



Doutrina

2 Empregado Doméstico e Diarista: 34817 Caracterização e Diferenças na Lei e na Jurisprudência

GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA

Livre-Docente e Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Especialista e Pós-Doutorado em Direito pela Universidad de Sevilla, Membro da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, Professor Universitário, Advogado e Consultor Jurídico. Ex-Juiz do Trabalho, ex-Procurador do Trabalho MPU e ex-Auditor-Fiscal do Trabalho.

Observa-se intensa discussão a respeito da diferença entre o empregado doméstico e o trabalhador eventual, conhecido como “diarista”.

Havia certa incerteza em saber quando o trabalho doméstico passa a configurar vínculo empregatício.

A Lei nº 5.859/1972, que regia a matéria e foi revogada, conceituava o empregado doméstico como o trabalhador que presta serviços *de natureza contínua* e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas (art. 1º).

Essa norma legal, entretanto, não indicava a quantidade de dias de trabalho durante a semana para a configuração do vínculo de emprego doméstico.

É interessante notar que a Consolidação das Leis do Trabalho, a qual é voltada, essencialmente, a empregados que não são domésticos, ou seja, que prestam serviços a empresas e empregadores por equiparação, exige a *não eventualidade* para a configuração do contrato de trabalho (art. 3º).

Se bem examinarmos, nota-se que as duas expressões não possuem exatamente o mesmo sentido, pois, no caso do empregado doméstico, exige-se a *habitualidade* na prestação de serviços, de forma *contínua* e *sucessiva*, ao longo da semana.

Nesse sentido, cabe fazer referência à seguinte decisão:

RELAÇÃO DE EMPREGO – TRABALHADOR DOMÉSTICO – AUSÊNCIA DE CONTINUIDADE – VIOLAÇÃO LEGAL AO ART. 3º DA CLT – DISSENSO JURISPRUDENCIAL INVÁLIDO – O Tribunal Regional registra a ausência da continuidade necessária para a configura-

ção do vínculo de emprego doméstico, indicando que a prova revela que a autora não trabalhava diariamente, sem especificar a quantidade de dias de labor, apenas consignando que o “trabalho era desempenhado em número reduzido de dias por semana”. O recurso funda-se em violação ao art. 3º da CLT, preceptivo que não incide na espécie, considerando que a matéria se rege pelo art. 1º da Lei nº 5.859/1972. Inviável o apelo por dissenso jurisprudencial, eis que os arestos transcritos não indicam o órgão prolator da decisão, como exige a Súmula nº 337/TST. Agravo de instrumento desprovido. (TST, AI-RR 2436-24.2012.5.02.0003, 7ª T., Rel. Des. Conv. Arnaldo Boson Paes, DEJT 20.03.2015)

Desse modo, não é empregado doméstico, mas sim diarista, aquele que presta serviços esporádicos, ou mesmo intermitentes, isto é, em poucos dias na semana.

Quanto ao tema, destaca-se o seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – VÍNCULO DE EMPREGO DOMÉSTICO – TRABALHO DE DIARISTA DUAS VEZES POR SEMANA – AUSÊNCIA DE CONTINUIDADE – NÃO CARACTERIZAÇÃO – Nos termos do art. 1º da Lei nº 5.859/1972, exige-se, para a caracterização do vínculo de emprego doméstico, a continuidade na prestação de serviços, requisito que não se evidencia no caso da diarista que trabalha na residência apenas em alguns dias da semana. Desse modo, comprovado pela prova testemunhal transcrita no acórdão regional o trabalho da Autora como diarista em dois dias da semana, inviável o reconhecimento da relação de emprego. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TST, AI-RR 1163-62.2011.5.02.0482, 7ª T., Rel. Min. Douglas Alencar Rodrigues, DEJT 06.02.2015)

Ainda assim, havia controvérsia a respeito de quantos dias de labor seriam necessários para a configuração do contrato de trabalho doméstico, distinguindo-o do eventual ou “diarista”.

A respeito dessa questão, a recente Lei Complementar nº 150/2015 passou a considerar empregado doméstico aquele que presta serviços de forma *contínua*, subordinada, onerosa e pessoal, e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, *por mais de dois dias por semana* (art. 1º)¹.

Com isso, ficou claro que se a prestação de serviços, a um mesmo tomador (empregador doméstico), ocorrer três

1 Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Manual de direito do trabalho*. 8. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 121-122.

dias por semana, ou mais, observa-se o trabalho de forma contínua, que é requisito para o reconhecimento do vínculo empregatício doméstico.

Como se pode notar, a norma legal em vigor confere maior segurança jurídica ao estabelecer critério objetivo, evitando oscilações e divergências de entendimento nos Tribunais que refletiam em decisões de casos concretos.

Entretanto, frise-se que, anteriormente, a jurisprudência majoritária afastava a existência do vínculo de emprego doméstico quando o trabalho ocorria até três vezes por semana, como se pode verificar nos seguintes julgados:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECURSO DE REVISTA – VÍNCULO DE EMPREGO – DIARISTA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECURSO DE REVISTA – VÍNCULO DE EMPREGO – DIARISTA – A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido de que não preenche o requisito da continuidade previsto no art. 1º da Lei nº 5.859/1972 o labor exercido pelo trabalhador doméstico em até três dias da semana. No caso, a reclamante trabalhava até dois dias por semana para a reclamada. Agravo de instrumento desprovido. (TST, AI-RR 175400-77.2013.5.13.0004, 2ª T., Rel. Des. Conv. Gilmar Cavalieri, DEJT 12.06.2015)

RECURSO DE REVISTA [...] 3. VÍNCULO DE EMPREGO – NÃO CONHECIMENTO – É cediço que a atual, notória e iterativa jurisprudência desta colenda Corte Superior é no sentido de que a atividade de diarista exercida durante três dias por semana para empregador doméstico não enseja o reconhecimento de vínculo de emprego. [...] Recurso de revista de que não

se conhece. [...]. (TST, RR 101200-63.2009.5.05.0101, 5ª T., Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos, DEJT 07.03.2014)

Ainda assim, mesmo no âmbito doméstico, os demais requisitos do vínculo de emprego também devem estar presentes.

Desse modo, o serviço deve ser prestado por *pessoa natural*, com *subordinação* (como decorrência do exercício do poder de direção pelo empregador), *onerosidade* (ou seja, o trabalho com o fim de receber a contraprestação salarial) e *personalidade* (no sentido de que o labor deve ser prestado, pessoalmente, pelo próprio empregado contratado, e não por terceiros).

Ademais, o contrato de trabalho doméstico se diferencia da relação de emprego comum, regida pela CLT, em razão da finalidade não lucrativa, por ser prestado à pessoa ou à família para o âmbito residencial.

O empregador doméstico, portanto, não é uma pessoa jurídica nem exerce atividade empresarial, não realizando atividades econômicas ou lucrativas, mas sim é a pessoa física ou a família.

Portanto, é doméstico não só o empregado que exerce funções internamente, na residência do empregador, como de limpeza, de faxina, de cozinhar, cuidando de crianças ou de idosos, mas também para o âmbito residencial, como o jardineiro, o vigia da casa, o motorista, etc.

Em síntese, com a recente lei que regulamentou diversos direitos trabalhistas e previdenciários ao empregado doméstico, em conformidade com a Emenda Constitucional nº 72/2013, observa-se maior igualdade e justiça aos referidos trabalhadores.