

*Domingos Sávio Zainaghi*

Desde 19 de julho de 2006, vige a Lei n. 11.324, que alterou dispositivos de legislações anteriores que tratavam do trabalho doméstico.

Falou-se muito sobre a não obrigatoriedade de o empregador recolher à conta de FGTS dos empregados, como se este fosse o grande direito que os trabalhadores domésticos haviam perdido com a novel legislação.

Ocorre, entretanto, que se deu mais atenção ao direito não concedido, do que àquele concedido, do qual trataremos neste ensaio.

Desde a promulgação da Constituição de 1988, sempre causou certa indignação o fato de o constituinte não ter concedido à trabalhadora doméstica a estabilidade no emprego durante a gravidez.

Com efeito, os direitos dos trabalhadores domésticos estão previstos no parágrafo único do art. 7. da Constituição da República:

Art. 7...

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.

E os incisos acima citados assim prevêm:

Art.7º

...

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos um terço a mais que o salário normal;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias nos termos da lei;

XXIV - aposentadoria

Vê-se que não faz parte do rol supra, a previsão do inciso I, do mesmo artigo, o qual tem a seguinte redação: “I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;”. E no Ato das disposições Constitucionais Transitórias, tem-se a regulamentação do inciso I, do artigo 7, assim prevendo:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

a)...

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Portanto, ficava claro que não havia o constituinte de 1988 concedido à empregada doméstica a estabilidade durante a gravidez, direito restringido às trabalhadoras urbanas e rurais.

Para os menos atentos, o salário, com a duração de cento e vinte dias, seria a garantia de estabilidade.

A licença à gestante é um direito previdenciário e não propriamente trabalhista.

Nos ensinamentos de Carlos Henrique Bezerra Leite “a licença à gestante consiste num repouso com duração de 120 dias (e aqui a novidade em relação ao regime anterior

que era de 90 dias) concedido à empregada, à trabalhadora avulsa e à doméstica antes e depois do parto”.

Durante o repouso, a trabalhadora percebe um benefício previdenciário chamado de salário-maternidade, não podendo ser despedida de forma arbitrária ou sem justa causa.

Para a segurada empregada e a trabalhadora avulsa consistirá numa renda igual à remuneração mensal, efetivando-se a compensação quando do recolhimento das contribuições previdenciárias, a cargo do empregador ou do tomador de serviço (Lei n. 8.213/91, art. 72). O salário-maternidade da trabalhadora doméstica é pago diretamente pela Previdência Social (Lei n. 8.213/91, art. 73). (Constituição e Direitos Sociais dos Trabalhadores. LTr, pág. 88)

E os artigos 72 e 73 da Lei n.º 8.213/91, que é a lei de benefícios da Previdência Social, não deixavam dúvidas quanto ao caráter previdenciário desse direito:

Art. 72. O salário-maternidade para a segurada empregada ou trabalhadora avulsa consistirá numa renda mensal igual à sua remuneração integral.

Art. 73. Assegurado o valor de um salário mínimo, o salário-maternidade para as demais seguradas consistirá:

I - em um valor correspondente ao seu último salário-de-contribuição, para a segurada empregada doméstica;

II - em um doze avos do valor sobre o qual incidiu sua última contribuição anual, para a segurada especial;

III - em um doze avos da soma dos doze últimos salários-de-contribuição, apurados em um período não superior a quinze meses, para as demais seguradas.

E os tribunais assim se pronunciavam quanto ao tema:

Inexistência de direito à reintegração, com base no art. 10, II, b, § 1º, nas disposições transitórias. Os trabalhadores domésticos não gozam de todos os direitos previstos no art. 7º da Magna Carta tendo esta assegurado, apenas, aqueles elencados nos incisos do parágrafo único do art. 7º. Ora, não se incluindo neles a proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa (inciso I) é inviável buscar a proteção mínima já prevista no art. 10, II, b, § 1º, das disposições transitórias. Recurso improvido (Ac. TRT 15ª R. - RO 8.276/89);

Gestante - O parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal, que prevê os direitos dos trabalhadores domésticos, não inclui

o inciso I desse artigo. Conseqüentemente, não se aplica aos domésticos o art. 10 das Disposições Constitucionais Transitórias, que trata entre outros direitos, da estabilidade da gestante (Ac. TRT 8ª R. (DF) - RO 4.698/89);

A exaustiva enumeração dos direitos estendidos ao empregado doméstico contida no parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal não contempla o de estabilidade provisória da gestante no período previsto no art. 10, inciso II, b, das Disposições Transitórias (Ac. TRT 4ª R. (RS) - RO 359/90);

A empregada doméstica, embora destinatária do salário-maternidade, por força de preceito constitucional, não foi contemplada com a estabilidade provisória a que alude o art. 10, inciso II, b, do ADCT, em face da omissão do art. 7º, § único, da CF/88 a respeito desta garantia. Obrigar uma família a manter o empregado doméstico, a pretexto de uma estabilidade provisória, quando a confiança deixa de existir, afronta o princípio da razoabilidade. E nem se diga que poderia a obrigação de fazer ser convertida em obrigação de dar. No serviço doméstico não há finalidade lucrativa, tampouco há risco da exploração de mão-de-obra, inexistindo, em conseqüência, o lucro ou o prejuízo decorrente desta exploração. Desta forma, seria um alto gravame ao orçamento familiar impor tal conversão. Estabilidade denegada. (TRT 3ª R. - RO 15.156/92 - 3ª T.- Rel.ª Juíza Alice Monteiro de Barros - DJMG 12.11.1993);

Inaplicabilidade - A estabilidade provisória da gestante, prevista no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, é mero desdobramento do direito à proteção contra despedida arbitrária ou sem justa causa, portanto não se aplica à empregada doméstica, já que não se encontra entre os direitos expressamente assegurados àquela categoria pela Constituição Federal. Recurso improvido no particular por maioria. (TRT 24ª R. - Ac. 0001290/97 - RO 0000167/97 - Rel. Juiz João de Deus Gomes de Souza - DJMS 20.06.1997, p.00051).

Mesmo quanto ao pagamento dos 120 dias quando o empregador tivesse despedido a empregada (por não gozar de estabilidade), a jurisprudência era no sentido de que caberia ao patrão, já que, com a dispensa da empregada, teria ele impedido que a trabalhadora pudesse receber o benefício previdenciário.

Ora, se não tinha o empregador obrigação legal de manter no emprego a empregada doméstica grávida, nunca nos pareceu correto o entendimento pretoriano.

Com o passar do tempo, até mesmo neste ponto o entendimento dos tribunais mudou:

A norma constitucional prevista no art. 7º, inciso XVIII, com relação à categoria dos trabalhadores domésticos foi regulamentada no sentido de competir o pagamento do referido auxílio diretamente pela Previdência Social (Decreto n.º 611, de 21 de julho de 1992, art. 98) e não pelo próprio empregador. Recurso desprovido. (TRT 3ª R. - RO 14.066/91 - 4ª T. - Rel. Juiz Orestes Campos Gonçalves - DJMG 28.11.1992);

Empregada doméstica - Férias proporcionais - Gravidez - Salário maternidade. Não obstante as disposições da Lei n.º 5.859/72 que rege a categoria dos domésticos, e das peculiaridades nela contidas, entendendo ser admissível o pagamento das férias proporcionais ao trabalhador doméstico, desde que compreendido o pedido, nos direitos básicos garantidos pela Constituição Federal de 1988, em nível de igualdade ao trabalhador urbano em geral. Denomina-se salário-maternidade o ingresso econômico assegurado à mulher durante o período de repouso obrigatório, por ocasião do parto, em nossa lei de 12 semanas. A mulher estará proibida de trabalhar durante este período e sem prejuízo da remuneração (Amauri Mascaro Nascimento). Logo, é a remuneração correspondente ao período de licença em razão da gravidez. Assim, a eventual dispensa em razão da prenhez não gera salário-maternidade. (TRT 10ª R. - RO 0377/99 - 3ª T. - Rel. Juiz Bertholdo Satyro - DJU 25.05.1999);

Doméstica - Salário-maternidade. Responsabilidade pelo pagamento. Como dispõe o art. 7º, § único, da CF/88, à categoria dos empregados domésticos não foi assegurado o direito à estabilidade preconizada pelo art. 10, II, b, do ADCT. Mesmo se residido o pacto em período coincidente com aquele reservado à percepção do salário-maternidade, pertencendo a responsabilidade pelo pagamento dessa vantagem à autarquia previdenciária (art. 71, da Lei n.º 8.213/91), nada há que se demandar em face da ex-empregadora. (10ª R. - RO 4.471/99 - 3ª T. - Rel. Juiz Douglas Alencar Rodrigues - DJU 03.03.2000);

Salário-maternidade - Doméstica. Dispensa imotivada. Irresponsabilidade patronal a partir de 23.03.1994. A partir de 23.03.1994, pela nova redação que a Lei n.º 8.861/94 deu aos arts. 71 a 73 da Lei n.º 8.213/91, o salário-maternidade de 120 dias, assegurado à empregada doméstica poderá ser requerido, por ela, no prazo de 90 dias após o parto, diretamente perante o órgão competente (INSS), ainda que extinto o contrato de trabalho, já que nos 12 meses posteriores conserva a condição de segurada conforme art. 15 da Lei n.º 8.213/91. O art. 95 do Decreto n.º 611/92 do antigo regulamento os PBPS perdeu

eficácia, porque em afronta às novas disposições da Lei n.º 8.213/91, não pode mais ser aplicado, pois sendo o decreto espécie normativa inferior e por contrária a lei que regulamenta, não tem eficácia. A dispensa sem justa causa da empregada doméstica, no caso, é exercício regular de direito que não afronta o preceito do art. 120 do CCB. Assim, o empregador não responde pelo equivalente ao salário-maternidade, porque não frustrou a percepção ao benefício legal. (TRT 15ª R. - Proc. 30.527/98 - Ac. 10.572/00 - 2ª T. - Rel. Juiz José Antônio Pacontti - DOESP 28.03.2000);

Empregada doméstica - Salário-maternidade. O Salário-maternidade da empregada doméstica é devido pela Previdência Social, e não pelo empregador, ainda que dispensada a laborista sem justa causa, pois a norma legal não condiciona o pagamento do benefício à doméstica à vigência do contrato de trabalho. Esta a interpretação que se colhe do exame conjunto dos artigos do Decreto n.º 2.172/97, que tratam da matéria. (TRT 3ª R. - RO 11.799/98 - 1ª T. - Rel.ª Juíza Denise Alves Horta - DJMG 21.05.1999).

Logo, a estabilidade era de 120 dias, mas os salários desse período eram pagos pela Previdência Social, e não pelo empregador.

Agora, a Lei n. 11.324/06, atendendo aos reclamos de muitos, concedeu às trabalhadoras domésticas o mesmo direito, acrescentando à Lei n. 5.859/72 (Lei do trabalho doméstico), o artigo 4 A, o qual tem esta redação: “Art. 4º-A. É vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto”. Portanto, corrigiu-se uma discriminação da Constituição de 1988, concedendo-se às domésticas grávidas, os mesmos direitos das trabalhadoras urbanas e rurais.