

A DIARISTA DOMÉSTICA E O PROBLEMA DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO: CONTINUIDADE E NÃO EVENTUALIDADE

Cristina Aparecida Vieira VILA¹

Resumo: O autor fez breve análise dos requisitos genéricos dos empregados comuns e domésticos, para se deter na apreciação da não eventualidade e continuidade pretendendo traçar uma visão crítica da prestação de serviços de eventuais domésticos, as chamadas diaristas, a fim de se posicionar a respeito da existência ou não do vínculo empregatício.

Palavras chaves: empregado doméstico, diarista, não-eventualidade, continuidade.

Introdução

Um assunto bastante controverso tanto na doutrina quanto na jurisprudência é saber qual a exata extensão do termo “natureza contínua” usado pelo legislador na lei 5.859/72, quando se refere aos requisitos do empregado doméstico.

Muito se tem falado a respeito e com razão, haja vista que na Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, artigo 3º, foi utilizada expressão diversa ao se referir à “natureza não-eventual” dos empregados em geral.

A gênese da tormentosa questão é saber se ambas as expressões devem ou não ser tratadas como sinônimas. Isso ganha maior relevo ao analisarmos as prestações de serviços de natureza não eventual de trabalhador doméstico, as chamadas “diaristas”.

¹ Formação em Ciências Contábeis pela Faculdade de Ciências Econômicas e Administrativas de Presidente Prudente e em Direito pela Faculdade de Direito de Presidente Prudente, ambas pertencentes às Faculdades Integradas Toledo. Especialista em Planejamento e Gestão Municipal pela Faculdade de Ciências e Tecnologia da Universidade Estadual Paulista – UNESP – Campus de Presidente Prudente – SP. Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pelas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente.

Muitas têm sido as demandas na Justiça do Trabalho visando o reconhecimento do vínculo empregatício, justificando a presente análise.

Requisitos da relação empregatícia

Empregado, segundo a CLT, é a “pessoa física que presta serviços de **natureza não eventual** a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”, artigo 3º (grifo nosso).

Deste conceito legal sobressaem os elementos caracterizadores tais como trabalho realizado por pessoa natural, com pessoalidade, subordinação, onerosidade e não eventualidade.

Já empregado doméstico seria “aquele que presta serviços de **natureza contínua** e de finalidade não lucrativa à pessoa ou família, no âmbito residencial destas”, artigo 1º da lei 5.859/72 (grifo nosso).

Do conceito de empregado doméstico sobressaem alguns requisitos específicos, a saber: finalidade não lucrativa, prestação de serviço à pessoa ou família, realizado no âmbito residencial; e outro, com conformação jurídica diferenciada: natureza contínua.

Analisaremos os elementos comuns aplicáveis a ambos trabalhadores para depois enfocarmos os elementos específicos da relação empregatícia doméstica, passando finalmente ao tratamento dos requisitos da não eventualidade e da continuidade.

Requisitos gerais do empregado

O trabalhador será sempre uma pessoa natural para possibilitar a aferição de relação empregatícia, haja vista que é a pessoa física detentora de bens jurídicos tutelados pelo Direito do Trabalho, tais como vida, saúde, integridade física, moral, psicológica, bem-estar, lazer.

O trabalho deve ser realizado com pessoalidade, o que se revela como desdobramento do primeiro requisito, mas guardando com ele grande distinção. A figura do trabalhador está diretamente relacionada com a relação jurídica assumida, o que revela a característica “intuitu

personae” do prestador de serviços, não podendo, por essa razão, se fazer substituir por outra pessoa, mesmo sendo essa, necessariamente, natural.

Cumpra destacar que a pessoalidade na relação empregatícia doméstica ganha maior relevo, em virtude de a prestação obreira ser no âmbito residencial e revelar caráter bastante pessoal. Por isso, a pessoalidade revela um traço bastante acentuado da confiança depositada no trabalhador pelo tomador de serviço.

A onerosidade manifesta o aspecto essencialmente econômico da relação empregatícia. Isso decorre do fato de que a força de trabalho colocada à disposição do empregador possui um valor econômico gerando, como contrapartida, um conjunto de verbas salariais que constituirá um resultado útil para o obreiro.

Subordinação reflete elemento indissolúvel da relação empregatícia, sendo, hodiernamente, tratada em seu aspecto eminentemente jurídico, conhecida através do tratamento objetivo do fenômeno. Significa dizer que o trabalhador acolhe a direcionamento objetivo do empregador, efetivando a sua prestação de serviço de acordo com tal parâmetro.

Requisitos específicos do doméstico

Quanto aos requisitos específicos do empregado doméstico ressalte-se que são analisados segundo a perspectiva do tomador de serviços, evidenciando grande diferenciação de tratamento, pois os requisitos dos demais trabalhadores, via de regra, são enfocados da perspectiva do próprio prestador de serviço.

Num primeiro momento, estudaremos o requisito da prestação de serviço ser destinado à pessoa ou família. Isso implica que somente pessoas físicas podem ser tomadores de serviço, seja individualmente considerada, seja em grupo unitário, aí incluído família propriamente dita ou outros grupos unitários, tais como as denominadas “repúblicas”.

A consequência desse requisito é impedir a aplicação de institutos comuns na atividade obreira geral, tais como a despersonalização do tomador de serviço e ainda a alteração subjetiva do contrato, a chamada sucessão trabalhista nos moldes dos artigos 10 e 448 da CLT.

Dessa forma, podemos concluir que não só a pessoa do trabalhador é relevante, critério já analisado, como também a pessoa do empregador ou tomador do serviço.

O requisito da finalidade não lucrativa leva em consideração o empregador doméstico ou tomador de serviço doméstico, aí compreendido a pessoa ou família, revelando que a prestação de serviços realizada pelo obreiro se esgota em si mesma, é fator de uso. Ou seja, não se constitui em fator de produção para o mesmo, impedindo assim qualquer exploração econômica no âmbito residencial.

Exemplificando, caso o tomador de serviço exerça atividade de fornecimento de marmitas para terceiros, a sua cozinheira não será empregada doméstica, pois estaria descaracterizada a finalidade não lucrativa de sua atividade.

Da mesma forma, os trabalhadores de propriedades rurais exploradas economicamente pelo empregador não podem ser tratados como domésticos pelo mesmo motivo, devendo ser considerados empregados rurais.

Em relação à exigência da prestação de serviço ser realizada no âmbito residencial confere maior abrangência à prestação obreira, pois abarca todo o ambiente ligado à vida pessoal do indivíduo ou da família.

Isso significa que deve ser tratado como trabalhador doméstico não só aquele que presta seus serviços dentro da casa que serve como moradia, como também aqueles que prestam serviços em unidades distantes dela, tais como casas de praia, chácaras, barracões de uso próprio.

Além desses, há os trabalhadores cuja atividade laborativa é exercida deslocando-se para fora da residência como são os casos de enfermeiros, motoristas, pilotos, que serão considerados domésticos desde que tais serviços sejam realizados estritamente no interesse pessoal ou familiar do tomador de serviço.

Nessa mesma esteira, já se pronunciou o TRT da 15ª Região, conforme transcrito abaixo:

‘Doméstico é assim “considerado aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas” (Lei nº 5.859/72 e Dec. nº 71.885/73). In casu, ficou comprovado que o recorrente se ativava como motorista doméstico’. RECURSO ORDINÁRIO EM PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO - PROCESSO TRT/15ª REGIÃO Nº 40515/2004-

Não eventualidade e continuidade

Após essas breves considerações, passemos à análise do requisito geral da não eventualidade e da continuidade, cuja conformação jurídica é diferenciada na relação empregatícia doméstica.

A não eventualidade é característica que diz respeito ao nexos do serviço realizado com as finalidades da empresa, enquanto que a continuidade tem natureza temporal, pois indicaria o serviço prestado sucessivamente, sem interrupções.

Dessa forma, não eventualidade se relaciona com a natureza do trabalho realizado, que deve ser necessário à atividade normal do empregador, mesmo que prestados de forma intermitente denotando idéia de permanência, afastando assim a prestação eventual da incidência da norma celetista.

É o elemento fático mais controvertido na classificação do empregado surgindo por essa razão várias teorias destinadas ao seu perfeito esclarecimento e delineamento.

As teorias utilizadas para fixar a noção de eventualidade e a *contrario sensu*, da não-eventualidade são: teoria da descontinuidade, teoria do evento, teoria dos fins do empreendimento e teoria da fixação jurídica (DELGADO, 2003, p. 292-295). Passemos a análise de cada uma delas.

A teoria da descontinuidade seria aquela que defende que eventual será o trabalho descontínuo, interrompido para um mesmo empregador. Assim, a prestação de serviço seria fracionada no tempo, intermitente.

Teoria do evento considera como eventual aquele trabalhador admitido para realizar determinado serviço em função de uma situação, fato, acontecimento específico. Nesses casos a duração do serviço será transitória, condicionada a existência do motivo da contratação.

² Site: www.trt15.gov.br

A grande dificuldade dessa teoria é que sua aplicabilidade depende da análise da situação concreta: o motivo deve ser casual, incerto, fortuito. Por conseguinte, a segurança jurídica das relações empregatícias seria afetada.

A teoria dos fins do empreendimento ou da empresa defende a idéia de que o trabalho eventual é aquele realizado para atender demanda que não se enquadre nas finalidades normais do empreendimento.

Finalmente, a teoria da fixação jurídica determina que trabalhador eventual é aquele que não se fixa ao tomador do serviço, entendido como fonte de trabalho. O trabalho, apesar da possibilidade de ser exercido continuamente e de forma profissional, é prestado para diversos destinatários, com variantes de tempo.

Frise-se que a CLT ao utilizar a expressão “não eventual” teria tido o intuito de afastar a teoria da descontinuidade, conforme demonstra o entendimento do renomado Maurício Godinho Delgado (DELGADO, 2003, p. 295), em seu Curso de Direito do Trabalho:

“A eventualidade, para fins celetistas, não traduz intermitência; só o traduz para a teoria da descontinuidade – rejeitada, porém, pela CLT. Desse modo, se a prestação é descontínua, mas permanente, deixa de haver eventualidade. É que a jornada contratual pode ser inferior à jornada legal, inclusive no que concerne aos dias laborados na semana”.

Parece-nos, que a CLT teria adotado a teoria dos fins do empreendimento para afastar o trabalho eventual da proteção celetista, permitindo que sejam consideradas empregadas pessoas que prestam serviços intermitentes para o empregador, tais como os professores que dão aula apenas uma vez por semana, ou ainda, os músicos de um restaurante somente nos finais de semana.

A Lei 5.859/72 utilizou o termo “natureza contínua”. Para parte da doutrina a diferença da terminologia empregada não teria qualquer relevância e dessa forma, ambas teriam o mesmo significado. Isso implicaria no reconhecimento da rejeição da teoria da descontinuidade também por parte da lei do empregado doméstico.

Nesse caso, o referido diploma seria aplicável às situações dos diaristas domésticos, afastando de sua incidência apenas e tão somente o trabalhador eventual doméstico, nos mesmos moldes do texto celetista.

Sérgio Pinto Martins (MARTINS, 2004, p. 28) pondera que não haveria divergência entre continuidade e não eventualidade, reforçando que a palavra *contínua* deve ser interpretada “como não episódica, não eventual, seguida, sucessiva”. Ilustra que outros autores como Octávio Bueno Magano, Plá Rodriguez defendem a mesma idéia. Em outro diapasão, cita Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena.³

Para reforçar esse entendimento encontramos a seguinte decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região – Curitiba - PR:

TRT-2000-04-28 VÍNCULO DE EMPREGO. DIARISTA. Não se pode descaracterizar o trabalho prestado por diarista pelo conceito simplista de eventualidade na prestação. Os conceitos de continuidade e eventualidade não se contrapõem, eis que os trabalhos prestados pela diarista se enquadram nos fins normais do empregador, observando-se uma descontinuidade característica da própria atividade. A eventualidade se enquadra naquelas atividades de caráter eminentemente provisório. Reformo para reconhecer o vínculo de emprego existente entre as partes, nos moldes estabelecidos no art. 1º da Lei 5.859/72. TRT-PR-RO-12334/1999 - Ac. 08984/2000 - 4ª.T – Redator Designado: LUIZ CELSO NAPP - DJPr. TRT-28-04-2000

Discordamos, data vênia, do julgamento acima em virtude da descontinuidade não ser característica da própria atividade, pois os serviços prestados por uma diarista, seja ela faxineira, passadeira, lavadeira ou arrumadeira, são necessários todos os dias numa casa, não se constituindo nos fins normais do empregador, impossibilitando, assim, a adoção da teoria dos fins no caso dos domésticos.

Em outra vertente, a Lei 5.859/72 teria justamente adotado terminologia diversa para caracterizar os diaristas domésticos como trabalhadores eventuais em conformidade com a teoria da descontinuidade.

³ Octávio Bueno Magano entende que um dos requisitos do contrato de trabalho é a continuidade, sendo esse pacto um contrato de trato sucessivo, de duração (MARTINS, 2004, p. 42).

Plá Rodrigues, ao referir-se aos domésticos, diria que “os serviços podem ser prestados em forma contínua e ininterrupta ou em forma periódica; uma vez por semana, três vezes por semana, uma vez a cada 15 dias etc”. (MARTINS, 2004, p. 42/43).

Paulo Emilio Ribeiro de Vilhena defende que o contrato de trabalho exige a permanência, mas a continuidade seria exigência mais rigorosa, aplicável apenas ao trabalho doméstico. (MARTINS, 2004, p. 42).

Justificam que a CLT ao afastar do seu âmbito de incidência o trabalhador doméstico, o fez indistintamente. Tanto o trabalhador doméstico empregado como o eventual ficaram fora do seu campo de incidência, conforme denota o artigo 7º, alínea “a”:

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).

Em contrapartida, a lei do trabalhador doméstico teria afastado de seu campo de incidência apenas os trabalhadores eventuais domésticos, comumente denominados diaristas.

Argumentam ainda que a justificativa de tal opção se deva a todas as especificidades do trabalho doméstico, haja vista ter essa relação empregatícia tratamento diferenciado pela própria ordem jurídica em muitos outros aspectos: jornada de trabalho, férias, adicionais legais, FGTS, estabilidade provisórias.

Ilustra o entendimento o seguinte trecho do voto da lavra do douto Claudinei Sapata Marques, juiz relator do Recurso Ordinário, Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região – Campinas, a seguir transcrito:

O fato é que, em se tratando de empregado doméstico, o legislador, vislumbrando a situação especialíssima do trabalho no âmbito residencial, muitas vezes informal, e com características próprias e peculiares, como no caso da faxineira diarista, figura extremamente comum, estabeleceu condições específicas, além das existentes no artigo 3º consolidado.

Assim, no caso do doméstico, ao contrário do que deseja a ora Recorrente, para a configuração do vínculo, não basta que o trabalho seja prestado de maneira não-eventual, mas que o seja de maneira contínua, conforme o artigo 1º da retromencionada Lei 5.859/72, (...). Destarte, o que exsuda dos autos é que o animus da relação havida, não era de emprego, mas de trabalho diarista. (...)

Portanto, ao prestar serviços de faxineira, para a reclamada, em dois dias da semana, e mesmo assim por poucas horas, ainda que de maneira não-eventual, inexistente in casu a continuidade exigida pela lei. ACÓRDÃO Nº. 1ª TURMA – 1ª CÂMARA PROCESSO TRT 15ª REGIÃO – Nº. 00746-2004-037-15-00-0 RO RECURSO ORDINÁRIO (grifos nossos)

Continuidade é característica que se liga ao tempo, devendo ser sucessivo, ininterrupto, seguido, enquanto não eventualidade se ligaria as finalidades normais do empregador comum, exigindo um nexos entre a atividade laborativa e a atividade empresarial, mesmo que esporádica ou não sucessiva.

Confirma esse entendimento a seguinte lição de Alice Monteiro de Barros (BARROS, 2005, p. 318), em seu Curso de Direito do Trabalho:

“É necessário, portanto, que o trabalho executado seja seguido, não sofra interrupção. Portanto, um dos pressupostos do conceito de empregado doméstico é a continuidade, inconfundível com a não-eventualidade exigida como elemento da relação jurídica advinda do contrato de emprego firmado entre empregado e empregador, regido pela CLT. Ora, a continuidade pressupõe ausência de interrupção, enquanto a não-eventualidade diz respeito ao serviço que se vincula aos fins normais da atividade da empresa”.

Nesse sentido temos várias decisões de alguns dos nossos Tribunais:

“RECURSO DE REVISTA. NÃO RECONHECIMENTO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO - DA FAXINEIRA QUE PRESTA SERVIÇOS EM CASA DE FAMÍLIA EM DOIS DIAS DA SEMANA - AUSÊNCIA DO REQUISITO DA CONTINUIDADE. A chamada "diarista" que trabalha em casa de família em dois dias da semana, como faxineira não é empregada doméstica, em face da falta de continuidade, requisito para reconhecimento de vínculo empregatício (TST-3ª T., Proc. RR-1152-1999-011-15-00, Relatora Juíza Convocada Wilma Nogueira de A. Vaz da Silva, DJ 24/10/2003)”.

“TRT-PR-21-03-2003 VÍNCULO EMPREGATÍCIO DOMÉSTICA. Comprovada, nos autos, a prestação do labor de forma esporádica, assemelhando-se à natureza de um contrato de trabalho de diarista, inviável o reconhecimento do vínculo de emprego pretendido”. (TRT-PR-2065-2000-022-09-00- 6(RO-08784-2002) – Acórdão - 05011-2003 Relator (desig): EXMO Juiz SERGIO MURILO RODRIGUES LEMOS Publicado em DJPr em 21-03-2003

“TRT-PR-29-03-2005 LEI 5859-72 - DIARISTA-PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ATÉ DUAS VEZES POR SEMANA-NÃO CONFIGURAÇÃO DE VÍNCULO, INDEPENDENTE DO NÚMERO DE ANOS DE TRABALHO: Firmo entendimento no sentido de que o serviço prestado até duas vezes por semana pela

diarista para o mesmo tomador de serviços não configura vínculo, independentemente do número de anos laborados. Seja pela falta de engajamento da diarista ao "empreendimento", in casu, a residência, seja pela ausência de subordinação típica nos moldes do artigo 3º da CLT, seja porque descontínua a prestação de serviços, resta obstaculizada a pretendida configuração de vínculo de emprego. Incidência, ademais, dos critérios da razoabilidade e do bom senso na aplicação do Direito". TRT-PR-51562-2004-069-09-00-5-ACO-07216-2005 Relator: SUELI GIL EL-RAFIHI Publicado no DJPR em 29-03-2005 (grifos nossos).

O Tribunal Superior do Trabalho tem afastado a pretensão ao vínculo nos pouquíssimos recursos de revista por discordância jurisprudencial, conforme se verifica na brilhante fundamentação a seguir transcrita:

O trabalho em casa de família de forma intermitente na condição denominada diarista merece uma consideração especial por suas particularidades. Com efeito, o (a) diarista é o (a) trabalhador (a) que, normalmente, não se dispõe, por razões várias, a se vincular a um empregador através de um contrato de trabalho doméstico, com rigidez obrigacional de presença ao serviço e de horário e nem a perceber salário fixo mensal, pois prefere pactuá-lo com base na unidade dia, recebendo sempre ao final da jornada. É um (a) trabalhador (a) que se dispõe a prestar serviços em algum dia ou outro da semana, conforme seu interesse ou disponibilidade. Seja porque seus compromissos pessoais ou mesmo familiares não lhe permitem a disponibilidade integral na semana, seja porque prefere este tipo de atividade trabalhando em residências várias, executando um tipo especial de serviço. A sua remuneração, por isto mesmo, é sempre, em proporção, maior do que a da empregada doméstica mensalista. E como sua tarefa é específica, muitas vezes, terminando-a, libera-se antes da jornada normal. Também por isso, por realizar normalmente um serviço, a subordinação, a fiscalização, o comando, a ingerência durante a execução dos serviços é praticamente nenhuma. E exatamente porque o tomador de serviço não se considera como empregador, e também o (a) trabalhador (a) não se considera como empregado(a), é que quando este (a) não comparece ao serviço não sofre punição alguma (2ª Turma, Processo nº. TST-RR-523.690/1998, Min. Vantuil Abdala, julgado em 7/2/2001). PROCESSO: RR NÚMERO: 758973 ANO: 2001 PUBLICAÇÃO: DJ - 04/06/2004.⁴

Reforça o entendimento de que a diarista não se enquadra como empregada doméstica o fato de o regulamento da Previdência Social, Decreto nº. 3.048/99, em seu artigo 9º, inciso

⁴ Site www.tst.gov.br

V, alínea “l” c.c. § 15, VI ao esclarecer o artigo 12, inciso V, alínea “h” da Lei 8.212/91 – Lei de Custeio -considerar a diarista que presta serviços à pessoa física no âmbito doméstico como contribuinte individual, nos seguintes termos:

”Art. 9º São segurados obrigatórios da previdência social as seguintes pessoas físicas:

V- como contribuinte individual:

l) a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não; (Alínea acrescentada pelo Decreto nº 3.265, de 29.11.1999, DOU 30.11.1999)

§ 15. Enquadram-se nas situações previstas nas alíneas j e l do inciso V do caput, entre outros:

VI - aquele que presta serviço de natureza não contínua, por conta própria, a pessoa ou família, no âmbito residencial desta, sem fins lucrativos; (grifo nosso).

Dessa forma, a diarista deve contribuir com a previdência social, recolhendo por meio da Guia da Previdência Social (GPS) a contribuição de 20% (vinte por cento) incidentes sobre os rendimentos auferidos na prestação de serviços não contínuos a diversas famílias, ficando desta forma amparada para efeito de benefícios previdenciários futuros.

Entretanto, a lei de custeio previdenciário, Lei 8.212/91, em seus artigos 20 e 24, bem como os artigos 198 e 211 do Decreto 3.048/99, quando estabelece a contribuição previdenciária do trabalhador e empregador doméstico dispõe diferentemente, fixando-as em 8% e 12%, respectivamente, alertando para a observância dos requisitos fixados pela lei específica do empregado doméstico.

Dos princípios da boa-fé, razoabilidade, da proteção e da primazia da realidade.

Os princípios, pelo próprio significado da palavra, carregam consigo o sentido de fundamento, sustentáculo, proposição básica. Assim sendo, orientam a aplicação da norma jurídica, buscando a perfeita realização da justiça.

O Código Civil prevê expressamente em vários de seus artigos, o princípio da boa-fé. Interessa-nos sobremaneira a regra do artigo 113 do CC de que **“os negócios jurídicos devem**

ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” e a do artigo 422 que os contratantes devem observar a boa-fé tanto na conclusão do contrato, como na sua execução.

Apesar de tradicionalmente a boa-fé ser vista de forma subjetiva, vem crescendo o seu tratamento de maneira objetiva, procurando mais e mais a possibilidade de aferição da sua aplicabilidade em todos os ramos do Direito.

Da mesma forma que no Direito do Trabalho impera o princípio da proteção do trabalhador e da primazia da realidade, impondo a busca pelo chamado **contrato realidade**, deve ser sempre possível aferir a boa-fé dos contratantes, para não se colocar em risco a segurança jurídica das relações trabalhistas.

Nesse sentido, tanto as diaristas como os tomadores de serviços domésticos, sabem muito bem o que estão contratando: de um lado, sabe-se estar prestando serviços como diarista sem vínculo empregatício e de outro não se está contratando uma empregada doméstica. Posteriormente, movidos muitas vezes por sentimentos menores, vão a juízo pleitear o reconhecimento de uma relação jurídica inexistente ofendendo o princípio da boa-fé.

Transcrevemos a seguir um acórdão recente, que ilustra a aplicação do bom senso e da razoabilidade em tais situações:

“TRT-PR-29-03-2005 LEI 5859-72 - DIARISTA-PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ATÉ DUAS VEZES POR SEMANA-NÃO CONFIGURAÇÃO DE VÍNCULO, INDEPENDENTE DO NÚMERO DE ANOS DE TRABALHO: Firmo entendimento no sentido de que o serviço prestado até duas vezes por semana pela diarista para o mesmo tomador de serviços não configura vínculo, independentemente do número de anos laborados. Seja pela falta de engajamento da diarista ao "empreendimento", in casu, a residência, seja pela ausência de subordinação típica nos moldes do artigo 3º da CLT, seja porque descontinua a prestação de serviços, resta obstaculizada a pretendida configuração de vínculo de emprego. Incidência, ademais, dos critérios da razoabilidade e do bom senso na aplicação do Direito”. TRT-PR-51562-2004-069-09-00-5-ACO-07216-2005 Relator: SUELI GIL EL-RAFIHI Publicado no DJPR em 29-03-2005 (grifos nossos).

Considerações Finais

Entendemos que a razão do tratamento diferenciado na prestação de serviços doméstica decorre em grande parte também da própria condição do tomador de serviço doméstico. Assim, pelo fato dele não exercer atividade lucrativa não pode ter tratamento igualitário a de outros empregadores ou tomadores de serviços – equiparados às empresas ou empresas, cujo objetivo é o lucro, suportando os riscos de seu negócio.

Verifica-se incontestemente que a relação empregatícia doméstica, em ambos os pólos, tanto no que se refere ao trabalhador doméstico como em relação ao tomador ou empregador doméstico, é sui generis. A distinção se faz necessária, atribuindo-se direitos trabalhistas diferenciados, atendendo assim ao princípio constitucional da isonomia.

Assim, caso a diarista preste o serviço segundo a conveniência do tomador do serviço, seguindo as orientações deste último poderia, e neste caso o verbo indica apenas possibilidade, se estar diante de uma relação empregatícia, conclusão esta que depende de comprovação da presença efetiva de todos os requisitos do vínculo.

A justificativa é que somente analisando o caso concreto, despido de pré-julgamentos, se pode, efetivamente, indicar qual a realidade da contratação.

Por outro lado, há casos em que o tomador de serviço, por liberalidade, prefere celebrar contrato empregatício com a diarista, e nesse caso ela será empregada doméstica para todos os efeitos legais. E como liberalidade, não pode ser considerada como regra.

Creemos que a subordinação será o requisito mais importante a ser ponderado nessa relação de trabalho, porquanto ele poderia pôr fim na controvérsia: se há ou não vínculo empregatício na relação da diarista.

Assim, a diarista exercerá atividade independente, autônoma, se prestar os serviços:

- em dias por ela determinados, podendo ser alterados de acordo com a sua conveniência;
- em horário estipulado de acordo com seus interesses;
- executando os serviços da forma como está acostumada, não importando como irá desenvolvê-los e sim o resultado útil dessa prestação;

- cobrando valores diários bastante acima da média de uma empregada doméstica.

Obviamente que como todo e qualquer contrato de prestação de serviços tal relação pressupõe um ajuste de vontades e as duas partes envolvidas estabelecem quais as melhores condições para satisfazerem ambos os interesses: de um lado o do prestador de serviços e do outro lado o tomador, sem, contudo, indicar subordinação.

Nesses casos, não há que se falar em vínculo empregatício, sob pena de se dar interpretação diferenciada ao princípio da primazia da realidade e da supremacia do contrato realidade, sustentáculos do Direito do Trabalho.

Deve-se, portanto, ser analisado o caso concreto para se chegar a decisões que realmente distribuam a justiça nas relações de trabalho. Caso contrário, o que se estará fazendo será injustiça do trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

BRASIL. **Constituição Federal. Consolidação das Leis do Trabalho. Legislação Trabalhista e Previdenciária** / Organizador Nelson Mannrich; obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais – 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. – (RT-mini-códigos) Atualizadas até 07.01.2005. Vários Colaboradores.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 30ª ed. Atualizada por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 2ª ed. – São Paulo: LTr, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. **Manual do trabalho doméstico**. 7ª ed. – São Paulo: Atlas, 2004 – (Coleção temas jurídicos).

SILVA FILHO, Fernando Paulo da. Empregada Doméstica e a Diarista – Distinção Jurídica. In **SÍNTESE TRABALHISTA** – Porto Alegre: Síntese, v. 1, n. 1, jul. 1989. Publicação periódica Mensal, págs. 145-155.

Sites Consultados:

www.trt9.gov.br

www.trt15.gov.br

www.tst.gov.br