

A CONVENÇÃO Nº 189 DA OIT: OS AVANÇOS NA TUTELA DO TRABALHO DOMÉSTICO

LEANDRO KREBS GONÇALVES*
MARIA CRISTINA SANTOS PEREZ**

SUMÁRIO: Introdução; 1 A questão da delimitação conceitual dos direitos humanos e dos direitos fundamentais; 2 O problema da incorporação e da hierarquia normativa dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no Direito Brasileiro; 3 O cenário de elaboração da Convenção; 4 As inovações trazidas pela Convenção – conceito de trabalho decente; 5 Os impactos da Convenção no Direito Interno Brasileiro; Conclusões; Referências Bibliográficas; Endereços na *Internet*.

INTRODUÇÃO

A Convenção nº 189 recentemente aprovada pela OIT fixa novos parâmetros ao trabalho doméstico, retomando a discussão acerca dos direitos humanos e da sua perspectiva na sociedade vigente. Sabe-se que essas garantias universalizam noção de patamares civilizatórios mínimos para todas as nações, independente de distinções culturais. Por estarem presentes nos instrumentos regulatórios internacionais, repercutem diretamente no momento de incorporar seus preceitos no ordenamento interno de cada país signatário. [...]

O objetivo deste artigo consiste em apontar, em um primeiro momento, a forma de integração das convenções internacionais no sistema brasileiro e a hierarquia ocupada dentre as demais fontes formais de Direito. Após, assume relevo indicar os avanços alcançados na tutela do trabalho doméstico pelo documento em questão, na medida em que confere tratamento isonômico a essa classe de trabalhadores na equiparação dos direitos já outorgados aos demais trabalhadores.

1 A QUESTÃO DA DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Definir uma ideia por meio de palavras não é uma tarefa singela, ainda mais quando não há consenso acerca da definição de direitos humanos.

* Juiz do Trabalho do TRT da 4ª Região-RS. Especialista em Direito do Trabalho pela UNISINOS e Mestrando em Direito do Trabalho pela USP.

** Juíza do Trabalho Substituta da 4ª Região-RS. Especialista em Direitos Fundamentais pela PUCRS.

Tanto é assim, que há quem utilize a expressão direitos humanos como sinônimo de direitos naturais, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos fundamentais do homem e direitos humanos fundamentais¹. No entanto, tais expressões não são sinônimas, para tanto, basta buscar-se a lição de BOBBIO², que menciona acerca da dificuldade de conceituação dos direitos humanos, mas esclarece que estes não podem ser confundidos com os direitos naturais, na medida em que os direitos naturais cabem ao homem enquanto pessoa natural de forma inerente, o que no seu entender é até tautológico, porque a expressão 'direitos do homem', faz pensar na existência de direitos que pertence a um homem essencial e eterno, de cuja contemplação derivaria o conhecimento infalível dos seus direitos e deveres. Em contrapartida, o mesmo autor entende que os direitos humanos são o produto não da natureza, mas da civilização humana, como direitos históricos, mutáveis e suscetíveis de transformação e ampliação. Esclarece, ainda, BOBBIO, que não se pode confundir direitos humanos com direitos individuais, tampouco com direitos públicos subjetivos, porque estes dois últimos referem-se à concepção individual da pessoa humana, no Estado Liberal, que exprime a situação jurídica subjetiva do indivíduo em relação ao Estado, não traduzindo a amplitude dos direitos humanos. Muito menos é concebível confundir-se direitos humanos com liberdades fundamentais e liberdades públicas, porque estas carregam estrita ligação com os direitos individuais e com os direitos públicos subjetivos, e estas últimas trazem em seu conceito apenas questões relacionadas com as liberdades clássicas, quais sejam: direitos civis, liberdades políticas e direitos políticos, o que não abrange o conteúdo e significado dos direitos humanos, visto que no âmbito dos direitos humanos estão contidos os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão³. Ainda, e na visão do mesmo autor, jamais pode ser esquecida a dimensão histórica dos direitos humanos, o que faz distinguir, também estes dos direitos naturais, porque os direitos humanos almejam sua positivação.

Também não serve como sinônimo de direitos humanos a expressão direitos fundamentais do homem, tampouco direitos humanos fundamentais. Isso porque há diferença entre direitos humanos e fundamentais, e, além disso, não cabe mais nos tempos atuais usar o termo "homem", quando em

¹ Esta advertência é de LUÑO, para quem a heterogeneidade, ambiguidade e ausência de consenso relativamente a cada um desses termos necessita de maior cuidado, não podendo ser usados como sinônimos, no entender do aludido jurista. Da mesma forma adverte SARLET. Para um aprofundamento ver: LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 3. ed. Madri: Tecnos, 1990. p. 48 e SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. p. 27.

² BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Nova edição. 6ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. pp. 17-32.

³ A questão da dimensão dos direitos será abordada no item relativo aos direitos fundamentais. Na concepção de BOBBIO, este menciona três dimensões de direitos humanos. Em termos de direitos fundamentais a quem como BONAVIDES, que já admita uma quarta e também uma quinta dimensão de direitos fundamentais.

verdade se está a falar da espécie humana, aí englobado, homens, mulheres, crianças, transexuais, etc., pois a utilização do termo homem não abrange todos os gêneros e sexos. No sentir de BONAVIDES⁴ quando se fala em direitos humanos se está a tratar dos direitos da pessoa humana antes de sua constitucionalização ou positivação nos ordenamentos nacionais, em razão das raízes históricas, já por direitos fundamentais, o mesmo autor entende estes quando trasladados para os espaços normativos referenciais de cada Estado Soberano. Na mesma linha, é o entendimento de CANOTILHO⁵ que ensina que direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente, sendo os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta, enquanto os direitos humanos seriam aqueles válidos para todos os povos e em todos os tempos (com caráter inviolável, intemporal e universal)⁶.

É exatamente nessa linha de raciocínio, que SARLET⁷ acentua a importância da distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, não sendo apenas uma querela acadêmica, no entender do doutrinador, porque os direitos humanos aspiram à validade universal para todos os povos e tempos. Portanto, sinteticamente pode se sinalar a diferença apontada por FARIAS⁸ que entende que a diferença entre direitos humanos e fundamentais reside na dimensão constitucional desses direitos, reservando a expressão direitos humanos para se referir à dimensão internacional, proclamados em declarações e tratados internacionais, enquanto os direitos fundamentais são aqueles positivados pelo direito constitucional interno de cada Estado.

Parece, assim, que o conceito trazido por LUÑO⁹ é mais consentâneo com tudo o que já foi exposto na medida em que este define os direitos humanos como sendo um "um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional".

Os direitos fundamentais, assim como os direitos humanos, são frutos das rupturas sociais que ao longo da história foram desencadeando o reconhecimento necessário de direitos fundamentais às pessoas, no intuito

⁴ BONAVIDES, Paulo. Os Direitos Humanos e a Democracia. In: *Direitos Humanos como Educação para a Justiça*. Reinaldo Pereira e Silva (Org.). São Paulo: LTr, 1998. p. 16

⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. pp. 377-379.

⁶ Deve ser grifado que de forma diversa pensa BARROS, que não aceita separação entre direitos humanos e fundamentais, não considerando institutos jurídicos distintos, mas sim sinônimos. Seu argumento é que "a dicotomia retira humanidade ao fundamental e fundamentalidade ao humano". Preferindo, portanto, o uso da expressão direitos humanos fundamentais. Para melhor esclarecer a questão ver: BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 36-48.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 29.

⁸ FARIAS, Edilson. *Liberdade de Expressão e Comunicação: Teoria e Proteção Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 27.

⁹ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Op. cit.* p. 48.

de resguardá-los do poder exercido pelos Estados¹⁰. Tudo isso para dizer que o desenvolvimento e a transformação são as marcas dos direitos fundamentais, que por sua vez, juntamente com a separação de poderes são as características fundantes para distinguir um Estado de um Estado Democrático de Direito, por ser exatamente o caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado Democrático de Direito, porque compreende exatamente como limites normativos ao poder estatal, tornando-se elemento nuclear da Constituição material¹¹. O que desencadeia a percepção de que os direitos fundamentais somente são eficazes no âmbito de um Estado constitucional. Não é à toa que o discurso de SCHMITT é no sentido de que a forma de um Estado é determinada pela forma de ser dos direitos fundamentais que reconhece¹².

Nessa perspectiva é que se mostra a interdependência dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, inclusive no sentido de sua máxima eficácia, porque os direitos fundamentais são a positivação dos direitos humanos pelo direito constitucional interno de cada Estado, até porque todas essas ideias são conexas à noção de democracia. Isso porque por meio do construído de lutas na busca de cada pessoa humana por igualdade, liberdade e fraternidade, passou-se pela necessidade de constitucionalizar positivamente no âmbito de cada Estado tais direitos, que são exatamente aqueles denominados como fundamentais, e “sem a garantia de direitos fundamentais não há verdadeiramente democracia”¹³. Basta, assim, um resgate para também relacionar os direitos fundamentais ao Estado social, o que ocorre, também no âmbito do sistema jurídico brasileiro, apesar do princípio do Estado social não estar consagrado no texto da Constituição brasileira. Para chegar a tal conclusão, basta uma interpretação sistemática¹⁴ dos fundamentos que compõe o Estado Democrático de Direito brasileiro (quais sejam: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político) com a grande quantidade de direitos fundamentais sociais previstos nos artigos 6º a 11º da CF.

¹⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 4.

¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* pp. 58-59.

¹² SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 1992. pp. 138-139.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 61.

¹⁴ A interpretação sistemática do Direito é expressão cunhada por Juarez Freitas, sendo, inclusive, o título de uma de suas obras e significa, grosso modo, uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos. Dito de outra forma, a interpretação sistemática, quando compreendida em profundidade, é aquela que se realiza em consonância com a rede hierarquizada, máxime na Constituição, tecida por princípios, normas e valores considerados dinamicamente e em conjunto. Assim, ao se aplicar uma norma, está-se aplicando o sistema inteiro. Para aprofundamento do tema ver: FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

Definir, assim, os direitos fundamentais, conforme ensina SARLET, obriga o estudo das opções realizadas pelo Poder Constituinte Originário, visto que este utiliza a expressão direitos fundamentais abrangendo todas as demais espécies e categorias, especificamente os direitos individuais e coletivos expressos no Capítulo I do texto constitucional, os direitos sociais, descritos no Capítulo II, a nacionalidade que está disposta no Capítulo III, os direitos políticos previstos no Capítulo IV, a disciplina dos partidos políticos arrolada no capítulo V. Também importa dizer que a expressão direitos fundamentais engloba os direitos de defesa, os de cunho prestacional, os direitos-garantia e as garantias institucionais, o que demonstra a abrangência e o porquê da opção terminológica efetuada pelo Poder Constituinte originário que rompe com toda a tradição anterior do direito constitucional positivo brasileiro, optando pela utilização da expressão cunhada na Lei Fundamental da Alemanha e na Constituição Portuguesa de 1976¹⁵.

Assim, é difícil definir um conceito sintético e preciso para os direitos fundamentais. Mas, como diz SILVA¹⁶, e como dito no item precedente, não pode ser aceita a utilização desta expressão como sinônima de direitos naturais, direitos humanos (ou outros), até porque a Constituição da República ao adotar predominantemente a expressão direitos fundamentais fez uma opção pela definição baseada na historicidade, porque traduziu uma concepção de Estado acolhida no art. 1º: De que nosso Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito, trazendo uma perspectiva de princípios que trazem uma concepção de mundo que orienta e informa a luta popular para a conquista definitiva da efetividade desses direitos. O que importa dizer que as outras expressões estão divorciadas do estágio atual da evolução dos direitos fundamentais no âmbito de um Estado Democrático e Social de Direito, como já detectado no âmbito internacional, pois além da Alemanha e de Portugal, também já usava esta expressão a Constituição Espanhola, da Turquia e da Holanda¹⁷. Dentro dessa ambientação, parece mais preciso o conceito trazido por SARLET¹⁸ fundado em LUÑO:

(...) direitos fundamentais possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito (...).

Deve ainda ser mencionado que a dificuldade polissêmica resulta também na existência de dimensões dos direitos fundamentais, até porque o

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 28.

¹⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. pp. 176-183.

¹⁷ Conforme esclarecido na nota nº 4. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 28.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. cit.* p. 31.

próprio titular – dependendo da dimensão – é diverso, o que dificulta uma conceituação mais precisa e demonstra a interdependência entre os direitos fundamentais nas diversas dimensões.

2 O PROBLEMA DA INCORPORAÇÃO E DA HIERARQUIA NORMATIVA DOS TRATADOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO DIREITO BRASILEIRO

A atual Constituição vigente no Brasil foi o marco que desencadeou a transição ao regime democrático e o fim da era ditatorial, aumentando significativamente o estudo e importância dos direitos fundamentais, quer pela opção topológica realizada, que passou a tratar do tema no início do texto constitucional, quer pelo conteúdo, que a colocou dentre as Constituições mais avançadas do mundo no concernente a este tema¹⁹. No entanto, o próprio texto da Constituição brasileira traz diversidade semântica no que diz respeito à utilização dos termos direitos humanos, direitos e garantias fundamentais, direitos e liberdades constitucionais e direitos e garantias individuais²⁰. Nessa medida, a própria diversidade semântica já estudada importa para a realização desse diálogo complexo e necessário acerca da incorporação e hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. Com o fito de se entender o macro, ou seja, a forma de incorporação de todo e qualquer tratado, para que se possa por consequente tratar acerca da Convenção nº 189 da OIT.

O tratado é o instrumento básico e preponderantemente utilizado pelo Direito Internacional Público para a consecução das suas finalidades, está conceituado na Convenção de Viena como o “acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, constante de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja sua denominação particular”²¹. Os tratados são a principal fonte do direito internacional, sua formação requer como pré-requisito o acordo de vontades celebrado entre sujeitos do direito internacional, sob a forma escrita.

Há diversidade de denominações atribuídas aos atos internacionais, há as convenções que são os tratados multilaterais adotados pelas assembleias ou conferências da ONU ou da OIT. Às vezes com a finalidade de enfatizar a relevância do tratado ou convenção emprega-se a palavra “pacto”, como ocorreu, por exemplo, no Pacto da Sociedade das Nações, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Também se utiliza o nome de

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9. ed., rev., ampli. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 25.

²⁰ Apenas para situar, deve ser dito que a expressão direitos humanos é usada nos seguintes artigos da CF: Art. 4º, II; art. 5º, § 3º; art. 109, V-A e § 5º; e no art. 7º do ADCT. Por sua vez, a expressão direitos e garantias fundamentais consta no Título II e no Art. 5º, § 1º da CF. Já o termo direitos e liberdades constitucionais está no Art. 5º, LXXI, da CF. Direitos e garantias individuais aparece no Art. 60, § 4º, inciso IV, da CF. Liberdades fundamentais resta no Art. 5º, XLI, da CF e, por fim, a expressão liberdades públicas não tem essa expressão na CF, nem no ADCT.

²¹ Art. 2º, Parte nº I, alínea ‘a’.

"Carta" para o estatuto básico das Nações Unidas, já o da Organização Internacional do Trabalho, possui o nome de "Constituição" e por sua vez, o da Corte Internacional de Justiça e o da Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem o nome de "Estatuto"²². REZEK define o tratado internacional como "acordo formal, concluído entre sujeitos de direito internacional público e destinado a produzir efeitos jurídicos"²³. Os tratados apresentam em sua estrutura um preâmbulo, uma parte dispositiva e os anexos, conforme previsto no artigo 31.2 da Convenção de Viena, sobre o Direito dos Tratados²⁴.

Quando os Estados ratificam um tratado internacional estão obrigados a cumpri-los com base no princípio de boa fé e no *pacta sunt servanda*, pelo qual o Estado está forçado a cumprir o tratado que ratificou, que regem as relações internacionais. Os tratados têm uma força jurídica vinculante para o país que os ratifica, que se obriga internacionalmente a cumpri-los. Tal obrigação do Estado é paralela à responsabilidade de supervisão de seu cumprimento por parte dos órgãos de fiscalização internacionais. Os requisitos para a validade dos tratados são: capacidade das partes, habilitação dos agentes signatários, consentimento mútuo e objeto lícito e possível.

O processo de formação dos tratados é deixado a critério de cada Estado. A assinatura é um aceite precário e provisório, que não irradia efeitos vinculante. Assim, em regra, após a assinatura do tratado pelo Poder Executivo, tem-se sua apreciação e aprovação pelo Poder Legislativo, que é seguida da ratificação pelo Poder Executivo. Sobre o tema, a Convenção de Viena estabelece nos artigos 11 e 17 o consentimento como meio de obrigar-se pelos tratados, expondo no artigo 12 as hipóteses em que a ratificação é necessária.

No âmbito do direito brasileiro, a primeira fase é relativa à assinatura, que é um aceite precário e não definitivo – resta previsto no art. 84, VIII da CF. Ato contínuo, para a vigência no Brasil é necessário que o tratado seja aprovado pelo Congresso Nacional, consoante estabelece o art. 49, I, da CF. Há ainda uma terceira fase, qual seja: a da ratificação do tratado, ou aceite definitivo pelo Poder Executivo, por meio do Presidente da República. É necessário ressaltar que no plano internacional por meio da ratificação atribui-se vigência ao tratado internacional, o que já cria obrigações jurídicas no âmbito internacional. Grifa-se que tal sistemática de formação dos tratados é falha, por não conter prazos determinados na passagem de uma fase para a outra, podendo ser citado o emblemático caso da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que foi assinada pelo Estado brasileiro em 1969 e encaminhada à apreciação do Congresso Nacional apenas em 1992,

²² SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 39.

²³ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*. 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 14.

²⁴ "Art 31.2 – Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreende, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a- qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes por ocasião da conclusão do tratado; b- qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes por ocasião da conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado".

tendo sido aprovada pelo Senado apenas em 15 de julho de 2009²⁵. Por consequente, a vigência de um tratado no âmbito internacional constitui pressuposto essencial para que o instrumento ratificado possa ter eficácia jurídica em relação ao Estado que o ratificou, no entanto, não pode ser confundida a vigência internacional com a nacional, na qual a nacional depende da internacional, resultando no compromisso assumido pelo país que manifestou o seu consentimento em obrigar-se²⁶.

Após o término do processo de formação dos tratados surge a necessidade da sua incorporação ao ordenamento jurídico dos Estados que o ratificaram²⁷. Esta incorporação é na verdade a transformação do direito internacional em direito interno. Para tanto, existem duas teorias que apresentam soluções divergentes acerca da incorporação dos tratados, quais sejam: a teoria monista e a teoria dualista. Só que o estudo destas teorias é hoje considerado discussão menos importante porque é a Constituição de cada Estado que vai determinar as regras para incorporação dos tratados internacionais ao direito interno. Logo, no plano interno, trata-se de matéria de ordem constitucional, mais do que internacional, porque o que deve ser examinado é a constitucionalidade do tratado. Porém, não só a constitucionalidade, mas também a compatibilidade da própria constituição com as normas cogentes de Direito Internacional, de aplicação geral e obediência compulsória por todos os Estados, porque expressam os valores permanentes da comunidade internacional. E nessa medida, os valores expressos pelos direitos humanos prevalecem sobre os valores do direito interno, caso com eles contrastantes, como será abordado na sequência²⁸. Mas apesar desta celeuma doutrinária, o relevante é o exame da Constituição do país e o respectivo estudo dos mecanismos adotados pelo texto constitucional em cada caso em análise, porque será este o texto que esclarecerá a forma de incorporação do tratado internacional ao direito interno de cada Estado signatário. Nessa medida, importa o uso da teoria da parametricidade de CANOTILHO²⁹ – que é o parâmetro de determinação do bloco de constitucionalidade fundado na parametricidade do direito suprapositivo, na parametricidade dos direitos fundamentais e na parametricidade das normas interpostas e pressupostas na busca de uma densificação em profundidade das normas e princípios da constituição, para a realização do alargamento do bloco de constitucionalidade a princípios não escritos desde que reconduzíveis ao programa normativo-constitucional³⁰.

²⁵ Disponível em: <<http://www.direito2.com.br/asen/2009/jul/15/depois-de-40-anos-brasil-adere-a-convencao-de-viena-sobre-o-direito>> Acesso em: 06 dez. 2009.

²⁶ SUSSEKIND, Arnaldo. *Op. cit.* p. 53.

²⁷ A incorporação dos tratados internacionais também é denominada de internacionalização, internalização ou recepção dos tratados internacionais.

²⁸ MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma Análise Crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2.000. p. 18.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.* pp. 913-916.

³⁰ Sobre a parametricidade do direito suprapositivo fala CANOTILHO: "A ordem constitucional global

Isso quer dizer que a questão envolvendo a transformação das normas internacionais em normas nacionais é uma questão de Direito Constitucional Internacional, verificando-se para isso se a ordem jurídica em exame permite o ingresso da norma internacional de forma automática ou condicionada. No âmbito brasileiro há um sistema misto de incorporação dos tratados internacionais, até porque existe distinção para a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos e os tratados internacionais tradicionais³¹. Tal divergência é decorrente da ausência de regra expressa de reconhecimento ou aceitação do direito internacional pelo direito interno, que no concernente aos tratados versando sobre os direitos humanos foi solucionada a partir da introdução do § 3º do art. 5º da CF (que ocorreu por meio da EC nº 45/2004)³². Contudo, e de acordo com o disposto no art. 84, VIII e art. 49, I, todos da CF, no plano interno brasileiro a vigência do tratado internacional ocorre com a publicação do Decreto promulgado pelo Presidente da República.

A incorporação ocorre da seguinte forma: no âmbito parlamentar há a recepção da mensagem do Presidente da República, que deve vir acompanhada de exposição de motivos do Ministro das Relações Exteriores, conjuntamente com o inteiro teor do tratado internacional. Esta mensagem tramita primeiro pela Câmara dos Deputados. Quando chega à Câmara dos Deputados é realizada a leitura da mensagem, forma-se o processo – com numeração própria e é remetido à Comissão de Relações Exteriores, que designará um relator. O Relator dá um parecer, apresentando um projeto de decreto legislativo. Ato contínuo, é submetido à Comissão de Constituição e Justiça, caso aprovado por esta Comissão, será submetido à aprovação pelo plenário.

seria mais vasta do que a constituição escrita, pois abrangeria não apenas os princípios jurídicos fundamentais informadores de qualquer Estado de direito, mas também os princípios implícitos nas leis constitucionais escritas. Não estando aqui em causa o problema da validade material da ordem jurídica (= legitimidade material), mas apenas o de saber quais as normas e princípios a que os órgãos de controlo podem apelar para aquilatar da constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos actos normativos, a resposta, em tese geral, é dada pela própria Constituição: só são inconstitucionais as normas que infrinjam as normas e princípios consignados na Constituição (cfr. Arts. 3º/3 e 277º/1). Mas o que deve entender-se por *princípios consignados* na constituição? Apenas os princípios constitucionais escritos ou também os princípios constitucionais não escritos? A resposta mais aceitável, dentro da perspectiva principialista subjacente ao presente curso, é a de que a consideração de princípios constitucionais não escritos como elementos integrantes do bloco da constitucionalidade só merece aplauso relativamente a princípios reconduzíveis a uma *densificação ou revelação específica* de princípios constitucionais positivamente plasmados. O parâmetro da constitucionalidade não se reduz positivisticamente às regras e princípios escritos nas leis constitucionais; alarga-se também a outros princípios não expressamente consignados na constituição, desde que tais princípios ainda se possam incluir no âmbito normativo-constitucional (...). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.* p. 912.

³¹ Há regra expressa prevista no § 3º do art. 5º da CF acerca da incorporação (e hierarquia dos tratados que versem sobre direitos humanos): “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”.

³² Apesar de restar expresso na fala de PIOVESAN e MAZZUOLI que a regra de equivalência trazida pela EC nº 45/04, não altera a incorporação no que se relaciona aos direitos humanos.

Aprovada a redação é o projeto encaminhado ao Senado. É lido no Senado e depois encaminhado à Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional. Após esta Comissão, o projeto pode ser incluído na ordem do dia do plenário do Senado. Se for aprovado em turno único, sem emendas, dispensa redação final. Podem ocorrer emendas tanto na Câmara quando no Senado, mas tais emendas são ao Decreto e não ao Tratado. O Presidente do Senado faz a promulgação pelo Congresso Nacional. O Decreto Legislativo recebe um número e é publicado no Diário Oficial da União e no Diário do Congresso. Salienta-se que o Decreto Legislativo não comporta sanção ou veto. Isso porque ele é um decreto de execução que tem a finalidade de declarar, atestar solenemente, que foram cumpridas as formalidades exigidas. Depois de publicado tem força normativa interna no território brasileiro³³.

Já o exame da relação hierárquica-normativa entre os tratados internacionais e a Constituição é tema que provoca controvérsia desde os anos setenta, e teve seu ápice de discussão desencadeada quando o STF, julgando o RE nº 80.004-SE³⁴, pacificou o entendimento que os tratados teriam equivalência a lei ordinária e ante a realidade do conflito entre o tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador deveria ter sua prevalência garantida pela justiça.

Diante do posicionamento adotado a partir do RE nº 80.004-SE, iniciou-se uma discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a hierarquia dos tratados internacionais, especialmente aqueles que versam sobre direitos humanos, existindo, grosso modo, quatro teses doutrinárias acerca do tema, quais sejam: a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados em matéria de direitos humanos³⁵; o posicionamento que atribui caráter constitucional aos tratados que versem sobre direitos humanos³⁶; a tendência que reconhece a paridade entre lei ordinária e os tratados em geral³⁷; e a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados sobre direitos humanos³⁸.

Merece relevo que o posicionamento adotado por meio do RE nº 80.004-SE, sequer foi alterado a partir da cláusula de equivalência introduzida pela EC nº 45-2004, que inseriu o § 3º ao art. 5º da CF, só sendo revisitado a partir do RE nº 466.343-SP. Antes, no entanto de tratar acerca do novo entendimento trazido pelo voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes no RE nº 466.343-SP é necessário falar acerca da cláusula de equivalência,

³³ REZEK, José Francisco. *Op. cit.* p. 64-66.

³⁴ RTJ 83/809.

³⁵ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. pp. 25-26.

³⁶ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.* pp. 51-81.

³⁷ Posição adotada pelo STF desde o julgamento do RE nº 80.004-SE, Rel. Xavier Albuquerque, DJU 29-12-1977.

³⁸ Conforme citado no voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes, no RE nº 466.343-SP, nota 8: "Art. 25 da Constituição da Alemanha; art. 55 da Constituição da França; art. 28 da Constituição da Grécia".

na medida em que, parte da doutrina, dentre os mais relevantes, PIOVESAN³⁹ e MAZZUOLI⁴⁰, consideram que o § 3º do art. 5º em nenhum momento atribuiu hierarquia de lei ordinária aos tratados não aprovados pela maioria qualificada pela regra nele contida, uma vez que dizer que os tratados de direitos humanos aprovados por este procedimento especial passam a ser equivalentes às emendas constitucionais não significa dizer que os demais tratados não possuem tal hierarquia, ou seja, equivalentes a lei ordinária. O que a regra traz é a atribuição de eficácia formal a esses tratados no ordenamento jurídico brasileiro e não a atribuição de índole materialmente constitucional, até porque a materialidade constitucional está na regra do § 2º do art. 5º. Assim, as regras não podem ser confundidas, visto que o § 2º versa sobre uma cláusula de abertura de sistema que amplia o rol dos direitos e garantias fundamentais – bloco de constitucionalidade, enquanto que o § 3º, traz uma regra de equivalência às emendas constitucionais, ou seja, o poder constituinte derivado não diz que regra de tratado é igual à emenda constitucional, até porque não poderia, na medida em que são instrumentos diversos, trazendo sim, uma regra de equivalência, o que em nada altera a hierarquia das regras oriundas dos tratados, que está expressa no § 2º do art. 5º da CF. No entanto, nenhuma destas teses são ainda adotadas pelo STF, que hoje, adota a tese da supralegalidade, exposta no RE nº 466.343-SP⁴¹, na qual se percebe que o enfoque de MENDES trazido em seu voto, parte da interpretação sistemática de alguns dispositivos constitucionais com as regras de direito internacional público, em especial as regras da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

O acórdão nº 466.343-SP reconhece assim, no concernente a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no âmbito do direito brasileiro que estes são supralegais, o que foi decidido por maioria, em que pese o voto do Min. Celso Melo, que reconhecia que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem mesmo nível hierárquico da Constituição. O voto minoritário funda-se nos argumentos já tratados, especialmente na doutrina de PIOVESAN, TRINDADE e MAZZUOLI, que consagram que a cláusula de abertura de sistema contida no § 2º do art. 5º da CF, interpretada sistematicamente com os princípios adotados pelo mesmo texto, quais sejam: o reconhecimento expresso da prevalência dos direitos humanos e o fundamento da dignidade da pessoa humana, já importam em reconhecer a equivalência hierárquica entre as regras contidas nos tratados que versem sobre direitos humanos e as demais regras constitucionais.

³⁹ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit.* p. 51.

⁴⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 694-695.

⁴¹ O caso analisado pelo STF era um recurso extraordinário contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que negou o recurso da instituição financeira, porque não concedeu prisão civil em face de contrato de alienação fiduciária em garantia.

3 O CENÁRIO DE ELABORAÇÃO DA CONVENÇÃO

A proteção do trabalho doméstico tornou-se foco das discussões no âmbito da OIT nos últimos anos. Iniciado com vigor na 99ª Conferência Internacional (CI), esse processo foi subsidiado por uma série de relatórios e consultas prévias aos Estados Membros dessa Organização, com o preenchimento de questionários em que manifestavam suas opiniões sobre o tema. Reuniões técnicas e eventos específicos foram realizados, elucidando a dinâmica desse labor em cada país, com a participação dos governos e das representações de empregadores e empregados. A mobilização dos atores locais e a inserção da temática na agenda pública de cada nação culminam com a intitulada Convenção sobre o Trabalho Decente para os Trabalhadores Domésticos (nº 189), aprovada na 100ª CI de Genebra, realizada em junho deste ano.

A busca pelo dito instrumento internacional regulador, que também foi acompanhado de uma recomendação com o mesmo título (nº 201), não surgiu por acaso ou mera benevolência dos seus subscritores. Resultou de gradativa evolução da consciência da Humanidade sobre o valor social do trabalho, nas suas mais diversas espécies; e sobre a necessidade de outorga de tratamento igualitário aos indivíduos, quando dependem da sua força e energia para subsistência no meio social. Tanto não é novidade que, desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem, já se preceitua que “todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego”. (art. 24)⁴²

Não se fechem os olhos ao desrespeito sistemático dos direitos humanos e fundamentais dos domésticos. Tendo acesso apenas a parcela das garantias conferidas aos demais trabalhadores, formam uma subcategoria de prestadores de serviços, que são nitidamente discriminados, jogados na informalidade e, há mais das vezes, vítimas de trabalho forçado ou infantil. Sem pretender colocar todos os empregadores domésticos no banco dos réus, ainda persistem muitos abusos dos direitos humanos desses trabalhadores. Muitos sequer têm assegurado o pagamento do salário mínimo nacional. Diante das dimensões continentais do nosso país, que abrange diferentes níveis de conscientização e de organização sindical, o valor de uma “diária” nas grandes metrópoles chega a corresponder ao salário mensal de um doméstico no interior do país, muito aquém do mínimo nacional. Em diversas situações, tratados como “quase-escravos”, sujeitando-se a alimentação e moradia ultrajantes, sofrem ainda o desconto de suposto salário in natura recebido, se é que assim pode ser chamado. Como se isso não bastasse, entendem alguns patrões que as férias do seu trabalhador doméstico devem coincidir com as férias familiares dos donos da casa, sendo o empregado

⁴² Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2011.

obrigado a acompanhá-lo para trabalhar e sem ter sequer o direito de comunicação com seus próprios familiares e amigos. Como noticiado no site da OIT, o “trabalho doméstico segue desvalorizado, inviabilizado e pouco regulamentado, marcado pela informalidade, pouca cobertura de proteção social e baixa remuneração”.⁴³

Conforme consta no próprio preâmbulo da convenção, não se pode negar a contribuição significativa do trabalho doméstico no próprio funcionamento da economia e da sociedade. Aumenta as possibilidades de emprego remunerado de pessoas com responsabilidades familiares, que passam a delegar a pessoas de sua confiança as atividades de manutenção e organização de seus lares; e até mesmo o cuidado de seus entes queridos, sejam eles idosos, crianças ou portadores de necessidades especiais. Percebe-se uma cadeia de empregos e de trabalhos formada pela simples disponibilidade do labor doméstico, o que ressalta a importância do seu papel no dia a dia das famílias que o utilizam e, porque não dizer, na própria economia mundial.

A Comissão do Trabalho Doméstico pretendeu a proposição de uma norma flexível e, por via de consequência, ratificável pelos Estados Membros da OIT, de modo que avançasse efetivamente a proteção dos direitos desses trabalhadores, retirando-os da marginalidade. Nesse cenário, com 396 votos favoráveis (16 contrários e 63 abstenções), foram aprovados os novos instrumentos citados anteriormente. Dentre aqueles países que apoiaram a iniciativa de se propor um ordenamento mínimo, na campanha pela promoção do trabalho decente, destaca-se a presença do Brasil. Vale lembrar o conteúdo da notícia de 12-05-2011, veiculada pelo site da OIT-Brasil, no mês que antecedeu a 100ª CI:

O governo brasileiro tem demonstrado comprometimento e mobilização com relação à discussão do trabalho doméstico, o que resultou em uma participação ativa nas discussões que aconteceram no ano passado, perspectiva que se manterá nas discussões deste ano. Ademais, esta mobilização tem contribuído também para manter o tema da valorização do trabalho doméstico e da promoção dos direitos das trabalhadoras domésticas na agenda política do país.⁴⁴

As iniciativas da OIT no Brasil sobre a temática são percebidas nitidamente a partir de 2009, contando com o apoio da ONU-Mulheres, das Secretarias Políticas para as Mulheres (SPM) e de Políticas de Promoção da

⁴³ Notícia de 19-04-2011: OIT e Parceiros Relançam Campanha de Valorização do Trabalho Doméstico. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/405>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

⁴⁴ Notícia de 12-05-2011: Brasil se prepara para a CIT 2011. Em reunião técnica, OIT e governo brasileiro discutem trabalho doméstico. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/brasil-se-prepara-para-cit-2011-em-reuni%C3%A3o-t%C3%A9cnica-oit-e-governo-brasileiro-discutem-trabalho>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

Igualdade Racial (SEPPIR).⁴⁵ Vale mencionar, por exemplo, que, no dia 27-04-2011, Dia Nacional das Trabalhadoras Domésticas, houve audiência pública na Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal, para debater a promoção dos direitos das trabalhadoras domésticas na agenda nacional⁴⁶, bem como o relançamento da Campanha de Valorização do Trabalho Doméstico pela OIT e seus parceiros⁴⁷.

Dentro desse espírito, em 16-06-2011, foram aprovadas a Convenção nº 189 e a Recomendação nº 201, no intuito de favorecer entre 53 e 100 milhões de trabalhadores domésticos no mundo. Segundo dados da OIT, nos países em desenvolvimento (dentre esses o Brasil), representam entre 4% e 12% do trabalho assalariado, dos quais cerca de 83% são mulheres.⁴⁸ Manuela Tomei, diretora do Programa da OIT sobre Condições de Trabalho, sintetiza a questão afirmando: "as trabalhadoras domésticas e trabalhadores domésticos não são 'serviçais' ou membros da família; são trabalhadores e trabalhadoras; depois de hoje, não podem ser considerados/as como trabalhadores/as de segunda categoria".⁴⁹

Objetiva-se, a partir de então, apontar as inovações trazidas pela convenção em voga, além dos impactos no direito interno brasileiro, caso seja ratificada pelo Brasil, o que se espera com a maior brevidade possível. Aliás, o Ministro do Trabalho e Emprego, Carlos Lupi, que integrou a 100ª CI e participou da votação, afirmou que trabalhará para que assim aconteça. Além da polêmica declaração de que seria a segunda Lei Áurea, comenta:

Não é razoável que trabalhadoras domésticas não tenham direitos. O trabalho delas não é menor que de qualquer outro que tem carteira assinada. Por isso estamos fazendo história ao aprovarmos a criação de uma convenção; e que ela seja recomendada pela OIT. O peso de uma organização deste tamanho é fundamental para que melhoremos a cada dia a qualidade de vida dos trabalhadores pelo mundo.⁵⁰

⁴⁵ Ver Nota Técnica do Escritório da OIT-Brasil. Disponível em:

<http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/housework/doc/nota_5_convencao_recomendacao_450.pdf>. p. 3. Acesso em: 16 ago. 2011.

⁴⁶ Disponível em: <<http://www.oit.org.br/content/trabalho-dom%C3%A9stico-%C3%A9-discutido-em-audi%C3%A2ncia-p%C3%BAblica-do-senado-federal-audi%C3%A2ncia-p%C3%BAblica-acon>>. Acesso em: 16 ago. 2011.

⁴⁷ Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/405>>. Acesso em: 16 ago. 2011.

⁴⁸ Notícia de 16-06-2011: Conferência da OIT adota normas do trabalho para proteger entre 53 e 100 milhões de trabalhadores domésticos no mundo. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/436>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

⁴⁹ Notícia de 16-06-2011: Conferência da OIT adota normas do trabalho para proteger entre 53 e 100 milhões de trabalhadores domésticos no mundo. Disponível em: <<http://www.oit.org.br/node/436>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

⁵⁰ Notícia de 16-06-2011: Aprovada convenção para regulamentação do trabalho doméstico. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/imprensa/aprovada-convencao-para-regulamentacao-do-trabalho-domestico.htm>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

Por mais que ainda existam vozes dissonantes sobre o assunto, não se negue aos trabalhadores domésticos o alcance de direitos mínimos asseguradores da sua própria dignidade enquanto pessoa, dentro da atual perspectiva dos direitos humanos em sociedade. Os dispositivos contidos nessa declaração internacional condizem com o compromisso de promoção do trabalho decente, isto é, de igualdade de oportunidade de acesso aos bens da vida por todos os cidadãos. Nos moldes de uma globalização equitativa, que permita o amplo desenvolvimento dos indivíduos, não mais se justifica visão míope do Direito em prejuízo dos trabalhadores domésticos.

4 AS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA CONVENÇÃO – CONCEITO DE TRABALHO DECENTE

Para melhor compreender os termos da Convenção nº 189 da OIT, é preciso lembrar que seu conteúdo foi fixado com base em estudos preliminares realizados junto aos Estados Membros da Organização. Por isso, em muitos dispositivos, observe-se que o ordenamento jurídico brasileiro já vem cumprindo tais disposições, o que não afasta a necessidade de serem expressamente declarados nesse documento internacional, a fim de que outros países também o façam. Afinal, dentro de um mercado sem fronteiras, a ampliação da tutela ao trabalho doméstico passa pelo respeito a patamares mínimos por todas as nações.

Em função da abrangência do instrumento, ao tratar das inovações trazidas pela convenção, focalizem-se os preceitos que agregam novos paradigmas ao trabalho doméstico no Brasil. Embora nossa legislação já atenda a grande parte dos direitos ali contidos, não têm sido poucas as críticas à ratificação desse documento pelo país, face à ameaça de aumento dos índices de desemprego. Trata-se, todavia, de um risco a ser enfrentado. Comenta-se que a OIT buscou garantir um meio ambiente do trabalho saudável e seguro aos domésticos e também que seu objetivo principal não era o pagamento de horas extras ou de FGTS. De qualquer forma, sobre esses aspectos, que afetam diretamente a contraprestação dos serviços realizados, as discussões tendem a ficar centralizadas. Destacam-se, a seguir, os dispositivos que chamam mais atenção.

No art. 1º da Convenção, encontra-se o sentido das terminologias utilizadas ao longo do instrumento, dentre os quais “trabalho doméstico” (*trabalho executado em ou para um domicílio ou domicílios*⁵¹) e “trabalhadores domésticos” (*toda pessoa, do sexo feminino ou masculino, que realiza um trabalho doméstico no marco de uma relação de trabalho*⁵²). O primeiro ponto a debater, no entanto, está na letra “c”, segundo a qual “uma pessoa que executa o trabalho doméstico apenas ocasionalmente ou

⁵¹ Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/housework/doc/nota_5_convencao_recomendacao_450.pdf>. p. 9. Acesso em: 16 ago. 2011.

⁵² Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/housework/doc/nota_5_convencao_recomendacao_450.pdf>. p. 9. Acesso em: 16 ago. 2011.

esporadicamente, sem que este trabalho seja uma ocupação profissional, não é considerada trabalhador doméstico".⁵³ Retoma-se, nesse ponto, o conceito legal pátrio de trabalho doméstico, e as conseqüentes interpretações jurisprudenciais daí decorrentes.

Segundo o art. 1º da Lei nº 5.859/71, "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". (grifa-se) A polêmica da continuidade gera até hoje as mais diversas interpretações jurisprudenciais no tocante ao número de dias necessários ao reconhecimento da relação de emprego doméstico. Porém, como apontaremos a seguir, acredita-se que a convenção leva o raciocínio para um novo norte, quando refere expressamente sobre a **profissionalidade** do trabalho realizado, isto é, "pressupondo uma troca entre trabalho e retribuição".⁵⁴ LEITE indica o seguinte paradoxo:

Verifica-se que a noção de continuidade é mais restrita do que a de eventualidade. Basta levar em conta a teoria dos fins da empresa (no caso, a residência familiar). Todavia, tais expressões podem equivaler-se, caso adotada a teoria da fixação jurídica ao tomador de serviços, como, por exemplo, na hipótese da faxineira (ou diarista) que presta serviços, indistintamente, a cada dia da semana e a pessoas diversas, não se fixando a nenhuma delas, mesmo que durante longos anos (famílias clientes).⁵⁵

DELGADO já traçava um paralelo ao trabalhador comum, ao afirmar que "o elemento da não-eventualidade da relação de emprego doméstica deve ser compreendido com o efetiva continuidade, por força da ordem jurídico especial regente da categoria"⁵⁶. Para SILVA, essa continuidade seria "marcada mais preponderantemente pela repetição da atividade no tempo e no espaço, sob os mesmos moldes contratados do que pela carga horária ou pelas alterações ao longo do período"⁵⁷. A definição não é pela frequência de vezes, a quantidade de horas ou ininterruptividade dos dias trabalhados, mas mensurada pela habitualidade da ocupação profissional. É ocasional ou esporádica, quando o empregado possui outros afazeres. "Sendo o trabalho oferecido de maneira programada no tempo, presente está

⁵³ Disponível em: http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/housework/doc/nota_5_convencao_recomendacao_450.pdf. p. 9. Acesso em: 16 ago. 2011.

⁵⁴ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 540.

⁵⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Constituição e Direitos Sociais dos Trabalhadores*. São Paulo: LTr, 1997. p. 41.

⁵⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005. pp. 369-370.

⁵⁷ SILVA, Homero Mateus Batista da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 88.

o requisito da continuidade exigido pela Lei dos Empregados Domésticos.”⁵⁸
SILVA sintetiza a questão:

Continuidade, tanto no caso do doméstico, como no trabalho urbano ou rural, é assunto muito mais ligado ao desenrolar dos fatos ao longo do tempo, para aquele que sabidamente analisa a floresta como um todo, do que a repetição dos horários dentro de uma única semana, para quem gosta de olhar apenas para uma árvore.⁵⁹

Parece que a Convenção, nesse encadeamento, corrobora uma visão progressista sobre a configuração do labor doméstico nos moldes acima mencionados. Preocupa-se, ainda, com medidas tutelares que sustentem a efetividade dos direitos humanos e fundamentais dos trabalhadores domésticos. Aliado a isso, agrega a noção de trabalho decente doméstico, cujos elementos passam a servir de modelo, por analogia, aos demais trabalhadores. Para a OIT, esse conceito está ligado a boas condições ambientais, ao trabalho suficiente e adequado, o que difere de imoral. Pretende-se uma equiparação de condições trabalhistas com os demais empregados, sem que se “economize” às custas dos domésticos. Trabalho decente exige, desse modo, o preenchimento de um somatório de requisitos indispensáveis para tal enquadramento, que estão elencados no art. 3º da Convenção em comento:

- (a) a liberdade de associação e a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva;
- (b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;
- (c) a erradicação efetiva do trabalho infantil; e
- (d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

No rol de diretrizes trazidas pelo documento em análise, destacam-se: estabelecimento de uma idade mínima pelos Estados Membros (o que está ligada à saúde e à segurança no trabalho), com medidas eficientes para que o labor de melhores de 18 anos não comprometa a educação obrigatória, nem as oportunidades de acesso ao ensino superior ou formação profissional (art. 4º); proteção contra abusos, assédio e violências (art. 5º); condições de emprego equitativas e trabalho decente, com respeito à privacidade e a condições de vida decentes, com foco especial para aqueles que residirem no local em que trabalham (art. 6º).

A Convenção estipula, por sua vez, o dever de informação dos termos e das condições básicas dos contratos de trabalho doméstico, preferencialmente escritos, em que conste, de forma fácil e compreensível: nome e endereço

⁵⁸ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho. A Relação de Emprego*. Vol. 2. São Paulo: LTr, 2008. p. 268.

⁵⁹ SILVA, Homero Mateus Batista da. *Op. cit.* p. 89.

do empregador; endereço em que prestará serviços habitualmente; data de início e duração do trabalho; tipo de trabalho a ser desempenhado; remuneração; duração média do trabalho (horas regulares); descanso remunerado semanal e anual; fornecimento de alimentação e acomodação; possibilidade de período de experiência; direitos de repatriação; tempo e condições de desligamento. (art. 7º)

A Convenção assinala a liberdade de o trabalhador doméstico decidir sua moradia, se acompanha ou não seu empregador nas férias deste e o direito de manter a posse de seus documentos pessoais. (art. 9º) Talvez se possa pensar que não está dizendo nada além do óbvio, mas se justifica tal alusão, na medida em que existem empregadores que ainda pensam serem donos de seus empregados domésticos, como se mais uma parte do mobiliário de suas residências.

Acredita-se estarem expressos no art. 10º da Convenção e seguintes os principais avanços na proteção do trabalho doméstico, sob o ponto de vista da nossa legislação. Sublinha-se que, hoje, as diferenças com os demais trabalhadores dizem respeito à limitação da jornada de trabalho, FGTS, seguro-desemprego, adicional noturno e adicionais de insalubridade e periculosidade. Registra-se que a obrigação opcional contida na Lei nº 10.208/01 de incluir o empregado doméstico no FGTS e, por consequência, possibilitar-lhe o acesso ao seguro-desemprego, não importou progresso na tutela desses trabalhadores, mas tão-somente um direito aparente e ineficaz, já que foram poucos os empregadores que aderiram aos ditames da lei facultativa. De qualquer forma, pelo conteúdo normativo do instrumento, superam-se essas distinções em prol de um tratamento isonômico.

Considerando que os direitos ao descanso semanal remunerado e às férias já foram assegurados em nosso ordenamento, uma das principais evoluções diz respeito à igualdade de tratamento dos domésticos com os trabalhadores em geral com relação às horas normais de trabalho, à compensação de horas extras e ao descanso diário. Alerta-se apenas que o tempo utilizado para acompanhar o empregador, durante suas férias, não deve ser contado nas férias anuais do trabalhador, já que este permanece em serviço. Essa ideia relaciona-se não só com a proteção da higidez física e psíquica do trabalhador, mas também contra abusos de jornadas exaustivas exigidas pelos empregadores domésticos quanto ao tempo que permanecem à sua disposição. As dificuldades são notadas, desde logo, ao se pensar no modo de controlar a jornada desses trabalhadores. Entretanto, isso não é suficiente para afastar o direito à contraprestação das horas suplementares acrescidas à jornada normal.

Os arts. 11º e 12º estabelecem um regime que assegure a percepção de um salário mínimo; pagamentos em dinheiro pelo menos uma vez ao mês; além da possibilidade de salário *in natura*, desde que não seja desfavorável ao trabalhador doméstico. No art. 13º, focaliza-se a segurança e a saúde no trabalho, com normas de aplicação progressiva, o que corre o risco de

se tornar mais uma falácia, caso seja postergado em excesso o prazo de implementação. Nesse aspecto, vem à tona o direito ao adicional de insalubridade, em equiparação ao que já é pago para os demais trabalhadores. Denota-se que a lógica da Convenção consiste na promoção da igualdade de tratamento, de direitos e de condições de trabalho dos domésticos em relação aos trabalhadores em geral. (art. 14^a). Para isso, impõe regras de fiscalização, inclusive, sobre as agências de trabalho doméstico (art. 15^a). De qualquer sorte, não obstante eventuais obstáculos a serem enfrentados para definir a representação sindical patronal, possibilita-se uma maior atuação dos sindicatos na compatibilização desses direitos à realidade do trabalho doméstico, inclusive por força da negociação coletiva.

Conforme já dito por Sônia Mascaro, a Convenção apresenta-se “inflexível quanto à necessidade de se implementar um trabalho decente, oferecendo condições físicas morais e psicológicas para o exercício da atividade doméstica”⁶⁰. O Direito do Trabalho, mais uma vez, é instrumento eficaz para que se viabilize um tratamento isonômico entre todos os trabalhadores, na medida em que permite indiscriminadamente respeitar direitos mínimos. Afinal, como afirma SOUTO MAIOR, “uma sociedade efetivamente democrática, apoiada no conceito de cidadania, é aquela que fornece reais oportunidades iguais para o desenvolvimento da pessoa humana”⁶¹.

5 OS IMPACTOS DA CONVENÇÃO NO DIREITO INTERNO BRASILEIRO

Os trabalhadores domésticos, no Brasil (e, diga-se de passagem, também em outros países), ainda não atingiram patamar de isonomia com os demais trabalhadores, no que diz respeito às garantias que já foram conquistadas por esses. O parágrafo único do art. 7^o da Constituição Federal elenca os direitos assegurados a esta classe, em nítida limitação aos direitos alcançados aos trabalhadores comuns. Conforme bem ressalta Jorge Souto Maior, embora nossa Carta Magna tenha representado um sopro de democracia e de cidadania neste país, ampliando os direitos dos domésticos, não foi capaz de assumir essa igualdade.⁶² Por isso, caso ratificada a Convenção nº 189 da OIT pelo Brasil, retoma-se a discussão sobre os impactos no nosso ordenamento jurídico e o grau de ajustes que serão (ou não) necessários para colocar em prática os seus preceitos.

Como já dito, o mecanismo de transposição das convenções internacionais para o direito interno brasileiro é a ratificação, “que quer dizer aprovação, ato de competência do Congresso Nacional, e ainda nos casos em que o Presidente da República estiver autorizado a ratificar, o ato dependerá

⁶⁰ Disponível em: http://nucleomascaro.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=186:brasil-deve-ratificar-convencao-internacional-da-oit-sobre-trabalho-domestico-&catid=39:noticias&Itemid=96. Acesso em: 16 ago. 2011.

⁶¹ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Op. cit.* p. 262.

⁶² *Op. cit.* p. 255.

da confirmação do Congresso"⁶³. Sendo assim, possuem característica de lei ordinária, exceto quando dispuserem sobre direitos humanos. Nesta hipótese, de acordo com o art. 5º, § 3º, da CF, a convenção internacional, sendo aprovada, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros, equivalerá à Emenda Constitucional.

O art. 7º, caput, da CF, entretanto, ao arrolar os direitos dos trabalhadores, não exclui aqueles que porventura sejam incluídos no sistema, até mesmo por lei ordinária (CF, arts. 84, VIII; 102, III, "b" e 105, III, "a"), na medida em que admite "outros que visem à melhoria de sua condição social". Não pode servir de fundamento, portanto, para limitar ou excluir outros direitos que forem outorgados em legislação infraconstitucional, especialmente quando reconhecem a importância social de uma classe de profissionais.⁶⁴ "Ou bem se pretende a melhoria da condição social dos trabalhadores, com a erradicação de discriminação negativa e assecuração de direitos fundamentais, ou haveremos de reconhecer que temos orgulho das raízes escravocratas do trabalho doméstico".⁶⁵ No aspecto, alerta SOUTO MAIOR:

Interessante perceber – sem crítica pessoal a ninguém – que a fixação dos limites dos direitos dos domésticos, que não se constituíram, em momento algum da nossa história, uma categoria organizada na luta pela defesa de seus interesses, foi construída, exatamente por aqueles que ostentam a condição de empregadores domésticos (governantes, deputados, senadores, juízes, professores, doutrinadores...). Dado que revela, também, que se consegue atingir um rigor positivista quando o sujeito obrigado ao respeito à dignidade do trabalhador é um terceiro, sendo mais fácil, ainda, quando é uma pessoa jurídica. Quando somos nós mesmos, então, a conversa muda um pouco de figura.⁶⁶

É claro que, no caso em análise, não restam dúvidas de que a equiparação dos direitos entre trabalhadores em geral e os domésticos insere-se nessa situação. Prevalece, assim, a inversão da hierarquia das fontes formais do direito do trabalho, como bem elucida CAMINO, ao afirmar que, "no confronto de normas de hierarquia diversa, sempre que a de status inferior consagrar ampliação de direito garantido na superior, aquela prevalecerá, numa interação dinâmica e não estática"⁶⁷.

⁶³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Direito Contemporâneo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 245.

⁶⁴ ARAÚJO, Jorge Alberto. Convenção da OIT sobre trabalho doméstico. Publicado em 16-06-2011. Disponível em: <http://direitoetrabalho.com/2011/06/convencao-da-oit-sobre-trabalho-domestico/>. Acesso em: 20 ago. 2011.

⁶⁵ Manifesto: Às Domésticas, direitos já! Disponível em: <https://conteudoclipppingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2011/7/5/manifesto-as-domesticas-direitos-ja>. Acesso em: 20 ago. 2011.

⁶⁶ MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Op. cit.* p. 255.

⁶⁷ CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 141.

Desta forma, ratificada a Convenção nº 189 pelo Brasil, independente de ingressar no nosso ordenamento como lei ordinária, como regra suprelegal ou como emenda constitucional, entende-se que suas disposições terão imediata eficácia, pois revogarão todas aquelas que forem com ela incompatíveis, sem necessidade de outro ato normativo interno. Como proporciona melhoria da condição social e econômica dos domésticos, resta, por certo, prejudicado o parágrafo único do art. 7º da CF. Afinal, “não se pode utilizar o positivismo jurídico contra a concretização de seu próprio objetivo, que é o da ampliação constitucional da proteção social”.⁶⁸

A fixação de diferenças injustificadas, especialmente em termos de direitos mínimos, gera desvalorização profissional. Não se sustenta pela máxima de tratar desigualmente os desiguais, pois empregados em geral ou domésticos gozam do mesmo grau de hipossuficiência frente a seus respectivos empregadores. Superando-se essa questão, ao mesmo tempo, cultural e jurídica, obtem-se a segurança de tratamento isonômico dos domésticos em relação aos trabalhadores em geral, o que vai ao encontro dos ditames constitucionais de preservação da dignidade da pessoa humana e de valorização social do trabalho.⁶⁹

CONCLUSÕES

Ao acolher o princípio da indivisibilidade e interdependência, a Constituição brasileira de 1988 representa marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos. Elege, desse modo, a dignidade como valor fundante, incluindo-a entre os fundamentos do Estado democrático de direito. A adoção desse valor-princípio importa a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, impondo limites à noção de soberania estatal, que passa a ter como parâmetro obrigatório a prevalência desses preceitos sobre fatores econômicos porventura aduzidos.

A integração da Convenção nº 189 da OIT ao ordenamento jurídico pátrio importará em verdadeiro avanço na busca pela coincidência entre declaração e efetivação do direito social ao trabalho dos domésticos no país. Após decisiva participação do governo brasileiro no processo de elaboração

⁶⁸ MAIOR. Jorge Souto. *Op. cit.* p. 261.

⁶⁹ “Os abaixo-assinados, que se dedicam ao estudo dos direitos dos trabalhadores e que são empregadores domésticos, vêm externar sua posição firme no sentido de apoiar a imediata ratificação, pelo Brasil, da Convenção em questão, adicionando o esclarecimento de que não se faz necessária qualquer Emenda Constitucional para que, uma vez ratificada a Convenção, o preceito da igualdade de direitos aos empregados domésticos seja imediatamente eficaz, afinal, o princípio do Direito do Trabalho é o da melhoria da condição social dos trabalhadores e este fundamento está expressamente previsto no “caput” do art. 7º. da Constituição Federal, cujo art. 3º. também estabelece que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (Manifesto: Às Domésticas, direitos já!: Disponível em: <https://conteudoclipingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2011/7/5/manifesto-as-domesticas-direitos-ja>. Acesso em: 20 ago. 2011)

e aprovação desse instrumento internacional na OIT, cumpre agora dirigir esforços à ratificação pelo Brasil, a fim de que se garanta a essa categoria de trabalhadores proteção social condizente com os supostos constitucionais de igualdade e de não-discriminação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Jorge Alberto. *Convenção da OIT sobre Trabalho Doméstico*. Publicado em 16-06-2011. Disponível em: <http://direitoetrabalho.com/2011/06/convencao-da-oit-sobre-trabalho-domestico/>

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. 6ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

FARIAS, Edilsom. *Liberdade de Expressão e Comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Constituição e Direitos Sociais dos Trabalhadores*. São Paulo: LTr, 1997.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 3. ed. Madri: Tecnos, 1990.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Curso de Direito do Trabalho. A Relação de Emprego*. Vol. 2. São Paulo: LTr, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de Direito do Trabalho*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito Contemporâneo do Trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9. ed., rev, ampli. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 11. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed., rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Versión española de Francisco Ayala. Primera reimpressão. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Homero Mateus Batista da. *Curso de Direito do Trabalho Aplicado*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SILVA, Reinaldo Pereira e. (Org.) *Direitos Humanos como Educação para a Justiça*. São Paulo: LTr, 1998.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Endereços na Internet

<https://conteudoclipppingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2011/7/5/manifesto-as-domesticas-direitos-ja>

<http://www.direito2.com.br/asen/2009/jul/15/depois-de-40-anos-brasil-adere-a-convencao-de-viena-sobre-o-direito>

<http://direitoetrabalho.com/2011/06/convencao-da-oit-sobre-trabalho-domestico/>

<http://portal.mte.gov.br/imprensa/aprovada-convencao-para-regulamentacao-do-trabalho-domestico.htm>

http://nucleomascaro.com.br/index.php?option=com_content&view=article&id=186:brasil-deve-ratificar-convencao-internacional-da-oit-sobre-trabalho-domestico-catid=39:noticias&Itemid=96

<http://www.oit.org.br/content/brasil-se-prepara-para-cit-2011-em-reuni%C3%A3o-t%C3%A9cnica-oit-e-governo-brasileiro-discutem-trabalh>

http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/housework/doc/nota_5_convencao_recomendacao_450.pdf

<http://www.oit.org.br/node/405>

<http://www.oit.org.br/node/436>

http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/housework/doc/nota_5_convencao_recomendacao_450.pdf

http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf