

							
Legislação	Consultoria	Assessoria	Informativos	Treinamento	Auditoria	Pesquisa	Qualidade

Relatório Trabalhista

Nº 004

14/01/2013

Sumário:

- TRABALHADOR EVENTUAL - DIARISTA
- ADICIONAL DE SOBREAVISO



TRABALHADOR EVENTUAL DIARISTA

O trabalhador eventual, popularmente conhecido como "diarista", é a pessoa física que presta serviços de natureza urbana ou rural, descontínua e/ou eventual, por conta própria, sem subordinação, recebendo pelo seu dia ou hora trabalhada. Trata-se de um trabalhador autônomo, inclusive para fins previdenciários (art. 9º, inciso V, do RPS/99).

Esta mão-de-obra é muito utilizada no meio rural e doméstico. Curiosamente (ou erroneamente) o art. 65 da CLT utilizou o termo "empregado diarista", em sua única aparição, para referenciar o cálculo do salário-hora. Não há nenhuma definição, clara e precisa, no conteúdo da CLT. Mesmo porque, não haveria como definir. O empregado (CLT) está subordinado ao cumprimento de uma jornada de trabalho, tendo a sua frequência não eventual. E, portanto, seria incompatível adequar ao sistema CLT de acordo com a natureza de trabalho do "diarista".

Rural

Na atividade rural temos a figura típica dos "paus-de-arara", "bóias-frias" e dos "chapas". Estes, prestam serviços diários à uma ou outras fazendas, não havendo fixação em nenhuma delas, e recebem pelo seu dia ou hora trabalhada. Tem curta duração, é ocasional. Não há nenhuma vinculação empregatícia. No entanto, o assunto é bastante controverso. Porque, pela sua natureza de trabalho (mão-de-obra desqualificada), sempre haverá alguém para determinar ordens de serviço (faça isso, faça assim, ou faça aquilo). Portanto, há presença da "subordinação", um dos requisitos de relevância para caracterização do vínculo empregatício, alvo de inúmeras reclamações na Justiça do Trabalho. Há necessidade de regulamentar esta mão-de-obra.

"Bóia-fria. Contrato de Trabalho. Para a configuração do contrato de trabalho não se exige a prestação diária de serviços, basta que haja o estado de subordinação" (TRT-PR, 9ª R., RO 873/78, por maioria, José Luiz M. Cacciari, ac. 556/79, 05/04/79, DJPR 16/04/79).

"O trabalhador chamado "chapa", desde que preste serviço permanente e contínuo e receba remuneração com sujeição à fiscalização, é empregado dentro do conceito legal" (Ac. da 3ª Turma do TST, RR 3.845/65, Rel. Min. Hildebrando Bisaglia).

Doméstico

Na atividade doméstica referenciamos a personagem "Marinete", eficiente "diarista", interpretada pela atriz Cláudia Rodrigues no programa "A Diarista" (era exibido pela Rede Globo), que retratava o dia-a-dia de uma "diarista", recheado de bom humor. No seu cartão de visita: "Limpo, passo, lavo ...".

No campo trabalhista o humor é deixado de lado. Pois, na Justiça do Trabalho são inúmeras as reclamações envolvendo pedidos de vínculo empregatício feitos por diaristas que prestam serviços a uma família. A questão está centrada ao interpretar a diferença entre "empregada doméstica" e "diarista".

O art. 1º da Lei nº 5.859/72, assim definiu o empregado doméstico:

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

Por eliminação, observando os grifos, sobra a "natureza contínua", vez que ambos atendem demais requisitos. Lembrando também que ambos podem ser horistas, diaristas, semanistas, quinzenalistas ou mensalistas. Portanto, a distinção não está na forma de pagamento.

A "natureza contínua" é quando não existe a interrupção do trabalho, não é esporádico, de maneira que o trabalho seja executado ao longo da semana, havendo a continuidade nas semanas seguintes. Assim é caracterizado o empregado doméstico.

Por outro lado, o "diarista":

- presta esporadicamente serviços à uma ou outras famílias;
- estabelece os dias da semana a serem trabalhados;
- organiza a sua própria agenda de trabalho, de acordo com a localização do cliente;
- cobra os seus prestativos mediante uma remuneração muito maior do que a prevista para a doméstica registrada;
- decide se não quiser mais prestar serviços para este ou aquele cliente, sem avisá-lo com antecedência ou submeter-se a nenhuma formalidade, já que é de sua conveniência, pela flexibilidade de que goza, não manter um vínculo estável e permanente com um único cliente;
- etc.

Observando este perfil, evidentemente, inexistente a caracterização do vínculo empregatício. Trata-se de uma trabalhadora autônoma.

Jurisprudência

"Diarista. Ausência de vínculo empregatício. Não há vínculo empregatício quando a empregada trabalha de forma não contínua a pessoa ou família, no âmbito residencial destas, e pode estabelecer os dias da semana a serem trabalhados de modo a laborar em várias outras residências mediante uma remuneração muito maior do que a prevista para a doméstica registrada. Recurso provido parcialmente". (Acórdão unânime da 2ª Turma do TRT da 10ª Região - RO 2.086/2000 - Rel. Juiz Mário Macedo Fernandes Caron - DJU 3 de 1º.12.2000, pág.25)

"O reconhecimento do vínculo empregatício do doméstico está condicionado à continuidade na prestação dos serviços, não se prestando ao reconhecimento do liame a realização de trabalho durante alguns dias da semana (in casu três), considerando-se que, para o doméstico com vínculo de emprego permanente, a sua jornada de trabalho, geral e normalmente, é executada de segunda-feira a sábado, ou seja, seis dias na semana, até porque foi assegurado ao doméstico o descanso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos (CF, art. 7º, XV, parágrafo único). No caso, é incontroverso que a Reclamante somente trabalhava três vezes por semana para a Reclamada, não havendo como reconhecer-lhe o vínculo empregatício com a ora Recorrida, pois, nessa hipótese, estamos diante de serviço prestado na modalidade". Recurso de Revista 776.500/2001.

"O caráter de eventualidade do qual se reveste o trabalho do diarista decorre da inexistência de garantia de continuidade da relação. O diarista presta serviço e recebe no mesmo dia a remuneração do seu labor, geralmente superior àquilo que faria jus se laborasse continuamente para o mesmo empregador, pois nele restam englobados e pagos diretamente ao trabalhador os encargos sociais que seriam recolhidos a terceiros. Se não quiser mais prestar serviços para este ou aquele tomador dos seus serviços não precisará avisá-lo com antecedência ou submeter-se a nenhuma formalidade, já que é de sua conveniência, pela flexibilidade de que goza, não manter um vínculo estável e permanente com um único empregador, pois tem variadas fontes de renda, provenientes dos vários postos de serviços que mantém. Recurso de Revista conhecido e desprovido." Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº TST-RR-776.500/2001.7.

"Diarista. Ausência de vínculo empregatício. Não há vínculo empregatício quando a empregada trabalha de forma não contínua a pessoa ou família, no âmbito residencial destas, e pode estabelecer os dias da semana a serem trabalhados de modo a laborar em várias outras residências mediante uma remuneração muito maior do que a prevista para a doméstica registrada. Recurso provido parcialmente". (Acórdão unânime da 2ª Turma do TRT da 10ª Região - RO 2.086/2000 - Rel. Juiz Mário Macedo Fernandes Caron - DJU 3 de 1º.12.2000, pág.25)

"Faxineira. Vínculo empregatício. Não caracterização. A relação de emprego como doméstica não se caracteriza quando os serviços de limpeza e/ou faxina em residência familiar não são solicitados com regularidade, e admitem, nos impedimentos de uma faxineira, a substituição por outra e, ainda, existindo o desenvolvimento do trabalho em várias residências, concomitantemente. Por não comprovada a presença dos requisitos necessários para a configuração da relação de trabalho nos moldes da legislação consolidada (arts. 2º e 3º), a improcedência do pedido deve ser mantida." (Acórdão unânime da 3ª Turma do TRT da 15ª Região - RO 003762/1999-5 - Rel. Juiz Mauro César Martins de Souza - DJ SP II de 30.05.2000, pág. 49)

"Empregada doméstica. Inexistência de relação empregatícia. Não se há falar em continuidade - requisito legal exigido na relação de emprego doméstico - se a reclamante é lavadeira, prestando serviços a favor do reclamado apenas uma vez por semana (Inteligência art. 1º, da Lei 5.859/72)." (Acórdão unânime da 5ª Turma do TRT da 3ª Região - RO 13.030/98 - Rel. Juiz Fernando Antônio de Menezes Lopes - DJ MG de 10.04.99, pág. 23)

"A jurisprudência é ampla na distinção entre o trabalho doméstico e o de diarista (faxineira, lavadeira, passadeira ou arrumadeira) intermitente. O primeiro, no conceito legal, é quem presta serviços de natureza contínua, de finalidade não lucrativa, à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, o segundo, de acordo com a Lei 5.859/72, em princípio não se encontra sob a proteção da legislação do primeiro, mesmo que compareça certos dias da semana, ante a descaracterização do serviço 'de natureza contínua'." (Acórdão unânime da 4ª Turma do TRT 1ª Região - RO 24.486/95 - Rel. Juíza Maria de Lourdes Sallaberry - DJ RJ II de 22.01.98, pág. 103)

"Diarista - Eventualidade - Inexistência de rela de emprego doméstico - 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." (Acórdão unânime da 2ª Turma do TRT da 3ª Região -10.557/97 - Rel. Juiz Carlos Alves Pinto - DJ MG 30.01.98, pág. 09)

"Doméstica: trabalho em dias alternados; doméstica que trabalha duas ou três vezes por semana, fazendo serviços próprios de manutenção de uma residência é empregada e não trabalhadora eventual, pois a habitualidade caracteriza-se prontamente, na medida em que seu trabalho é desenvolvido em dias alternados, verificando-se uma intermitência no labor, mas não uma descontinuidade; logo, estando plenamente caracterizada a habitualidade, subordinação, pagamento de salário, pessoalidade, declara-se, sem muito esforço, o vínculo empregatício." (Acórdão unânime da 7ª Turma do TRT da 2ª Região - RO 02970252508 - Rel. Juíza Rosa M Zuccaro - DO SP de 12.06.98, pág. 189)

"Doméstico de atividade intermitente/diarista - Conceito - No conceito legal, os serviços do doméstico devem ter a natureza contínua, o que por si só não afasta a prestação intermitente, amplamente reconhecida no âmbito do empreendimento lucrativo. As particularidades de usos e costumes que diferenciam o meio empresarial do familiar, entretanto, levaram a doutrina e a jurisprudência a uma limitação temporal da intermitência na atividade laboral doméstica, cuja realidade evidencia a coexistência pacífica da diarista (nitidamente autônoma quando trabalha não mais do que uma vez por semana) e da doméstica de atividade intermitente (que presta serviços de natureza empregatícia, não lucrativa, a uma pessoa ou família, no âmbito residencial destas, com regularidade não inferior a duas vezes por semana)." (Acórdão unânime da 8ª Turma do TRT da 2ª Região - RO 02960320039 - Rel. Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva - DO SP de 30.09.97, pág. 103)

"Relação de emprego - Lavadeira, passadeira - Empregada doméstica - Não configuração. Não é empregada doméstica quem, uma vez por semana, conforme seus critérios pessoais, lava e passa roupas em residências da família. (Inteligência do art. 1º da Lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972)." (Acórdão, por maioria de votos, da 3ª Turma do TRT da 3ª Região - RO 10.879/96 - Rel. Juiz Antônio Balbino Santos Oliveira - DJ MG de 14.01.97.pag.02)

"Diarista - Vínculo empregatício de doméstica. A prestação de serviços como diarista, não configura trabalho doméstico nos termos previstos no artigo 1º da Lei 5859/ 72, por ausente o pressuposto "continuidade", que significa labor cotidiano. Da mesma forma, não existe a subordinação jurídica, elemento que difere o empregado doméstico do trabalhador autônomo, a que se equipara a diarista." (TRT 2ª Região, ac. nº 20040568193, 19. 10. 04, 3ª T. Relator Décio Sebastião Daidone."

"Doméstico. Vínculo de emprego. Trabalho em poucos dias da semana. Exclusividade não é requisito do contrato de trabalho. A defesa menciona que a reclamante trabalhou como diarista de 1996 a julho de 2000, prestando serviços em média três vezes por semana. Havia continuidade na prestação de serviços, o que era feito três vezes por semana, como foi confessado na defesa. A Lei 5. 859 não exige que o trabalho do doméstico seja diário, mas que seja contínuo, com ocorre no caso dos autos." (TRT 2ª Região, ac. nº 20020005983, 11. 12. 01, 3ª T., Relator Sérgio Pinto Martins)

"FAXINEIRA DIARISTA. VÍNCULO DE EMPREGO. Serviços prestados no âmbito doméstico e de forma esporádica, mediante retribuição, não se ajusta à exigência do art. 1º da Lei nº 5859/ 72, pelo qual o primeiro dos elementos essenciais à configuração da relação de emprego doméstico é a natureza contínua do trabalho desenvolvido" (TRT 2ª Região, ac. 02970197035, 28. 04. 97, 8ª T., Relatora Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva)

"DOMÉSTICA. VÍNCULO EMPREGATÍCIO PELO PERÍODO ANTERIOR AO REGISTRO. SERVIÇO DE NATUREZA CONTÍNUA E SERVIÇO DIÁRIO. DISTINÇÃO. Descontinuidade não se confunde com intermitência para os efeitos de incidência a legislação trabalhista. A referência a serviços de natureza contínua, adotada pelo legislador ao esculpir o artigo 1º da Lei 5. 859, de 11 de dezembro de 1972, diz respeito à projeção da relação no tempo, ou seja, ao caráter continuado do acordo de vontades (tácito ou expresso), que lhe confere feição de permanência, em contraponto à idéia de eventualidade, que traz em si aceção oposta, de esporadicidade, do que é fortuito, episódico, ocasional, com manifesta carga de álea incompatível com o perfil do vínculo de emprego. Desse modo, enquanto elemento tipificador do contrato de emprego, a continuidade a que alude a legislação que regula o trabalho doméstico não pressupõe ativação diária ou ininterrupta e muito menos afasta a possibilidade de que em se tratando de prestação descontínua (não diária), mas sendo contínua a relação, tornese possível o reconhecimento do liame empregatício. Vale dizer que mesmo se realizando a prestação laboral em dias alternados (não sequenciais), porém certos, sem qualquer álea, de acordo com o pactuado entre as partes, é de se reconhecer o vínculo pelo período anterior ao registro, de empregada doméstica que prestou serviços três vezes por semana, por quase uma década, em residência familiar, mormente em vista da circunstância de que o próprio empregador veio a anotar- lhe a CTPS no terceiro ano trabalhado, sem fazer prova de que a partir daí teria havido qualquer mudança nos misteres. Inteligência do artigo 1º da Lei 5. 859/ 72." (TRT 2ª Reg., ac. 20050677254, 07. 10. 05, Relator Ricardo Artur Costas e Trigueiros)

"Diarista. Caracterização. A Lei 5. 859 não dispõe quantas vezes por semana a trabalhadora deve prestar serviços ao empregador para ser considerada empregada doméstica. Não existe previsão na lei no sentido de quem trabalha duas vezes por semana não é empregado doméstico. Um médico que trabalha uma vez por semana no hospital, com horário, é empregado do hospital. O advogado que presta serviços num dia fixo no sindicato e tem horário para trabalhar é empregado. A continuidade do contrato de trabalho restou demonstrada, diante do fato de que a autora trabalhava duas vezes por semana. O trabalho da reclamante era feito toda semana, duas vezes e não uma vez ou outra. Isso caracteriza a habitualidade semanal e não que o trabalho era feito ocasionalmente." Vínculo de emprego mantido. (TRT 2ª Reg., ac. nº 20050706050, 2ª T., 06/10/2005 Rel. Sérgio Pinto Martins)



ADICIONAL DE SOBREAVISO

Com o avanço da tecnologia em comunicação, cada vez mais as empresas estão destinando o uso de aparelhos de comunicação eletrônica (BIP, celular, e outros similares) aos seus funcionários, principalmente ao pessoal de manutenção, que precisam prestar assistência aos seus clientes 24 horas ao dia. Assim, a jurisprudência trabalhista, manda pagar um suplemento salarial.

A jurisprudência tem divergido quanto a forma de cálculo de pagamento deste suplemento. Se o critério fosse o de remunerar as horas à disposição de chamadas, evidentemente, teriam que pagar o excedente a sua jornada normal de trabalho como horas extras. Tal critério seria muito oneroso a empresa, mesmo porque, nem sempre se utiliza totalmente as horas à disposição.

Por sua vez, o TFR decidiu que as horas efetivamente trabalhadas quando ocorre a chamada, além de serem extraordinárias fazem jus a suplementação salarial de 1/3 sobre o seu salário normal. Tal decisão foi proferida por analogia à situação dos ferroviários, sujeitos ao regime de "sobreaviso" (art. 244 da CLT).

Por outro lado, as 1ª e 2ª Turmas, TRT da 2ª Região, julgaram as referidas questões, de maneira mais favorável à empresa. A 1ª Turma apenas reconheceu ao empregado o direito de receber como extras as horas trabalhadas fora do horário de seu expediente de trabalho. Já a 2ª Turma decidiu pelo pagamento de uma suplementação de 1/3 sobre o salário normal, tal como no regime de "sobreaviso" dos ferroviários.

Concluindo, o uso do aparelho durante a jornada normal de trabalho já é remunerado pelo seu próprio salário. Portanto, inexistente a obrigação do pagamento do respectivo adicional, porque o aparelho torna-se meramente uma ferramenta de trabalho como qualquer outra. É devido quando fica à disposição de chamadas fora do expediente do trabalho. Quando convocado, o tempo despendido paga-se como hora extra.

O adicional de 1/3 tem caráter salarial e tem reflexos em todas as verbas trabalhistas, bem como a sua tributação.

TST - Súmula nº 229 - Sobreaviso - Eletricitários

Por aplicação analógica do art. 244, § 2º, da CLT, as horas de sobreaviso dos eletricitários são remuneradas à base de 1/3 sobre a totalidade das parcelas de natureza salarial.

TST - Súmula nº 428 - SOBREAVISO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

"A utilização de telefone celular, fornecido pela empresa, não caracteriza, por si só, o regime de trabalho em "sobreaviso". A aplicação analógica do disposto no art. 244 da CLT exige a permanência do empregado em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para pronto atendimento de atividades inadiáveis da empresa." (TRT-SP 02980258827 RO - Ac. 08ª T. 02990254603 - DOE 15/06/1999 - Rel. RAIMUNDO CERQUEIRA ALLY)

A Resolução nº 4, de 12/07/10, DOU de 14/07/10, da Comissão Nacional de Residência Médica - CNRM, proibiu o plantão de sobreaviso para Médicos Residentes no âmbito da Residência Médica, sendo reconhecida pela CNRM, apenas o plantão presencial do Médico Residente sob supervisão de preceptor capacitado. São considerados irregulares, no âmbito do programa de residência médica, outras modalidades de plantão, incluindo os de sobreaviso, a distância, acompanhados ou não por preceptores. A referida irregularidade enseja a restituição dos valores recebidos a título de bolsa no período em que se der o plantão irregular, sem prejuízo de outras medidas cabíveis, nos termos da legislação aplicável.