



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS

UNIPAC

Faculdade de Direito

Mário José Teixeira Henriques

RELAÇÃO DE TRABALHO DOMÉSTICO:

mensalista versus diarista

Juiz de Fora – MG

Novembro de 2010

Mário José Teixeira Henriques

**RELAÇÃO DE TRABALHO DOMÉSTICO:
mensalista *versus* diarista**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadora: Carmem Lúcia Machado.

Juiz de Fora – MG

Novembro de 2010

Mário José Teixeira Henriques

**RELAÇÃO DE TRABALHO DOMÉSTICO:
mensalista *versus* diarista**

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadora: Carmem Lúcia Machado.

Prof:
Universidade Presidente Antônio Carlos

Prof.:
Universidade Presidente Antônio Carlos

Prof.:
Universidade Presidente Antônio Carlos

Juiz de Fora – MG

Novembro de 2010

Agradeço a Deus, pela força que sempre tem me dado, me carregando no colo nos momentos mais difíceis de minha vida.

Aos meus pais José Ênio e Ilka M. T. de Souza que me deram a vida e me ensinaram a vivê-la com dignidade, humildade e respeito ao próximo.

Aos meus irmãos e familiares.

A minha cunhada e amiga Cida que sempre me encorajou.

A todos os amigos que contribuíram para torná-lo realidade.

No entanto, não posso deixar de agradecer a minha amada esposa Cláudia F. Teixeira, que fez de tudo para que eu concretizasse este sonho. Amo você!

Agradeço a minha orientadora, Professora Carmem, a dedicação durante o processo de orientação deste trabalho.

"Se quiser por à prova o caráter de um homem,
dê-lhe poder."

ABRAHAM LINCOLN

RESUMO

A relação de trabalho do empregado doméstico é, no mínimo, uma relação profissional contraditória, por vezes confundida com pessoal e sentimental, daí a principal dificuldade na fiscalização ou no fazer cumprir a lei. Como se não bastasse essa notória contradição acerca do trabalho doméstico, uma nova modalidade de trabalho informal surge como forma de escapar das exigências legais – a diarista. A diarista não trabalha todos os dias, nem reside na casa do empregador, sendo remunerada diariamente. Inúmeras decisões na Justiça do Trabalho negam o reconhecimento da relação de emprego doméstico aos diaristas. Entretanto, o exame preliminar da questão apresenta diversos aspectos controversos e instigantes no estabelecimento ou não do vínculo empregatício, além da simples questão da continuidade da prestação do serviço, considerada por muitos. Conhecer as implicações relacionadas a esta questão é o objetivo principal desse estudo.

Palavras-chaves: Empregado doméstico. Doméstico. Mensalista. Diarista.

ABSTRACT

The working relationship of the domestic worker is at least a professional relationship contradictory, sometimes confused with personal and sentimental, so the main difficulty in monitoring or enforcing the law. If nothing else about this remarkable contradiction of domestic work, a new type of informal work emerges as an escape from legal requirements - the diarist. The diarist does not work every day, nor is the employer's home, being paid daily. Numerous decisions in labor courts deny the recognition of the relationship of domestic employment to journeymen. However, preliminary examination of the issue presents several intriguing and controversial aspects in the establishment of employment or not, beyond the simple issue of continuity of service provision, considered by many. Knowing the implications related to this issue is the main objective of this study

Keywords: Domestic work. Diarist.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

GRÁF.1 - Percentual das mulheres negras ocupadas conforme setor da atividade	16
GRÁF.2 - Percentual das mulheres não negras ocupadas conforme setor da atividade.....	16
GRÁF. 3 - Distribuição das trabalhadoras domésticas conforme ocupação	19
QUAD. 1- Distribuição das mulheres ocupadas, conforme raça-cor	17

SUMARIO

1 INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 2. TRABALHO E TRABALHADOR DOMÉSTICO	12
2.1. Regulamentação do trabalho doméstico	13
2.2. Características do trabalho doméstico no Brasil	15
2.3. Relação entre patrão e empregado doméstico	21
CAPÍTULO 3. DIREITO DO TRABALHO	24
3.1. Empregado doméstico	25
3.1.1. Acerca da Lei 5.859/72.....	27
3.1.2. Acerca da CLT	28
3.1.3. Acerca da Constituição Federal de 1988	28
3.1.4. Acerca das leis nº 10.208/2001 e 11.324/2006	29
CAPÍTULO 4. TRABALHADOR DOMÉSTICO DIARISTA: DISTINÇÃO JURÍDICA E FATOS SOCIAIS	32
4.1. Relação de trabalho doméstico	33
4.2. Trabalhador autônomo e trabalhador eventual	34
4.2.1. Continuidade e não eventualidade no trabalho doméstico	35
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	40
REFERÊNCIAS	41

1 INTRODUÇÃO

O emprego doméstico no Brasil tem sua origem no trabalho escravo. As mucamas ou escravas domésticas eram as responsáveis pelas tarefas domésticas. Contudo, após a abolição da escravatura e ao longo do sec. XIX, o trabalho doméstico passou a ser realizado por mulheres jovens, geralmente de famílias pobres do interior, remuneradas com casa e comida, enquanto aguardavam o casamento.

Durante muito tempo e, principalmente, a partir da aceleração do processo de urbanização e industrialização, essa ajuda não remunerada foi sendo substituída pela mão de obra de migrantes rurais não qualificados. Dessa forma, o empregado doméstico significou um meio de sobrevivência para mulheres com pouca ou nenhuma instrução, muitas vezes de maneira informal e sem acesso aos direitos trabalhistas.

Atualmente, o trabalho doméstico é desempenhado, em sua maioria, por mulheres negras e com pouca escolaridade. Mesmo após mais de 100 anos da abolição da escravatura no Brasil, diversos autores consideram que a relação entre patrão e empregado é de servidão, pois mesmo que os empregados domésticos tenham direitos trabalhistas garantidos por lei, vivem um cotidiano onde se põem a mercê das vontades do outro. É comum uma relação profissional contraditória, por vezes confundida com pessoal e sentimental, haja vista, o lugar onde o trabalho é desenvolvido e a intimidade própria da profissão; daí a principal dificuldade na fiscalização ou no fazer cumprir a lei.

Como se não bastasse essa notória contradição acerca do trabalho doméstico, uma nova modalidade de trabalho informal surge como forma de escapar das exigências legais – a diarista. A grosso modo, a diarista não trabalha todos os dias, nem reside na casa do empregador, ela comparece duas ou três vezes na semana, sendo remunerada diariamente e, podendo trabalhar para diversos empregadores em dias e horários diferentes.

Inúmeras decisões na Justiça do Trabalho negam o reconhecimento da relação de emprego doméstico aos diaristas, classificando-os como trabalhadores autônomos ou eventuais; tomando por critério, na maioria dos casos, a quantidade de dias trabalhados para determinado empregador.

Entretanto, o exame preliminar da questão apresenta diversos aspectos controversos e instigantes no estabelecimento ou não do vínculo empregatício, além da simples questão da continuidade da prestação do serviço, considerada por muitos.

Conhecer as implicações relacionadas a esta questão é o objetivo principal desse estudo; busca-se entender os detalhes legais implicados ao tema, bem como, as características jurídicas que distinguem os empregados domésticos diaristas e mensalistas, entre outras coisas. Como metodologia foi realizada revisão bibliográfica sobre o tema implicado, com objetivo de conhecer os detalhes do assunto. Procurou-se analisar criticamente todas as nuances do tema, levantando questões e organizando-as de forma lógica e passível de interpretação.

No capítulo dois temos como iniciou o trabalho doméstico tanto no Brasil como na Europa, como que iniciou a regulamentação dos trabalhadores domésticos, apresentando suas características, como também a Relação entre patrão e empregado doméstico.

O capítulo três tem como base os Direitos do Trabalho, ou seja, as leis federais, estaduais e municipais que ampara o trabalhador doméstico.

Também será tratado no capítulo quatro, sobre o trabalhador doméstico diarista onde há uma distinção jurídica e fatos sociais, tema ainda recente no direito e que, onde passo a passo, vem ganhando força na doutrina e jurisprudência brasileira. Também no caso da Relação de trabalho doméstico, o trabalhador autônomo e trabalhador eventual e finalizando este capítulo a continuidade e não eventualidade no trabalho doméstico.

Dessa forma, a maioria dos recursos julgados pelo Tribunal Superior do Trabalho considera continuidade como ausência de interrupção, ao contrário do que ocorre com a diarista, que é um trabalhador doméstico.

2 TRABALHO E TRABALHADOR DOMÉSTICO

Ao expulsar Adão e Eva do paraíso, em razão de sua desobediência, Deus disse: do suor do teu rosto comerão pão, até que voltes ao solo, pois dele foste tomado, tu és pó e ao pó voltarás. (GÊNESES, 3:19). Dessa forma, segundo a Bíblia – livro sagrado dos cristãos – o homem começou a trabalhar para ter seu sustento e garantir sua sobrevivência.

Tomando-se por base as etapas históricas da evolução humana, observa-se a transformação das atividades coletoras de alimentos, até a venda dos excedentes produzidos com o surgimento da agricultura. Quando tais excedentes começaram a ser vendidos surgiu o comércio e a noção da mais valia¹, evoluindo para a venda da força de trabalho em troca de valor monetário, assim, resumidamente, surgiu o trabalho assalariado. Afirma-se que todos os trabalhadores reproduzem de alguma maneira (NORONHA, 2003).

Por conseguinte, o trabalho doméstico é um dos mais antigos, uma vez que sempre houve a necessidade de serviços para ajudar nos cuidados e afazeres da casa. Desde sua origem esteve intimamente ligado ao trabalho escravo, não remunerado, haja vista, o escravo ser considerado como coisa ou bem cuja posse propiciava a máxima exploração da capacidade laborativa. “No Brasil, o trabalho doméstico surge com os escravos, principalmente as mulheres, cozinhando ou servindo como criadas” (MARTINS, 2000 p.18).

Durante a década de 1950, o grande fluxo migratório do campo para cidade forneceu uma grande contingência de trabalhadores; e, em detrimento da oferta de postos de trabalho em quantidade suficiente os trabalhadores que não foram absorvidos pelo mercado, devido a diversos fatores entre os quais, baixa qualificação e escolaridade, acabaram por vender sua mão de obra a uma classe média emergente cujas mulheres, antes exclusivamente dedicadas ao lar, começaram a desempenhar tarefas e a ocupar cargos no mercado de trabalho (GRPE – OIT, 2006).

Ao sair de seus lares para desempenhar funções profissionais, parte das mulheres deixou de poder realizar certas tarefas e afazeres domésticos, que na sociedade brasileira são consideradas como tipicamente femininas. Houve assim a necessidade de contratação de profissionais para execução desses serviços (GRPE – OIT, 2006, p.12).

¹ Mais-valia é o nome dado por Karl Marx à diferença entre o valor produzido pelo trabalho e o salário pago ao trabalhador, que seria a base do lucro no sistema capitalista. Em pt.wikipedia.org/wiki/Mais-valia acessado em 20-09-10.

De modo geral, as desigualdades de distribuição de renda e a queda da oferta dos empregos formais, no Brasil durante quase toda a segunda metade do século XX, acaba por levar uma fatia considerável da população, principalmente as pessoas de baixo poder aquisitivo, a procurar alternativas de trabalho, entre os quais o doméstico (GRPE – OIT, 2006).

A OIT (Organização Internacional do Trabalho)² entende por empregado doméstico,

[...] aquele realizado por um trabalhador no âmbito de um domicílio que não seja o da sua unidade familiar. Este trabalhador se responsabiliza pelos chamados - afazeres domésticos – cujas atividades correspondem geralmente a guarda e aos cuidados pessoais de crianças, a limpeza dos domicílios, aos cuidados com as roupas dos familiares, ao preparo de alimentos, entre outros (GRPE -OIT, 2006 p.11).

Segundo a OIT (2006) o emprego doméstico tem pouca conformidade em termos de duração, composição de jornada, ritmo e carga de trabalho, formas de pagamento, e, principalmente, no que diz respeito à interpessoalidade das relações entre empregado e empregador, além do tipo de atividades a serem desempenhadas. O caráter fortemente interpessoal e familiar dessa atividade acaba por inibir o acesso à sindicalização, limitando o pleno acesso aos direitos trabalhistas, conquistados por outras categorias.

2.1 Regulamentação do trabalho doméstico

Até 1916 o trabalho doméstico não era regulamentado, sendo apenas descrito no Código Civil na seção sobre a locação de serviços. Em 1923, o Decreto nº. 16.107 regulamentou os serviços domésticos no Distrito Federal, Rio de Janeiro na época, atingindo as seguintes ocupações: cozinheiros e ajudantes, lavadeiras, arrumadeiras, jardineiros, porteiros e serventes, amas-secas ou de leite, costureiras e damas de companhias.

Em 1941 o Decreto Lei nº. 3.078 definiu o trabalhador doméstico como aquele, independente da profissão ou atividade, que recebe remuneração por serviços prestados em residências particulares ou a benefício destas; instituindo também um aviso prévio de 8 (oito) dias para a rescisão do contrato de trabalho, além da carteira profissional de doméstico.

² A Organização Internacional do Trabalho (OIT) é uma agência multilateral ligada à Organização das Nações Unidas (ONU), especializada nas questões do trabalho. Em pt.wikipedia.org/wiki/Oit acessado 20-09-10.

Contudo, em 1943, a CLT³, criada pelo Decreto Lei nº. 5.452 excluiu expressamente o trabalhador doméstico da relação das profissões amparadas.

Foi somente em 1.972 (Lei nº 5.859 – regulamentada pelo Decreto nº 71.885 de 1973) que o trabalho do empregado doméstico foi regulamentado. A Constituição Federal de 1988 ampliou os direitos de tais trabalhadores, conforme demonstrado nos próximos capítulos deste estudo (GOES, 2010).

Para Góes (2010) as únicas diferenças entre o trabalhador comum e o doméstico concentram-se no fato de que o doméstico presta serviços no âmbito familiar e sem fins lucrativos, enquanto que o comum ou celetista está ligado a atividades empresariais que visam o lucro. Dessa forma, o autor (Goes, 2010, p.12) enfatiza que:

[...] o trabalho doméstico é aquele prestado por uma pessoa física a outra pessoa física, família ou grupo de pessoas que convivam sob o mesmo teto, no âmbito residência ou extensão deste, como chácara ou casa de praia, sem finalidade lucrativa para o empregador, mediante subordinação com continuidade e mediante contra prestação [...] devem estar presentes os requisitos da pessoalidade, continuidade inexistência, de lucratividade e trabalho em âmbito residencial.

Góes deixa claro que uma pessoa física, não pode trabalhar para uma pessoa jurídica para que se caracterize trabalhador doméstico, e nem pode ser em tetos diferentes, como também não pode haver lucro para o patrão, deixando claro que tem que haver uma subordinação do contratante sobre o contratado.

A PED (Pesquisa de Emprego ou Desemprego) classifica os empregados domésticos como aqueles que trabalham em casa de família realizando serviços domésticos, incluindo jardineiros, seguranças e motoristas. Quanto à jornada de trabalho e à remuneração podem ser mensalistas ou diaristas, recebendo em espécies ou em benefícios. Nesse caso, o diarista trabalha em casa de uma ou mais famílias sendo remunerado por dia. A pesquisa examina a posição dos trabalhadores domésticos como uma ocupação específica classificando-os como um caso particular de trabalho assalariado (PED⁴, 2010).

³ A **Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)** é a principal norma legislativa brasileira referente ao Direito do trabalho e o Direito processual do trabalho. Ela foi criada através do Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943 e sancionada pelo então presidente Getúlio Vargas, unificando toda legislação trabalhista então existente no Brasil. Seu objetivo principal é a regulamentação das relações individuais e coletivas do trabalho, nela previstas. Em www.wikipedia.com.br acessado em 20-09-10.

⁴ A Pesquisa de Emprego e Desemprego (PED) é um levantamento domiciliar contínuo, realizado mensalmente, desde 1984, na Região Metropolitana de São Paulo, em convênio entre a **Fundação SEADE** e o DIEESE. Em parceria com **órgãos públicos locais**, a pesquisa foi implantada em outras regiões, sendo realizada, atualmente, no Distrito Federal e nas Regiões Metropolitanas de Porto Alegre, Recife, Salvador e Belo Horizonte, além de Belém, onde deverá ser retomada em breve. Em www.dieese.gov.br acessado em 20-09-10.

O trabalho doméstico remunerado restringe suas atividades ao âmbito da casa, em tarefas ligadas historicamente a habilidades consideradas como atributos femininos, como cozinhar, lavar, passar e cuidar de crianças. Referindo-se também a cozinheiros, governantas, babas, vigias, motoristas, jardineiros, acompanhantes de idosos, caseiros e etc. Além disso, a relação entre empregado e empregador, é fortemente marcada pelas relações interpessoais e familiares, o que contribui para descaracterizar o caráter profissional do trabalho (PED, 2010).

O trabalho doméstico apresenta baixa sindicalização, acesso limitado aos direitos trabalhistas, baixos salários e extensas jornadas de trabalho. A PED (2010) desenha o panorama do trabalho doméstico nos principais mercados nacionais, apontando os principais problemas e características dessa ocupação.

2.2 Características do trabalho doméstico no Brasil

Com certeza no Brasil o trabalho doméstico trás uma informalidade, no mercado de trabalho as mulheres são menos valorizadas do que os homens, principalmente as de cútis negras.

O trabalho doméstico é em sua maioria realizado por mulheres, proporcionalmente a maior concentração de mulheres foi verificada em Recife e Fortaleza, cerca de 18,3% e a menor em Porto Alegre 13%. A relação entre trabalho feminino e cor/raça acompanha as características demográficas de cada região, em Salvador mais de 85% da população é negra e, em Porto Alegre, a maior proporção é de não negros.

Para as mulheres negras o trabalho doméstico foi o segundo mais importante com relação a ocupação, em Salvador, mais de 20% das trabalhadoras negras estavam nos afazeres domésticos; em São Paulo o percentual foi de 25,3%. Entre as mulheres não negras, 9,1% trabalhavam como domésticas no Distrito Federal e em Belo Horizonte; cerca de 12,9% em São Paulo. Conforme demonstra os gráficos 1 e 2.

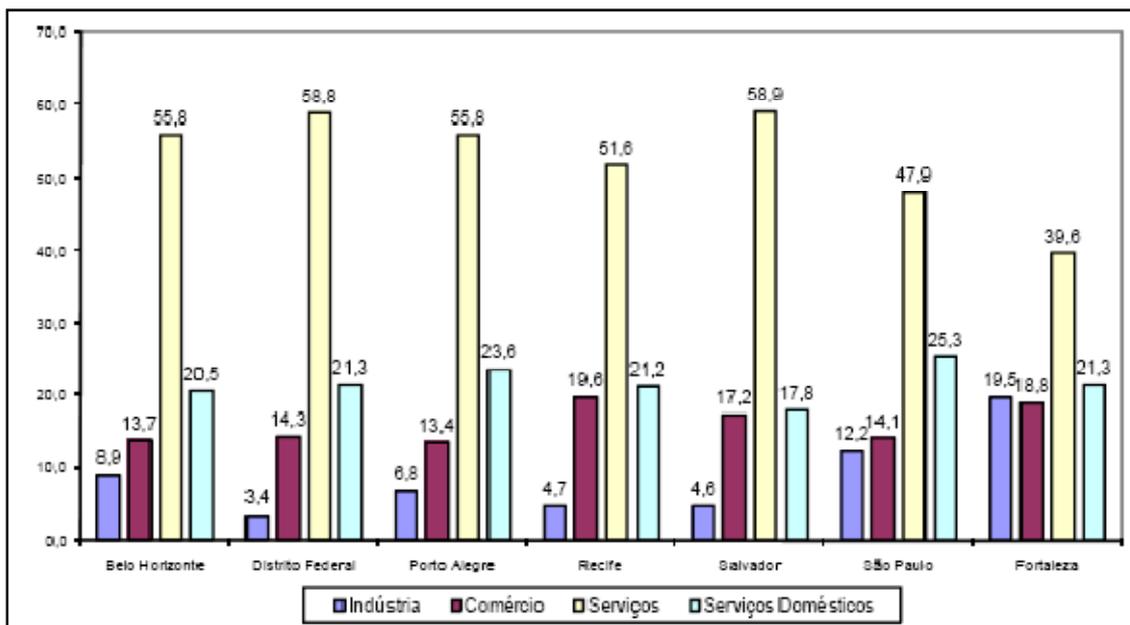


GRÁFICO 1 - Percentual das mulheres negras ocupadas conforme setor da atividade.
 Fonte: PED, 2010, p.4.

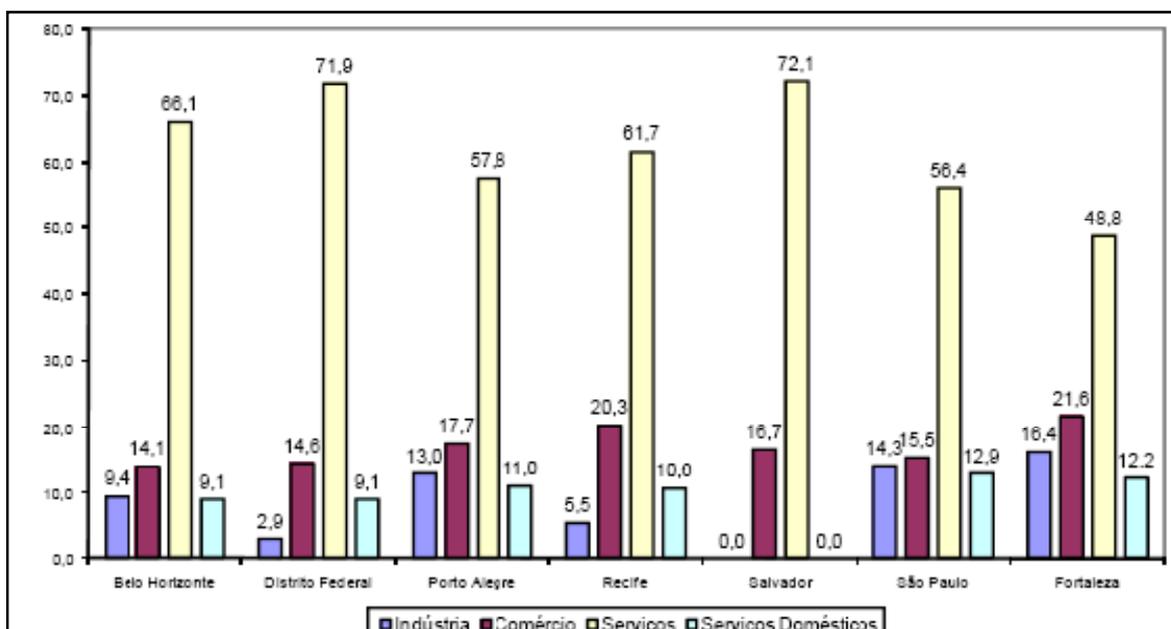


GRÁFICO 2 - Percentual das mulheres não negras ocupadas conforme setor da atividade.
 Fonte: PED, 2010, p.4.

Em 2009, as mulheres negras foram mais numerosas no trabalho domésticos com percentuais de 96,2% em Salvador, 50,6% em São Paulo, exceto em Porto Alegre devido a própria característica demográfica da região. O quadro 1 apresenta tal distribuição.

QUADRO 1
Distribuição das mulheres ocupadas, conforme raça-cor

Regiões Metropolitanas e Distrito Federal	Total	Negras	Não-Negras
Belo Horizonte			
Total	100,0	53,7	46,3
Serviços Domésticos	100,0	72,4	27,6
Distrito Federal			
Total	100,0	64,5	35,5
Serviços Domésticos	100,0	81,0	19,0
Porto Alegre			
Total	100,0	15,6	84,4
Serviços Domésticos	100,0	28,3	71,7
Fortaleza			
Total	100,0	67,1	32,9
Serviços Domésticos	100,0	78,1	21,9
Recife			
Total	100,0	72,4	27,6
Serviços Domésticos	100,0	84,0	16,0
Salvador			
Total	100,0	85,2	14,8
Serviços Domésticos	100,0	96,2	(1)
São Paulo			
Total	100,0	34,2	65,8
Serviços Domésticos	100,0	50,6	49,4

Fonte: PED, 2010, p.5.

A maioria das trabalhadoras domésticas têm idade entre 25 a 49 anos, sendo que 77% tem entre 25 e 59 anos, por isso, o DIEESE⁵ considera que o trabalho doméstico deixou de ser uma forma de inserção no mercado de trabalho para as mulheres mais jovens, observado na comparação entre a pesquisa de 2000 e 2009. Explica tal constatação por diversos fatores, tais como: o aumento do nível de escolaridade que possibilita a busca por melhores postos de trabalho; e, a exigência de pessoas mais experientes para a realização do trabalho (PED, 2010).

O nível de escolaridade apresentado pela pesquisa foi, de maneira geral, baixo, sendo que a maioria não conclui o ensino fundamental, dado mais evidenciado entre as negras. Dessa forma, o trabalho doméstico apresenta-se como uma das poucas opções de ocupação para pessoas de pouca escolaridade (PED, 2010).

⁵ Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Sócio-Econômicos. Em www.dieese.gov.br acessado em 20-09-10.

Todavia, em 2009, a pesquisa apresentou o aumento da participação de mulheres com nível de escolaridade médio ou superior incompleto, o que expressa a melhora do nível de escolaridade da população de modo geral. Para entender melhor essa questão é importante considerar ocupações domésticas exercidas por pessoas mais instruídas, como babás e acompanhantes de idosos. Além disso, o envelhecimento populacional e a diminuição do tamanho das famílias justificam a expansão do trabalho doméstico para alguns profissionais de saúde, alterando o perfil do emprego doméstico (PED, 2010).

A maioria dos empregados domésticos exerce suas atividades como mensalistas, com ou sem carteira assinada, mais de 67% das entrevistadas. As mensalistas com carteira assinada eram 42,6% em Belo Horizonte, 43,6% no Distrito Federal, 45,1% em Porto Alegre e 37,6% em São Paulo. Na região nordeste as mensalistas sem carteira assinada são a maioria, em Fortaleza o percentual chega a 63,6%. As empregadas que trabalham com carteira assinada tem seu vínculo de trabalho reconhecido oficialmente e o acesso ao sistema previdenciário garantido pelo pagamento da contribuição previdenciária pelos empregadores (PED, 2010).

Mais instável e precária é a situação das diaristas, remuneradas pelo dia de trabalho, sem direito às férias ou afastamento remunerado em caso de doença ou acidente de trabalho. O ritmo de trabalho é mais intenso, porque precisam terminar todas as tarefas num único dia. O DIEESE constatou aumento no número de empregados domésticos que trabalham como diaristas, de 2000 para 2009, chegando a ocupar 20,4% do mercado em Salvador e 33% em Recife (PED, 2010).

O gráfico 3 apresenta a proporção das ocupações nas principais regiões metropolitanas.

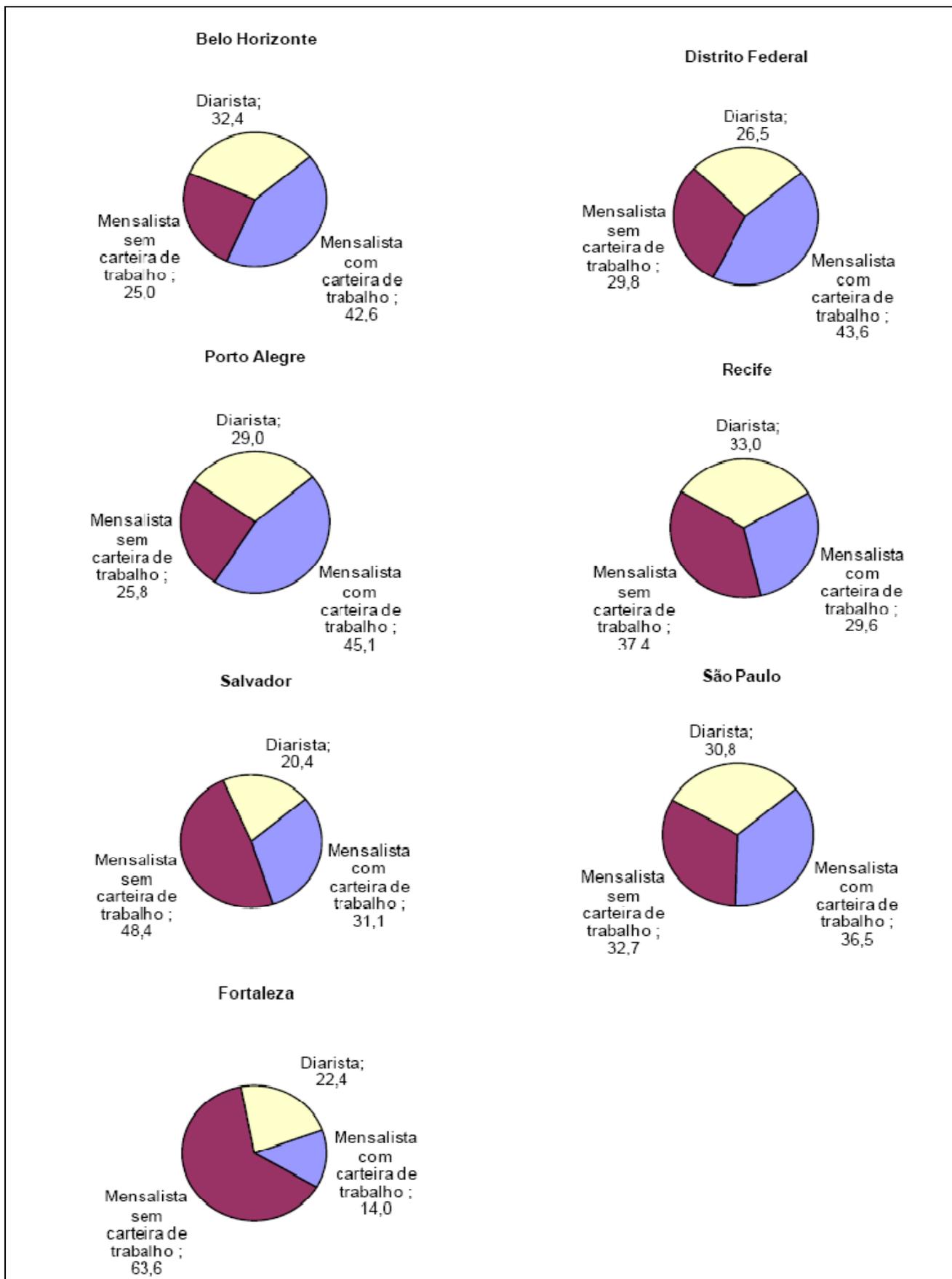


GRÁFICO 3 - Distribuição das trabalhadoras domésticas conforme ocupação.

Fonte: PED, 2010, p.9

Analisando o gráfico 3, no Distrito Federal e nas capitais de Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, e São Paulo, a demanda de diarista é boa, variando acima de 26,5%. Agora as de menores percentuais são as de Fortaleza e Salvador, sendo que a maioria são sem carteiras assinadas.

De modo geral, o trabalho doméstico apresenta baixa rotatividade, em grande parte devido aos laços e às relações de confiança entre patrão e empregado. Quanto a duração da jornada de trabalho, as mais extensas foram observadas no nordeste, 54 horas/semanais, em média; no Distrito Federal a média foi de 44 horas (como definido em lei), em Belo Horizonte 42 horas; 41 horas em São Paulo e Porto Alegre. De modo geral, as mensalistas com carteira assinada, independente de cor ou raça, são as que têm maiores jornadas de trabalho. Entre as diaristas a média semanal foi menor, variando entre 20 e 24 horas, tal fato não está relacionado a menos horas trabalhadas diariamente, mas sim devido ao trabalho em menos dias da semana (PED, 2010).

A remuneração média foi menor nas regiões do nordeste, no ano da pesquisa (2009), cerca de R\$ 1,71 a hora em Fortaleza; R\$ 1,87 no Recife e R\$ 2,08 em Salvador. Os maiores rendimentos foram verificados no Distrito Federal, R\$ 3,08 a hora e, em Porto Alegre R\$ 3,51 e em São Paulo, R\$ 3,52. As diaristas têm rendimentos superiores ao das mensalistas, cerca de 47,2% em Fortaleza e 38,3% no Distrito Federal, 44,5% em Belo Horizonte.

Esses melhores salários e a flexibilidade no horário de trabalho podem justificar o crescimento do emprego doméstico diarista. Contudo, nesse cálculo da média salário/hora não foram considerados benefícios que os trabalhadores mensalistas com carteira assinada possuem, tais como, descanso semanal remunerado, férias e 13º salário (PED, 2010).

Extrapolando as questões nacionais, vê-se a precarização do trabalho também nos países desenvolvidos da Europa e América do Norte. A migração levou a tais mercados, uma massa de trabalhadores, que por diversas questões, entre as quais, a clandestinidade e a falta de qualificação, acaba por desempenhar os afazeres domésticos. Naqueles países a atividade doméstica também sofre com a falta de proteção social e direitos sociais, baixos salários e baixos níveis de qualificação (HIRATA, 2004).

2.3 Relação entre patrão e empregado doméstico

Para Hirata (2004) a relação entre patrão e trabalhador doméstico é uma relação de servidão. Os trabalhadores domésticos vivem tempos históricos contraditórios, porque embora tenham seus direitos conquistados, mantém uma relação de trabalho nos moldes da servidão, já que implica em estar sempre a disposição do outro, ser “adivinhadora” dos desejos do outro e ter total disponibilidade de tempo.

Mesmo havendo diversas mudanças e uma relação afetiva boa, o peso da relação de servidão ainda é forte. Alguns estudiosos defendem a origem escravagista do trabalho doméstico e a depreciação tanto do tipo de trabalho quanto de quem o executa.

Segundo Argollo (2007) a questão do trabalho doméstico no Brasil não pode ser dissociado da origem escravocrata, onde a maciça utilização de mão-de-obra escrava propicia o estabelecimento e o sucesso do capitalismo mercantilista na colônia; aos escravos cabia todo o trabalho braçal ou manual, incluindo o doméstico. Foram 400 anos baseados na economia escravocrata, por isso seria inocente desconsiderar os pesados grilhões culturais arraigados na percepção ou memória coletiva.

São três séculos e meio de regime escravocrata contra apenas um de trabalho livre. Por mais que dinâmica que seja a atualidade, por mais que a sociedade brasileira tenha mudado e evoluído nestes 118 anos de abolicionismo, acreditar que rompemos em apenas duas gerações e meia, os pesados grilhões culturais atados a nossa percepção coletiva é, no mínimo ingenuidade (ARGOLLO, 2007. p.345).

Com a abolição da escravatura diversos libertos continuaram a servir nas mesmas casas ou fazendas, seja por apego ou falta de opção. Nessa nova condição, a de empregado doméstico, eram remuneradas apenas com comida, roupas usadas e um lugar para viver (ARGOLLO, 2007).

Hoje em dia os patrões ainda dão coisas aos empregados, mais um elemento de exploração usado pelos patrões como complementação ou substituição ou parte do salário; uma relação que ultrapassa o sentido monetário, sendo parte de um sistema de comunicação onde significados sociais são transformados. Além dos salários, as patroas dão às empregadas coisas que não mais têm utilidades para elas, não servem mais, como roupas de crianças, geladeira usada, sobras de comida e etc; em suma, coisas de segunda mão. Essa oferta de presentes acaba por simbolizar a hierarquia social, doa-se objetos de segunda mão, a pessoa de segunda classe (HIRATA, 2004).

Ao contrário do que ocorreu na Europa onde as atividades das damas de honra, pajens e escudeiros deram uma áurea de nobreza a tais tarefas, no Brasil a tradição escravocrata obscureceu a dignidade das tarefas domésticas (ARGOLLO, 2007).

No final século XIX as transformações provocadas pela 1ª revolução industrial causaram inúmeros conflitos sociais, decorrentes, principalmente da exacerbação da exploração do trabalhador e da incompetência dos códigos civis em dirimir tais questões. Diversos conflitos desafiaram a autoridade do Estado, criticando o modelo individualista da sociedade liberal, demonstrando os efeitos negativos da proletarização e a inadequação dos principais jurídicos liberais de igualdade aplicados a regulação das relações de trabalho (FERREIRA, 2003).

[...] foram atos de desobediência civil, que induziram a formação do Direito do Trabalho e levaram a que o Estado intervissem nas relações laborais através desse novo direito numa linha de racionalização jurídica dos conflitos sociais (FERREIRA, 2003. p. 155).

Daí, considerar que o Direito do Trabalho é um ramo do direito moderno feito da revolução industrial, das lutas entre capital e trabalho e, principalmente como novo regulador da ordem econômica, social e política.

[...] a medida que se acentua a ruptura com o individualismo liberal, anuncia-se um novo período, o Direito do Trabalho coletivo e autônomo e a constituição de um direito social que tem como paradigma o grupo e não o indivíduo (FERREIRA, 2005. p.50).

Ferreira prisma que o Direito do Trabalho tem que ser pela coletividade e não pra somente um indivíduo.

Para Reis de Paula (2004), o Direito do Trabalho surgiu exatamente para proteger o trabalhador, já que pela simples regra do mercado o trabalho se converte em mera mercadoria.

Mais adiante, na segunda metade do século XX, a grande recessão da economia mundial causada pela crise do petróleo, trouxe profundas transformações sociais e, por consequência no mundo do trabalho. Essa reestruturação do sistema capitalista implicou numa nova ciência sócio-jurídica alterando a percepção do Direito para um sistema globalizado, pluralista e até, informal. Essa nova reestruturação produtiva combina a introdução de novas tecnologias com a aplicação de novos métodos para gerenciamento dos recursos humanos em prol da máxima produtividade, definindo um novo perfil de trabalhador (FERREIRA, 2003).

A realidade social acaba por influenciar na produção do Direito do Trabalho, alguns conceitos refletem a prática das relações sociais no que refere à jornada de trabalho, os acidentes de trabalho, o trabalho de menores, o direito de greve, tema das primeiras leis trabalhistas.

3 DIREITO DO TRABALHO

O direito enquanto instrumento da materialização do pensamento social, passa por diversas transformações, assim como as relações sociais. No Brasil, o Estado foi o grande responsável pela produção e aplicação do Direito do Trabalho, mas frente a globalização e as políticas neoliberais, teve sua capacidade protetora reduzida (ANJOS, 2005).

Entretanto, a concepção do Direito do Trabalho baseou-se no acordo entre capital-trabalho-Estado nos termos mínimos da democracia,

[...] o direito desenvolveu-se como um conhecimento específico, que se define como científico caracterizado por esse cientificismo e pelo estatismo, do qual o positivismo jurídico e expressão (FERREIRA, 2002. p.264).

Para Ferreira o Direito do Trabalho não veio do nada e sim de um todo, como sua origem por trabalhos científicos em prol do Estado.

Na Europa, o Direito do Trabalho e a legislação trabalhista surgiram em decorrência de convenções coletivas ou acordos coletivos de trabalho. No Brasil, o Direito do Trabalho começou pelo direito individual e não pelo coletivo, como normas jurídicas impostas aos indivíduos, supondo haver um desnível de poder entre empregado e empregador. Por causa disso, a autonomia da vontade, princípio básico do Direito Civil, fica prejudicada; a intervenção do Estado vai contra a autonomia da vontade, garantindo os direitos básicos do trabalhador. Dessa forma, as disposições legais têm como caráter principal, coibir eventuais abusos do empregador, de modo a equilibrar as relações de trabalho (FRENCH, 2001, p. 17).

O Direito do Trabalho teria surgido no Brasil, como ideologia de outorga, corporativismo e absorção do sindicato pelo Estado, neutralizando politicamente um importante instrumento de mudança social. Mas, se assim fosse teria se caracterizado pelo artificialismo ou porque os trabalhadores não mereciam ou não teriam lutado por elas. (FRENCH, 2001).

Segundo o autor (2041, p. 92), As leis trabalhistas não foram uma concessão desinteressada e generosa de Getúlio Vargas. Não foram um beneplácito de um Estado forte, (...) tiveram sua origem num Estado nacional fraco que tentava desesperadamente construir uma base social para o seu poder.

Para French, estavam tentando resgatar leis trabalhistas para organizar o Estado.

Embora, as lutas e estratégias dos trabalhadores brasileiros não tenham sido tão conhecidas como a dos europeus, elas existiram e perpassaram todas as primeiras décadas do século XX. Os operários brasileiros não eram desorganizados, submissos ou desprovidos de consciências política, antes disso, souberam aproveitar a legislação e as iniciativas políticas para criar um espaço onde poderiam reforçar seu poder e organizar sua classe. Portanto, a CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas) não pode ser considerada como um instrumento de um governo autoritário para controle dos trabalhadores, porque muitos encontraram nela um recurso para luta e participação política (PINHEIRO, 2004).

Em suma, a legislação trabalhista serviu para moldar a demanda dos trabalhadores por justiça, construindo um horizonte cultural digno e mais justo.

A mais recente evolução do Direito do Trabalho se deve a diversos fatores da atualidade, tais como, o desemprego, a precarização das condições de trabalho, a discriminação racial e sexual, além dos processos de globalização, da transnacionalização do capital, da dinâmica das empresas multinacionais e do Direito do Trabalho nacional, ou seja, a globalização neoliberal alterou a regulação do trabalho em escala mundial (SANTOS, 2003).

Entender dialeticamente o Direito do Trabalho significa observá-lo, de um lado, como resultado do desenvolvimento da luta de classes, instrumento de dominação; de outro, como melhoria concreta das relações sociais, por esta luta determinada (GENRO, 1993. P. 50)

Genro vê o Direito do trabalho como um Estado forte, com lei trabalhista que resolve os problemas na nação.

3.1 Empregado doméstico

Indivíduos maiores de 16 anos que prestam serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial desta. Dessa forma, o caráter não econômico da atividade residencial é a principal característica dessa categoria (MTE, 2007).

Contudo, Santos (1998) afirma que até 1956 a legislação era pouco precisa em determinar claramente essa profissão; o decreto lei 3.078 de 1941 definia como empregado doméstico qualquer profissão que mediante remuneração, realiza serviços residenciais

particulares, ou seja, essa definição abarcava todos os empregados que não trabalham em empresas, como zeladores, porteiros e etc. Esse decreto também atribuía o direito a aviso prévio de 8 dias, após 6 meses de experiência, podendo o empregado rescindir o contrato de trabalho em casos de atentado a honra ou a integridade física, mora salarial ou falta de cumprimento das obrigações patronais.

A CLT, editada em 1943, excluiu os empregados domésticos de seu âmbito. Em 1972, a lei nº 5.859 dispõe sobre a profissão, dando direito a férias e aos benefícios previstos em Lei orgânica da previdência social, como segurado obrigatório. Em 1988, a Constituição Federal no parágrafo único do artigo 7º estendeu os direitos dos trabalhadores urbanos, rurais e avulsos, também aos domésticos. Em 2001, dispositivos acrescentados na lei nº 5.859 de 1972, faculta o acesso do empregado doméstico ao FGTS e ao seguro desemprego (SOARES FILHO, 2010).

A lei nº 11.324 de 2006 contempla os empregados domésticos com direitos previdenciários e trabalhistas, entre os quais: férias anuais remuneradas de 30 dias, com abono salarial de 1/3; estabilidade provisória para empregada gestante, contra dispensa sem justa causa; proibição de descontos no salário relativo ao fornecimento de alimentos, vestuário, material de higiene e moradia; permitindo apenas o desconto referente à moradia se acordado entre as partes ou se for diferente do local onde o serviço é prestado; direito a repouso semanal remunerado.

Tais mudanças significaram um avanço importante na busca da igualdade de condições às demais categorias, mas ainda restam outros benefícios como salário-família e inclusão obrigatória no FGTS (RENNÓ, 2008).

Apreciaremos a seguir as leis que abrange este trabalho, como a Lei 5.859/72 (profissão de empregado doméstico e dá outras providências), CLT – (Consolidação das Leis do Trabalho), a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, lei nº. 10.208/2001 (profissão de empregado doméstico, para facultar o acesso ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS e ao seguro-desemprego) e a lei nº 11.324/2006 (Altera dispositivos das Leis nºs 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, e 5.859, de 11 de dezembro de 1972; e revoga dispositivo da Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949).

3.1.1 Acerca da Lei 5.859/72

Dispõe o artigo 1º da Lei 5.859/72

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

Segundo a interpretação de Rennó (2008) por esta lei estão excluídos os trabalhadores em caráter descontínuo e para mais de um empregador, como diaristas, faxineiras e lavadeiras; sendo considerados autônomos e inscritos, obrigatoriamente, na Previdência Social. Além disso, os empregados domésticos que trabalham em residências que vendam marmitas são regidos pela CLT, deixando de ser considerados domésticos. Compreendendo também as funções de cozinheira, mordomo, governanta, jardineiro, vigia, motorista, caseiro e zeladores, uma vez que tais trabalhadores prestam serviço nas residências ou nos prolongamentos destas, desde que seja mantida a ausência de finalidade lucrativa.

Portanto, na aplicação da Lei nº 5.859/72 existem 3 fatores condicionantes para o estabelecimento da relação ao empregado doméstico, a saber:

- natureza contínua: não são empregados domésticos os que exerçam atividade eventual ou intermitente.

Não é considerado empregado doméstico o prestador de serviços a várias famílias, sob a forma diarista ou avulso. Esses são considerados autônomos, por conta própria, para todos os efeitos, quer trabalhistas, quer previdenciários (MORAES FILHO, 1976. p. 134).

- finalidade não lucrativa: ausência de vínculo lucrativo, exercício fora da atividade econômica.

trabalhador de um sítio destinado a produzir frutas para vender... não constitui um contrato de trabalho doméstico, sendo então, relação de emprego comum, regido pela CLT (RENNÓ, 2008. p. 24)

- âmbito residencial: uma empresa, mesmo que filantrópica não poderá ter empregados domésticos. Âmbito residencial aplica-se a residência, sítio ou casa de campo/praias e, a serviços contíguos a ela, como no caso de motoristas, vigias e etc.

Rennó (2008) observa também que o contrato de trabalho do empregado doméstico pode ser feito de forma verbal, desde que estejam explicitados os direitos e deveres de ambas as partes. Tal contrato de trabalho também não tem caráter exclusivo, ou seja, o empregado pode trabalhar para outras pessoas desde que em horários compatíveis.

Para Argollo (2007) essa lei tratou somente quatro questões: definiu quem é empregado doméstico. (art. 1º); restabeleceu o direito/obrigação de portar CTPS. (art. 2º);

garantiu férias anuais remuneradas. (art. 3º); incluiu a classe como segurada da Previdência Social (art. 4º ao 6º).

Para o autor, (2007, p. 349) ela deixa a desejar, causando também algum retrocesso, uma vez que revogou o Decreto Lei nº 3.078/41 que concedia aviso prévio e estabelecia as possibilidades ou rompimento do contrato.

O autor essa lei não está totalmente completa e atendendo aos anseios dos trabalhadores domésticos, ela está defeituosa.

3.1.2 Acerca da CLT

Dispõe o artigo 7º da CLT

Art. 7º. Os preceitos 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 a pessoa ou à família, no âmbito residencial destas.

Rennó (2008) observa que a CLT regulamenta os serviços prestados em prol da família. Assim mesmo que um pedreiro seja contratado para reforma na casa, o resultado desse trabalho beneficia a reforma do patrimônio e não à família ou à pessoa, portanto, não pode ser considerado como doméstico.

3.1.3 Acerca da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, no artigo 7º, parágrafo único estabeleceu os direitos dos trabalhadores domésticos, a saber: salário mínimo fixado em lei; férias remuneradas anuais acrescidas de 1/3 do salário normal; IV - salário mínimo fixado em lei; VI - irredutibilidade salarial; VIII - 13º salário integral; XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente no domingo; XVII - férias remuneradas anuais acrescidas de 1/3 do salário; XVIII - licença maternidade de 120 dias; XIX - licença paternidade; XXI - aviso prévio de 30 dias; XXIV - aposentadoria normal ou por invalidez.

Dessa forma, a CF excluiu os trabalhadores domésticos de alguns benefícios comuns às demais categorias, como jornada de trabalho máxima, adicionais de hora extra e noturno,

insalubridade e periculosidade, salário família e etc. Portanto, o princípio constitucional da isonomia foi agredido. O caput do art. 5º da própria CF consagra como clausula pétrea, o princípio da igualdade - todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza; contudo o art. 7º ao discriminar o trabalhador doméstico especificando seus direitos e, estabelecendo distinção entre estes e os demais trabalhadores afeta claramente o princípio constitucional pressuposto (RENNÓ, 2008).

[...] se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, o regime jurídico do trabalhador doméstico, advindo da relação empregatícia é equiparado ao regime jurídico trabalhista dos demais empregados ou fabricas, indústrias ou empresas (CRETELLA, 1989. p. 45).

Para o autor a lei deve ser igual para todos, independente de ser doméstico ou não.

[...] resta incontestado a flagrante violação do princípio da igualdade proporcionado pelo parágrafo único do art. 7º, gerando desarmonia no sistema jurídico (ARGOLLO, 2007. p. 353).

O autor cita o princípio da igualdade, pois segundo ele está ferindo a lei maior que da CF/88.

3.1.4 Acerca das leis nº. 10.208/2001 e 11.324/2006

Essas duas leis trouxeram ampliação dos direitos trabalhistas e previdenciários dos empregados domésticos, além de benefícios fiscais para os empregadores. Segundo a Lei 10.208/2001 fica facultado ao empregador a inclusão do empregado doméstico no FGTS; a partir dessa efetivação, o empregado passa a ter direito ao seguro-desemprego quando demitido sem justa causa. Mas para que esse benefício seja concedido, o empregador precisa ter recolhido a contribuição previdenciária e depositado o FGTS num período de vínculo trabalhista superior ou igual a 15 meses, no últimos 24 meses trabalhados (RENNÓ, 2008).

Já a lei nº 11.324/2006 estabeleceu, além das férias anuais remuneradas, estabilidade provisória das gestantes até 5 meses após o parto; proibição de descontos no salário relativos a alimentação, vestuário, higiene ou moradia (salvo acordo prévio, conforme mencionado anteriormente); vedação da incorporação dos valores pecuniários de tais despesas na remuneração (SOARES FILHO, 2010).

Ao empregador foi instituído como benefício fiscal, deduzir do Imposto de Renda, até 2012 – ano calendário 2011, a parte da contribuição patronal paga a Previdência Social relativa a um empregado doméstico e sobre um salário mínimo.

Para Soares Filho (2010) as conquistas dessas 2 leis foram uma tentativa de resgate da dívida histórica que a nação tem com os trabalhadores domésticos. Apesar disso, não foram conquistas plenas no que tange à equiparação com outras categorias, como no caso do salário família e da adesão compulsória ao FGTS. Esses dois benefícios constavam na Lei 11.324/2006, mas foram vetados pelo presidente da república; a questão do salário-família foi vetada com base no § 5º do artigo 195 da CF, uma vez que é proibido a criação, majoração ou extensão de benefícios ou serviços da seguridade social sem a contra-partida fonte de custeio. Na época, a concessão de salário-família aos empregados domésticos significaria um aumento de custo na ordem de 300 milhões por ano, no já desequilibrado orçamento da Previdência Social.

Já a inclusão obrigatória do empregado doméstico no sistema do FGTS precisaria ser estendida a multa de 40% sobre o valor depositado na respectiva conta, contribuindo para encarecer o vínculo empregatício, conseqüentemente, aumentando a informalidade e o desemprego (SOARES FILHO, 2010).

Paroski (2010, p. 2) critica veementemente o fato do empregador facultar ou não ao empregado doméstico o direito ao FGTS, para ele

[...] não parece razoável a norma afirmar que o destinatário do direito para ter acesso a ele depende da vontade de outrem. O trabalhador doméstico tem ou não direito a participar do regime do FGTS. Condicionar sua implementação à vontade do empregador é nada conferir ao trabalhador doméstico.

Para Paroski, o trabalhador doméstico, não pode depender do empregador para ter direito ao FGTS, e sim deve ser estabelecido por lei os seus direitos.

Em 2007, o Ministério do Trabalho publicou uma cartilha sobre os Direitos e Deveres do Trabalhador Doméstico, com objetivo de contribuir para aumentar os níveis de formalização do trabalho doméstico. “Reuniu num só lugar todas as informações sobre as normas legais para melhorar e fortalecer as relações e as condições no ambiente de trabalho” (MTE, 2007, p.5).

Argollo (2007) argumenta que é comum confundir relações profissionais com as pessoais, haja vista, as condições onde o serviço é prestado. Considera também algumas

barreiras à inclusão do trabalhador doméstico na rede de proteção das normas trabalhistas, entre os quais: quase impossibilidade de fiscalização nas residências, tanto pela quantidade como pela questão da inviolabilidade do domicílio; instabilidade característica da atividade; favores e liberalidades comuns na relação; baixo nível cultural e de qualificação; desorganização sindical da classe.

Isto posto, atenta-se para a necessidade de discutir a situação da empregada diarista, no tocante a aplicabilidade dos direitos inerentes ao trabalhador doméstico mensalista, ponto a ser analisado no próximo capítulo.

4 TRABALHADOR DOMÉSTICO DIARISTA: DISTINÇÃO JURÍDICA E FATOS SOCIAIS

Diversas controvérsias estão associadas à relação do trabalho doméstico, principalmente, no tocante à existência ou não do vínculo empregatício do trabalhador doméstico diarista. Esse capítulo objetiva apresentar os pressupostos dessa discussão, bem como discorrer sobre as decisões da justiça do trabalho acerca dessa questão.

De modo geral, a Justiça do Trabalho tem considerado como critério de definição, o pressuposto básico da continuidade da prestação de serviço, ou seja, o vínculo do trabalhador doméstico está diretamente associado à continuidade do serviço, ao contrário da diarista, classificada como autônomo ou trabalhador eventual, uma vez que possui relativa liberdade de horário e pagamento diário (NASCIMENTO, 2009).

A Justiça do Trabalho, apesar de reconhecer que empregados domésticos e diaristas exercem as mesmas funções, diferenciam as duas atividades, enfatizando que os diaristas recebem remuneração superior em relação ao salário dos empregados domésticos, o que não lhes causaria prejuízo com relação à previdência social, porque podem recolher a contribuição por meio de carnê autônomo (TST, 2010).

O TST tem entendido que o trabalhador diarista pode perfeitamente recolher as suas contribuições e pagar ao Estado por meio de carnê, uma vez que seu salário mensal passa a ser maior que o trabalhador doméstico mensalista.

No entanto, as diaristas têm as condições de trabalho com alto grau de instabilidade, precariedade, subemprego, além de baixos salários. Nascimento (2009) considera que as decisões da Justiça do Trabalho são fundamentadas e examinadas com pouco critério, acabam por reforçar a desvalorização do trabalho doméstico. “... estabeleceu-se inclusive, um critério matemático para distinguir essas atividades: o número de dias trabalhados por semana em uma residência” (NASCIMENTO, 2009. p. 21)

4.1 Relação de trabalho doméstico

Segundo a Legislação Trabalhista há um contrato de prestação de serviços entre o empregado e o empregador, onde o primeiro é definido como toda pessoa física que presta serviços de natureza não eventual ao empregador, mediante salário e sob dependência deste; sendo excluídos dessa condição os presidiários, os prisioneiros de guerra ou aqueles que prestam serviços com determinação judicial, militar, religiosa ou assistencial (CLT. artigo 2 e 3).

Dessa forma, na relação de emprego estão presentes os elementos jurídicos: trabalho não eventual, pessoalidade por pessoa física, situação de subordinação e onerosidade (NASCIMENTO, 2009).

Como pessoalidade entende-se que o trabalhador não pode ser substituído por outro, não pode se fazer substituir por outra pessoa. O contrato de trabalho só pode ser efetivado quando o empregador confirmar as aptidões morais e técnicas para desempenhar suas atividades. Na ausência da pessoalidade não existe a relação de emprego, nem incidência da relação de emprego. (SAAD, 2004).

Mas, a questão da pessoalidade na relação de emprego não obriga o empregado a ser exclusivo de um empregador. Para a Legislação Trabalhista o empregado pode trabalhar para um ou mais empregadores, desde que haja compatibilidade de horários, ausência de concorrência ou conflito de interesses (NASCIMENTO, 2009).

Quanto à continuidade, reza que o empregado deve prestar serviço de forma não eventual, entende-se eventual quando o trabalhador não permanece no local de trabalho com ânimo definitivo. Para Nascimento (2009) a não-eventualidade no serviço do empregado doméstico deve ser analisada em casos concretos e específico, não devendo haver critérios matemáticos exatos e previamente estabelecidos. Como exemplo de trabalho eventual, (Hinz, 2006. p. 51) cita os serviços prestados por um eletricitista no caso de algum reparo ou conserto na residência.

Nascimento (2009) observa ainda que o trabalhador autônomo mesmo que exerça sua atividade continuamente, faz por conta própria e sem subordinação. E é justamente, a subordinação o fato jurídico a ser examinado a seguir.

Subordinação é a limitação da autonomia da vontade do trabalhador devido a questões contratuais, transferindo para o empregador o poder de direção sobre a tarefa a ser

desempenhada, dessa forma, diferencia-se da relação do trabalho autônomo. Mediante o contrato de trabalho firmado entre empregador e empregado, o primeiro detém o poder de comando ativo na relação trabalhista, cabendo ao segundo a subordinação sob pena das sanções legais (MARTINS, 2003).

Para Barros (2005) a subordinação tem natureza jurídica, uma dependência real do direito do empregador comandar e dar ordens. Contudo, ela é limitada pela legislação, não podendo ser estendida à vida pessoal ou à intimidade do empregado, muito menos ordenar tarefas que não condizem com sua atividade.

[...] no trabalho doméstico a subordinação é essencial para a caracterização ou não da relação de empregado doméstico [...] portanto, o trabalhador pode ser denominado como diarista, quando o contratante não dirigir a execução das tarefas a serem realizadas, ou seja, o trabalhador é quem determina horário e modo de execução dos serviços sem qualquer interferência (NASCIMENTO, 2009. p. 25).

Quanto à onerosidade, Delgado (2007) considera-a como um encargo bilateral próprio da relação de emprego, ou seja, o empregador desempenha um ou mais tarefas cedendo sua força de trabalho em troca de remuneração. Portanto, não existe relação de emprego na prestação de serviço voluntário, religioso ou filantrópico. Mas, por outro lado, a não estipulação de remuneração não significa ausência da relação trabalhista, pois há de se considerar sobre o *animus* do empregado, desinteressado ou não na remuneração.

4.2 Trabalhador autônomo e trabalhador eventual

As características primordiais para definir a relação de trabalho autônomo são a habitualidade e a ausência de subordinação. Autônomo é o trabalhador que presta serviços contínua e habitualmente para o mesmo tomador de serviços. Contudo, o autônomo exerce suas atividades por conta e risco próprio, não ficando sujeito ao poder de direção do empregador. Além disso, o trabalhador autônomo pode fazer-se substituir por outra pessoa na execução do serviço, ao contrário do que seria numa relação de emprego, sempre pessoal (MARTINS, 2006).

Nascimento (2009) diferencia também o trabalhador autônomo do trabalhador avulso, pois este presta serviços esporádicos, fortuitos ou ocasionais de certa duração e remuneração rateada, conforme determinado na Lei 8.630/93.

Quanto ao trabalhador eventual, a característica mais importante dessa relação de trabalho é a prestação descontinuada do serviço, já que não há a necessidade permanente dos seus serviços. Dessa forma, o trabalho eventual é um contrato por tempo determinado e de curta duração; além de descontínuo, não pode ser associado a um único empregador (CASSAR, 2003).

Na relação de trabalho das diaristas não há descontinuidade, mas há diversos empregadores fixos. Quando a diarista trabalha uma vez por semana, todas as semanas, na mesma residência de forma intermitente, para Nascimento (2009) está instalada uma relação de emprego, ao contrário do trabalho de uma babá, por exemplo, contratada para acompanhar a família e cuidar das crianças durante uma semana e liberada depois.

4.2.1 Continuidade e não eventualidade no trabalho doméstico

Martins (2003) considera que os serviços prestados no âmbito residencial e sem fins lucrativos são considerados domésticos, independente se forem contínuos e ininterruptos ou periódicos. Portanto, para esse autor a descontinuidade ou a eventualidade do trabalho doméstico caracteriza-se pela ausência do trabalhador por um longo período de tempo; descaracterizando-se assim a relação de emprego, uma vez, que o empregador não teria esse trabalhador à sua disposição. Ainda segundo Martins (2003), o trabalho do diarista que presta serviços periodicamente, na mesma residência em dias e horários pré-determinados pelos patrões, mantém sim uma relação de emprego, uma vez que não tem autonomia na realização das tarefas, nem pode deixar o local antes do horário pré-estabelecido.

É importante considerar a conformação jurídica acerca da não eventualidade e da continuidade da relação de emprego doméstico. A não eventualidade diz respeito a natureza do serviço prestado, a intermitência como parte da atividade normal pode denotar permanência (DELGADO, 2003).

Todavia, a não eventualidade ou a noção de eventualidade são elementos cujas classificações geram inúmeras controvérsias. Delgado (2003) analisa tais noções mediante a apresentação de 4 teorias:

- teoria da descontinuidade: o trabalho eventual seria aquele descontínuo, fracionado no tempo, intermitente;

- teoria do evento: o trabalho eventual seria aquele realizado pelo trabalhador por um tempo determinado ou em função de um acontecimento específico. Dessa forma, a duração do serviço seria transitória; o que dificulta a equidade jurídica das relações trabalhistas, já que a aplicabilidade dessa teoria dependeria da análise da situação concreta;
- teoria dos fins: trabalho eventual como aquele realizado para atender necessidade diversa das normais cotidianas;
- teoria da fixação jurídica: o trabalhador eventual é aquele que não se fixa a um único empregador, presta serviços a diversos empregados, variando no tempo.

Martins (2003) considera não haver divergência entre continuidade e não eventualidade, uma vez que analisa a expressão contínua como não episódica, não eventual, seguida e sucessiva.

Todavia, a jurisprudência, na maioria dos recursos julgados pelo Tribunal Superior do Trabalho, considera continuidade como ausência de interrupção, o trabalho realizado expressivamente ao longo da semana, ao contrário do que ocorre com a diarista cujo trabalho seria semelhante ao executado por trabalhadores autônomos. Avolumam-se as decisões do TST acerca da ausência de vínculo de emprego doméstico diarista, alega-se a flexibilidade da relação de emprego, ausência de estabilidade e permanência com único empregador (NASCIMENTO, 2009).

A seguir algumas transcrições de decisões dos egrégios tribunais:

TRT 2ª Região – Turma 06 Proc. nº 02980383419 Acórdão: 19990371639

Relator: Fernando Antônio Sampaio da Silva

DOMÉSTICO. RELAÇÃO DE EMPREGO. A continuidade da prestação de serviços, prevista na Lei. nº: 5.859/72 art. 1º exige comparecimento durante a semana inteira, a exceção da folga dominical. O comparecimento, em dois dias por semana, como diarista, não supre exigência legal ainda que tenha ocorrido ao longo de vários anos. A lei exige continuidade, o que é diverso de habitualidade (DJ. 30/07/1999).

TRT – 24ª Região – RO 2016199 Acórdão – 0596/2000

Relator: Juiz André Luiz Moraes de Oliveira

DIARISTA. CONTINUIDADE. AUSÊNCIA. ART. 1º DA LEI 5.859/1972. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. Trabalhador que presta serviços no âmbito doméstico em apenas dois dias por semana não se enquadra na previsão inserta no art. 1º da Lei 5.859/1972, pois ausente a continuidade na consecução dos misteres, condição específica e caracterizadora do denominado empregado doméstico (DJ 14/04/2000).

TRT/SP. 10177200290202000 RO Acórdão 8ª T 2002. 0743224

Relatora: Maria Luiza Freitas

DOMÉSTICO. CONFIGURAÇÃO. RELAÇÃO DE EMPREGO DOMÉSTICO. DIARISTA. A doméstica que trabalha como faxineira em dias alternados, por sua própria conveniência, com autonomia e sem horário

determinado, não é empregada nos termos da Lei nº: 5.859/72, que exige, dentre outros requisitos, prestação de serviços de natureza contínua. (DOE 03/12/2002)

TST - 3ª T. Proc. RR-1152.1999-011-15-00

Relatora: Juíza convocada Wilma Nogueira de A. Vaz da Silva.

RECURSO DE REVISTA. NÃO RECONHECIDO DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO DA FAXINEIRA QUE PRESTA SERVIÇOS EM CASAS 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 (DJ 24/10/2003).

TRT-PR-2065-2000-022-09-00 Acórdão – 05011-2003

Relator: Exmo Juiz Sergio Murilo Rodrigues.

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 do empregado pretendido (DJ. 21/03/2003).

TST – RR – 776.500/2001.7

DIARISTA QUE PRESTA SERVIÇOS EM RESIDÊNCIA APENAS EM TRÊS DIAS DA SEMANA. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO. Recurso de revista conhecido e desprovido (DJ 02/04/2004)

TRT – PR. 51562-2004-069-09-00-5. Acórdão: 07216-2005.

Relator: Juíza Sueli Gil El-Rajih

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 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. (DJ 29/03/2005).

TRT – 10ª Região – 3ª Turma ROPS. nº: 00131-2006-010-10-00-3

Relator: Juiz João Luiz Rocha Sampaio

DIARISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. INEXISTÊNCIA. A prestação de serviços em apenas três dias por semana na execução de serviços domésticos revela a condição de diarista, cuja relação por se ressentir dos requisitos da continuidade, subordinação e dependência econômica, não configura o liame empregatício previsto no art. 1º da Lei nº: 5.859/72. (DJ. 11/02/2007)

TST-RR. Proc. 808521-2001.

Relatora: Juíza Maria Doralice Novaes

DIARISTA. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO DE EMPREGO DOMÉSTICO. AUSÊNCIA DE CONTINUIDADE. As atividades desenvolvidas em alguns dias da semana, com vinculação a outras residências, havendo a percepção de pagamento, ao final de cada dia, apontam para a definição do trabalhador autônomo, identificado como diarista. O aplicador do direito não pode, sem respaldo na Lei, transfigurar relacionamento jurídico eleito pelas partes, dando-lhe, quando já produzidos todos os efeitos esperados, diversa roupagem. Haveria, aí, o risco inaceitável de se provocar instabilidade social e jurídica. Recurso de revista conhecido e provido (DJ 01/06/2007).

TST-RR. Turma 6. Proc. 10600-44.2006.5.01.0058. Acórdão

Relator: Juiz Mauricio Godinho Delgado.

RECURSO DE REVISTA. DIARISTA DOMÉSTICA. LABOR ATÉ DOIS DIAS DA SEMANA. RELAÇÃO DE EMPREGO. INEXISTÊNCIA.

Empregado doméstico é a pessoa física que presta, com pessoalidade, onerosidade e subordinadamente, serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, em função do âmbito residencial destas. (...) comprovando-se o labor por somente dois dias na semana, configura-se o caráter descontínuo da prestação de trabalho (DJ 06/10/10).

Estas e outras tantas decisões da Justiça do Trabalho, deixa claro que o critério mais utilizado para diferenciar o diarista do empregado doméstico comum, é a noção de continuidade, entendida, na maioria dos casos como o número de dias trabalhados; o trabalho em várias residências, a remuneração superior e a facilidade de romper o vínculo de trabalho.

Nascimento (2009) derruba todas essas considerações ao alegar que: não há critério científico, nem tampouco convergência entre os magistrados sobre o número de dias de trabalho necessários para caracterizar a continuidade da prestação do serviço; o diarista não pode ser considerado trabalhador autônomo, uma vez que está subordinado a todos os membros da família que lhe dita ordens, as tarefas são previamente determinadas e devem ser executadas a contento; exigência de pessoalidade, já que a diarista não pode fazer-se substituir por um colega, estando comprometida a prestar serviço em determinados dias da semana no horário pré-estabelecido; mesmo possuindo vários empregadores, o trabalho ocorre em dias determinados, intermitente e habitualmente e não de forma esporádica, casual ou fortuita; a remuneração é maior, proporcionalmente, como forma de compensar o custo de arcar por conta própria a contribuição previdenciária e custear as despesas com transporte;

Por tais razões, Nascimento (2009) alega que o vínculo empregatício está presente nos fatos/elementos jurídicos da pessoalidade, subordinação, habitualidade e onerosidade, além da relação do trabalho doméstico executada diretamente na residência.

Acima de tudo, deve-se considerar segundo o autor (2009, p.20)

o princípio da primazia da realidade, há grande número de diaristas que não podem ter negado o acesso aos mesmos direitos trabalhistas e previdenciários dos empregados domésticos, o que caracteriza a precariedade de muitas dessas relações de trabalho.

Todavia, esta polêmica está longe de acabar, em 2009 o Tribunal Superior do Trabalho decidiu que diaristas que trabalham três vezes por semana não têm o vínculo trabalhista reconhecido previamente, considerando que o empregado doméstico está sujeito à continuidade na prestação do serviço, ao contrário do trabalho realizado em apenas alguns

dias da semana. A decisão desta 7ª turma do TST diz respeito ao julgamento envolvendo uma dona de casa e uma diarista, ambas de Curitiba; observa-se que essa decisão não gera jurisprudência para outros casos, estando ainda cada caso dependente da interpretação de cada juiz.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho doméstico é um dos mais antigos, uma vez que sempre houve a necessidade de serviçais para ajudar nos cuidados e afazeres da casa. Desde sua origem esteve intimamente ligado ao trabalho escravo, não remunerado. O trabalho doméstico remunerado restringe suas atividades ao âmbito da casa, em tarefas ligadas historicamente a habilidades consideradas como atributos femininos, como cozinhar, lavar, passar e cuidar de crianças.

A CLT, editada em 1943, excluiu os empregados domésticos de seu âmbito. Atualmente, a lei nº 11.324 de 2006 contempla os empregados domésticos com direitos previdenciários e significou um avanço importante na busca da igualdade de condições, estabeleceu, além das férias anuais remuneradas, estabilidade provisória das gestantes até 5 meses após o parto; proibição de descontos no salário relativos a alimentação, vestuário, higiene ou moradia, entre outras coisas.

Diversas controvérsias estão associadas à relação do trabalho doméstico, principalmente, no tocante a existência ou não do vínculo empregatício do trabalhador doméstico diarista. De modo geral, a Justiça do Trabalho tem considerado como critério de definição, o pressuposto básico da continuidade da prestação de serviço, ou seja, o vínculo do trabalhador doméstico está diretamente associado a continuidade do serviço. Por isso é importante considerar a conformação jurídica acerca da não eventualidade e da continuidade da relação de emprego doméstico.

E a maioria dos recursos julgados pelo Tribunal Superior do Trabalho considera continuidade como ausência de interrupção, ao contrário do que ocorre com a diarista. Deixando claro que o critério mais utilizado para diferenciar o diarista do empregado doméstico comum, é a noção de continuidade, entendida, na maioria dos casos como o número de dias trabalhados.

Como foi visto, a questão do vínculo empregatício do empregado diarista fica sujeito, na maioria das vezes, as decisões dos juízes acerca de cada caso real. Indiferente do critério utilizado a cada mérito cabe ressaltar a importância da valorização do empregado doméstico enquanto trabalhador.

REFERÊNCIAS

ANJOS, F.A. **Direito do Trabalho**: um direito democrático na sua origem. Anais do Congresso Nacional do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito). Fortaleza, 2005.

ARGOLLO, L.L. **O trabalhador doméstico e o princípio constitucional da igualdade**. In: Dikè – IX - Revista Jurídica do Curso de Direito da UESC. Florianópolis: UESC, 2007.

BARROS, A. M. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LT, 2005.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988 / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005

CASSAR, V. B. **Direito do trabalho**. Niterói, Impetus, 2003.

CRETELLA, Jr. J. **O empregado doméstico na nova Constituição**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LT, 2003.

DELGADO, M. G. **Curso de direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FERREIRA, A. C. Por uma concepção decente e democrática do trabalho e dos seus direitos: (re) pensar o direito das relações laborais. In: **Globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 2003.

FRENCH, J. D. **Afogados em leis** – a CLT e a cultura política dos trabalhadores brasileiros. São Paulo, Ed. Fundação Abramo, 2001.

GENRO, T. **Introdução à crítica do Direito do Trabalho**. Porto Alegre: L & PM Editores, 1993.

GOES, M. C. **A problemática hermenêutica na configuração da relação de emprego doméstico**. In: GOES ADVOGADOS disponível em www.goesadvogados.com acessado em 20 de setembro de 2010.

GRPE – OIT. **O emprego doméstico: uma ocupação tipicamente feminina**. Departamento intersindical de estatística e estudos socioeconômicos (DIEESE). Secretaria Internacional do Trabalho. Brasil: 2006.

HINZ, H. M. **Direito individual do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2006.

HIRATA, H. **Trabalho doméstico: uma servidão voluntária?** In: Políticas públicas e igualdade de gênero. São Paulo: Ed. Bomtempo, 2004.

MARTINS, S. P. **Direito do Trabalho**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Manual do empregado doméstico**. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MASCARO NASCIMENTO, A. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MTE. Trabalho doméstico: direitos e deveres, orientações. Brasília: MTE, SIT, 2007.

NASCIMENTO, M. V. **Diarista: empregado, eventual ou autônomo?** O dilema permanente da Justiça do Trabalho. Rev. Dir. UPIS, v. 7, 2009.

NORONHA, E. G. **Informal, ilegal, injusto: percepções do mercado de trabalho no Brasil**. Rev. Bras. Ci. Soc. Vol. 18, n. 53. São Paulo, 2003.

PAROSKI, M. V. **A empregada doméstica e a garantia provisória de emprego da gestante**. Jus Navigandi disponível em www.jus2.uol.com.br acessado em 20 de setembro de 2010.

PED. Pesquisa de Emprego e Desemprego. A mulher nos mercados de trabalho metropolitanos. DIEESE, março de 2010.

PINHEIRO, P. S. **Política e trabalho no Brasil**. São Paulo: FGV, 2004.

REIS DE PAULA, C. A. Prefácio. In: **Flexibilização de direitos trabalhistas à luz da Constituição Federal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

RENNÓ, J. F. E. Desigualdades dos direitos dos empregados domésticos. Monografia de conclusão de curso. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, 2008.

SAAD, E. G. **Consolidação das leis do trabalho comentada**. São Paulo: LT, 2004.

SANTOS, A. **Manual do Contrato de Trabalho Doméstico**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SANTOS, B. S. **Poderá o direito ser emancipatório**. In: Revista Critica de Ciências Sociais. Coimbra, 2003.

SOARES FILHO, J. **Direitos trabalhistas e previdenciários do empregado doméstico**. Jus navigandi, disponível em www.jus2.uol.com.br acessado em 19 de agosto de 2010.

TST. Direitos das domésticas não se estendem às diaristas. TST disponível em www.tst.gov.br. Acessado em 19 de agosto de 2010.