cozinheira da fábrica). Nem mesmo os entes jurídicos especiais podem contratar empregados domésticos, como é o exemplo da massa falida e do condomínio.

Existe discussão quando ocorre promiscuidade nos serviços prestados. Por exemplo, se uma empregada trabalha na residência, mas por apenas duas horas diárias substitui o patrão no caixa do mercadinho de sua propriedade, é doméstica? Ou, empregada que pela manhã arruma a casa, mas à tarde prepara “marmitas” para a patroa vender, é doméstica?

Nos exemplos citados ocorre o que Martins Catharino (1972, p.263) denominou de “fenômeno contratual da promiscuidade”, que se dá quando o empregado ora exerce serviços regido por uma lei ora por outra. Três teorias procuram encontrar solução para o problema:

A primeira delas é a Teoria da Preponderância. Para os adeptos desta corrente, existindo paralelamente o exercício de atividades domésticas e não domésticas para o mesmo empregador ou tomadores distintos, mas sob as ordens do mesmo empregador, deve predominar a lei que regula a atividade exercida preponderantemente. Neste caso, o contrato seria único.

A corrente é criticada por ser excessivamente subjetiva, deixando à discricionariedade do intérprete distinguir qual atividade prepondera. Além disso, pode permitir o entendimento de que o doméstico poderia ser deslocado para atividades lucrativas, desde que por poucas horas. Além disso, não resolve o problema se o empregado laborar em igualdade de tempo para a atividade doméstica e para a não doméstica, pois desapareceria a preponderância.

A segunda corrente, chamada de Teoria do contágio, da atração ou da norma mais favorável, entende que existindo conflito entre leis a serem usadas para reger o contrato, deve-se escolher aquela mais favorável, que disciplinará todo o contrato. É a teoria adotada pela jurisprudência majoritária.

A terceira e última das correntes, é a Teoria dos dois contratos. Considera que o empregado laborou para dois empregadores distintos, em horários diferentes. Logo, existiriam dois contratos: um onde o empregador é a pessoa física, regido pela lei dos domésticos e outro onde o tomador é a pessoa jurídica, regido pela CLT. Ocorre que, de fato, a pessoa jurídica nunca pagou salário ao empregado, o que leva a um novo conflito: ou o trabalho foi prestado

de maneira gratuita e não existiria vínculo de emprego (o que não ocorreu) ou o juiz deverá determinar o pagamento dos salários pelo trabalho prestado à pessoa jurídica. Porém, nesse caso, como ficariam os salários recebidos que equivaliam ao pagamento pelo tempo em que o empregado executou serviços para a pessoa jurídica? Por essa impossibilidade de solucionar conflitos práticos, essa teoria é afastada.

Outra dificuldade sobre o tema surge quando o tomador real é a pessoa física, mas formalmente o empregador é a pessoa jurídica. Por exemplo, empregada que trabalha na residência para pessoa física que não utiliza sua mão de obra para finalidade lucrativa, mas tem a CTPS assinada pela pessoa jurídica de propriedade do patrão. O caso também dividiu os entendimentos:

A primeira corrente adota a Teoria da prevalência da norma mais favorável ou Teoria do contágio da norma mais favorável. Mesmo tendo sido doméstico o trabalho exercido, houve ofensa ao art. 1º da Lei n. 5.859/72. Dessa forma, não haveria como ser doméstico o empregado de pessoa jurídica. Além disso, existindo dúvida, deveria ser aplicado o princípio da prevalência da norma mais favorável ao trabalhador que, no caso, é a CLT.

A segunda corrente adota o Princípio da primazia da realidade. Como o trabalho de fato foi prestado para empregador doméstico, ocorreu somente erro material na anotação da carteira de trabalho, prevalecendo a realidade à forma. O Juiz determinará a retificação da CTPS, fazendo constar como empregador a pessoa física, não se aplicando a CLT.

Apesar da lei expressamente referir-se a pessoa ou família, o grupo unitário de pessoas físicas, que atuam exclusivamente em função de interesses individuais de consumo pessoal, são a estes equiparados. É o que ocorre, por exemplo, com o grupo de estudantes que contratam uma cozinheira, apesar de não constituírem uma família. É o que a doutrina costuma chamar de república estudantil informal, que não se confunde com o pensionato, atividade econômica em que alguém explora a oferta de serviços de moradia e alimentação.

A relação empregatícia regulada pela Lei n. 5.859/72 surge como exceção ao princípio da despersonalização do empregador, uma vez que na relação doméstica esse instituto é afastado, visto que somente pessoas físicas podem ocupar seu polo passivo.

Esse afastamento ou atenuação da despersonalização do empregador faz com que os infortúnios pessoais do empregador doméstico atinjam a relação laboral. Por isso é que, por exemplo, a morte do empregador tende a dissolver, de plano, o contrato de trabalho, exceto se os serviços continuarem sendo prestados, nos mesmos moldes, para a mesma unidade familiar. Portanto, existe certa pessoalidade, relativa é claro, quanto à figura do empregador doméstico.

Contudo, com a morte do empregador o espólio não se tornará empregador doméstico. Nem poderia, já que não é pessoa física e porque com a morte do empregador único o contrato se rompe. O espólio somente pode ser acionado em juízo como responsável pelos direitos trabalhistas não quitados. É importante lembrar que a morte de um membro da família não acarreta a dissolução do contrato, que prossegue com os demais membros sobreviventes.

Outro elemento fático-jurídico necessário à relação empregatícia doméstica faz referência à circunstância de terem os serviços de ser prestados no âmbito residencial do empregador. A expressão trazida pela Lei n. 5.859/72 pretende, contudo, abarcar qualquer ambiente que esteja ligado a vida pessoal do empregador e da sua família, desde que não se produza valor de troca, mas somente atividade de consumo.

Por isso, deve-se entender a expressão como sendo “para o âmbito residencial” ou “em função do âmbito residencial”, que traduz uma noção mais abrangente, compreendendo o âmbito residencial como sendo mais que a moradia do empregador, englobando também unidades estritamente familiares que estejam distantes da residência principal do empregador ou sua família. É o exemplo da casa de campo, da casa de praia, além de outras extensões. No caso do motorista, por exemplo, o deslocamento no exercício das funções domésticas não descaracteriza a relação, é imprescindível somente que o espaço de trabalho refira-se ao interesse pessoal ou familiar. É o entendimento jurisprudencial:

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. Rô 02774.1998.009.02.00.4. 3ª T. SP. Rel. Mércia Tomazinho, julgado em 23/08/2005, publicado em 06/09/2005.

A lei do doméstico utilizou a expressão “natureza contínua” enquanto a CLT (art. 3º) adotou “natureza não eventual”. Essa distinção alimentou duas correntes:

A primeira considera irrelevante a diferença e entende que os requisitos para avaliação da continuidade do trabalho são os mesmos para o trabalho não eventual da CLT. Neste caso, o que interessa é a necessidade permanente da mão de obra do doméstico, que é avaliada pela repetição da prestação durante o contrato, ainda que realizada uma única vez por semana, quinzena ou mês, mas durante muitos meses ou anos. Parte da doutrina denomina esta corrente de teoria da (des)continuidade.

A segunda corrente defende que foi intencional a diferenciação, pois o conceito de trabalho não eventual trazido pela CLT (art. 3º) faz referência à atividade empresarial e o empregador doméstico não explora atividade econômica lucrativa. Por isso, entendem que o trabalho “contínuo” está ligado ao seu conceito linguístico, ou seja, relaciona-se com o tempo, a repetição, com o trabalho sucessivo sem interrupção.

Para a doutrina e a jurisprudência majoritária, a análise da continuidade dos trabalhos domésticos deve se dar por semana, rejeitando o tempo total do contrato, devendo, para caracterização do vínculo de emprego doméstico, trabalhador executar seus serviços três ou mais dias na semana, por mais de quatro horas por dia, por período não inferior a 30 dias. Isso quer dizer que, ainda que trabalhe todos os dias, mas por apenas 1 hora, não será empregado doméstico, mas diarista sem vínculo empregatício. Existem posicionamentos diversos, entendendo que a quantidade de dias da semana deve ser maior ou menor.

Quando o trabalho é prestado para a família, é ela a empregadora. No entanto, a família não possui personalidade jurídica. Logo, a assinatura da CTPS ocorrerá por um dos membros da família, mas todos os componentes capazes serão empregadores e responsáveis pelo contrato.

A expressão “família” contida na lei deve ser compreendida de forma abrangente, significando a reunião espontânea de indivíduos com intuito de habitação, mesmo que não exista parentesco entre eles. Por isso, devem ser equiparados à família, para fins de identificação do empregador doméstico, por exemplo, os amigos que dividem a mesma casa e o casal homossexual. Reuniões maiores como colégios, albergues e conventos não devem ganhar a mesma equiparação por não se tratarem de uma reunião espontânea do grupo.

Todos os integrantes maiores e capazes da família são coempregadores domésticos e solidariamente responsáveis pelos encargos trabalhistas. Por exemplo, se um casal contrata uma empregada doméstica, ambos serão empregadores e solidariamente responsáveis pelo contrato, mesmo que apenas um arque com os salários da empregada.

3. DA ATIVIDADE NÃO LUCRATIVA DESEMPENHADA PELO EMPREGADO DOMÉSTICO

O requisito que avalia a qualidade econômica para caracterização do trabalho doméstico deve ser observado sob a perspectiva do empregador e não do empregado. Para o tomador, o trabalho prestado não pode ser usado para finalidades comerciais ou industriais, devendo ser restrita somente ao uso pelo empregador e sua família.

Por isso, está pacificado o entendimento de que o tomador não pode realizar negócios com o fruto do trabalho do empregado. A energia despendida pelo empregado na realização de suas funções não pode transformar-se em lucro para o patrão. Por isso, quando funciona na residência um pensionato ou sistema de fornecimento de alimentos, a faxineira e a cozinheira que com seus trabalhos colaboram para o negócio deixam de ser domésticas para se enquadrarem como empregadas comuns urbanas.

Entretanto, a temática não é pacífica. O conflito surge da confrontação entre o texto do art. 7º, a, da CLT com o conceito de doméstico apresentado pelo 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”.

Art. 1º Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de natureza contínua e de *finalidade não lucrativa* à pessoa ou à família no âmbito residencial destas, aplica-se o disposto nesta lei.

Art. 7º Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando for em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam :

a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam *serviços de natureza não-econômica* à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas; (grifos nossos)

A discussão parte da análise sobre se o art. 7º, a, da CLT foi revogado pela lei do doméstico, já que esta última não repetiu o conceito, apresentando-o de outra forma, ou, se a Lei nº 5.859/72, ao expressar o conceito, cometeu apenas um lapso e quis na verdade reiterá-lo, vigorando a alínea a, do art. 7º, da CLT.

A resposta divide a doutrina e é impulsionada pela diferenciação e indefinição nos conceitos. Atividade econômica é toda movimentação de bens e serviços, enquanto atividade lucrativa seria toda movimentação de bens e serviços organizados com fins lucrativos. De outro modo, atividades econômicas são todos os processos que se destinam à obtenção de produtos, bens e/ou serviços, ou seja, é qualquer atividade produtora. Já atividade lucrativa compreende tudo que é utilizado com objetivo de especulação lucrativa.

Vólia Bomfim Cassar (2014, p.349) apresenta as dificuldades práticas enfrentadas por esse questionamento através de dois interessantes exemplos:

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 quentinhas para a patroa doméstica doar para um orfanato ou um asilo, praticando, portanto, atividade econômica, mas não lucrativa. É doméstica?

As respostas dividem a doutrina em dois sentidos: para a primeira corrente, prevalece o conceito da alínea a, do art. 7º, da CLT. Assim, qualquer que seja atividade econômica desenvolvida, mesmo sem finalidade lucrativa, é capaz de desconfigurar a atividade doméstica. Logo, nos exemplos levantados o trabalhador seria urbano, aplicando-se a CLT ao caso. Filiam-se a esta corrente Amauri Mascaro, Martins Catharino, Délio Maranhão, João Lima Teixeira, José Augusto Rodrigues Pinto e Russomano.

A segunda corrente, de maneira contrária, afirma que o empregador doméstico não pode explorar atividade lucrativa, mas pode usar a mão de obra de seu empregado para atividades econômicas sem finalidade lucrativa, abraçando o conceito da Lei nº 5.859/72. Adeptos dessa corrente são Süsskind, Alice Monteiro, Carrion e Sérgio Pinto Martins. É neste sentido 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 descaracterizada 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.

Filiamo-nos a primeira corrente. Passamos a explicar. Em primeiro lugar, observa-se que em ambos os casos apresentados o que ocorreu foi uma doação. Doação é negócio jurídico. É o contrato pelo qual uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra. O doador é o indivíduo que retira algo de seu patrimônio, praticando um ato de liberalidade, transferindo para o donatário, que aceita receber as vantagens. É o conceito trazido pelo Código Civil no seu art. 538.

Do conceito legal ressaltam os seus traços característicos: a natureza contratual e a transferência de bens para o patrimônio do donatário. Logo, fica claro que nos casos discutidos o que ocorre é, sem dúvidas, uma atividade econômica que se não gera “lucro” ou acréscimo patrimonial ao doador, gera certamente ao donatário, aquele que recebe a doação e junto com ela o crescimento patrimonial

Além disso, fica óbvio que se utilizando da mão de obra do doméstico para proporcionar a doação, o empregador, se não obtém lucro, pelo menos deixa de se onerar. Caso o labor doméstico não fosse utilizado no caso em questão, o empregador (doador) sofreria um ônus, que seria a diminuição do seu patrimônio para proporcionar o acréscimo no patrimônio do donatário. Ou seja, apesar de aparentemente não ter sido gerado nenhum lucro para o empregador, pois a doação não é atividade lucrativa do ponto de vista do doador, houve a transferência de bens e a obtenção de “lucro” (vantagem) pelo donatário.

Também não podemos deixar de reparar que nos exemplos sugeridos, em nenhum momento existe prestação de serviços voltada para o lar. Ou seja, não há usufruto pela família do valor produzido pela mão de obra doméstica. O bem ou valor produzido pelo obreiro não é aproveitado pela família.

É requisito fático-jurídico indispensável à caracterização do vínculo empregatício doméstico a sua prestação à pessoa ou à família, o que não ocorre nos casos analisados, já que o fruto do labor é aproveitado por terceiros, alheios à família, ainda que entendida em seu mais abrangente conceito.

No entanto, a realidade fática pode ser ainda mais intrigante. Caso a frequência das atividades não lucrativas seja tão recorrente que acabe por constituir a verdadeira função do empregado, seria descaracterizado o vínculo doméstico? Por exemplo, uma empregada que é contratada exclusivamente para preparar, em âmbito residencial, refeições que serão doadas à moradores de rua, seria empregada doméstica?

Se partimos da premissa que não é atividade lucrativa, responderíamos que sim. No entanto, a realidade escancara que em nada se assemelha esse trabalho àquele pretendido pela Lei nº 5.859/72. Ou seja, irradiando o Princípio da Primazia da Realidade sobre o fato, ele nos demonstra que no despego ao entendimento meramente formal do que seria “atividade lucrativa”, o que surge é um empregado comum, que deve ter seu contrato regido pela CLT.

Ademais, a legislação não pode, através da formalidade e do enrijecimento dos seus conceitos, permitir a prática de injustiças e fraudes à lei. O entendimento contrário ao nosso permite a desvirtuação do contrato de trabalho doméstico, colaborando para contratações disfarçadas sob o manto do labor doméstico.

Caso a corrente contrária a qual nos filiamos prevaleça, seria possível, por exemplo, que instituição beneficente se utilizasse da mão de obra da cozinheira da casa de um parente da diretora, que estaria “apenas realizando uma doação”. A lei deve criar mecanismos para afastar esse tipo de entendimento, sob o risco de institucionalizar uma prática nociva ao mundo do direito do trabalho, já tão vitimado por práticas culturais abusivas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do direito é a justiça. A tendência hermenêutica mais atualizada procura criar sempre mecanismos para interpretar o direito e a norma da forma que lhe proporcione mais eficácia.

O Direito do Trabalho, como parte ao mesmo tempo integradora e propulsora desse movimento, não pode se posicionar de maneira diversa. Nascido da luta de classes e impulsionado pelo inconformismo daqueles que não detinham a máquina estatal nas mãos, para o Direito do Trabalho a verdade dos fatos sempre superará a limitação da forma.

Não podemos admitir que a norma tolere a fraude. Se abraçarmos o entendimento engessado da lei e desconsiderarmos o afastamento da atividade econômica para o labor doméstico, faremos com que se institucionalize a prática nociva. Aplicando o Princípio da Primazia da Realidade sobre o fato, encontraremos um labor que em quase nada se assemelha ao pretendido pela Lei nº 5.859/72.

Nas situações levantadas, a prática cotidiana revela a inexistência do real labor doméstico em muitos casos, surgindo da realidade fática um empregado comum, que deve ter seu contrato regido pela CLT. Por isso, para esses casos, deve prevalecer o conceito de doméstico apresento pelo art. 7º, a, da Consolidação, isto porque ela se refere à “atividade não econômica”, excluindo a característica da lucratividade trazida pela Lei nº 5.859/72.

Como já apontado, a legislação não pode, através da formalidade e do enrijecimento dos seus conceitos, permitir a prática de injustiças e fraudes à lei. O entendimento abre espaço para a desvirtuação do contrato de trabalho doméstico, colaborando para contratações disfarçadas sob o vínculo doméstico.

Por fim, defendemos que a lei possui mecanismos hermenêuticos capazes de afastar esse tipo de entendimento, evitando a recepção da prática nociva pelo direito do trabalho, que já enfrenta diariamente as constantes mudanças do mundo laboral e lida com a evolução e aperfeiçoamento constante das fraudes aos direitos trabalhistas.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 2. ed.. São Paulo: LTR, 2006.

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

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 9. ed. Rio De Janeiro: Método, 2014.

CATHARINO, José Martins. Compêndio Universitário de Direito do Trabalho. São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1972.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil. V. 3, Contratos. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito de Trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

_____. Curso de Direito do Trabalho. 13. ed. São Paulo: LTr, 2002.

GOMES, Orlando. Contratos. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. Curso de Direito do Trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988 4.ed São Paulo: Malheiros, 1998.

MAGANO, Otávio Bueno. Manual de Direito do Trabalho. Direito Individual do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 1992, v. 2.

MARANHÃO, Délio; CARVALHO, Luiz Inácio Barbosa. Direito do Trabalho. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora da FGV, 1993.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 13. ed. São Paulo, 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 42. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 27. ed. São Paulo: LTr, 2001.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil – Vol. IV – Tomos I e II. 8.º ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PINTO, José Augusto Rodrigues. Curso de Direito Individual do Trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.

RODRIGUEZ, Américo Plá. Princípios de Direito do Trabalho. Tradução de Wagner D. Giglio. 5ª tiragem. São Paulo: LTr, 1997.

RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de Direito do Trabalho. 7. ed. Curitiba: Juruá, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. Instituições de Direito do Trabalho. 21. ed. São Paulo: LTr, 2003, v. 1.