

ISSN = 2176-400X

Cadernos da



ESCOLA
JUDICIAL
DO TRT DA 4ª REGIÃO

nº 07 - 2013

Jurisprudência Trabalhista Comparada Brasil-Uruguai

*Reflexões de docentes e de alunos-juízes
do Curso de Especialização da
Faculdade de Direito da Universidade
da República do Uruguai no Tribunal
Regional do Trabalho da 4ª Região*



JUSTIÇA DO TRABALHO DO RIO GRANDE DO SUL



UNIVERSIDAD
DE LA REPÚBLICA
URUGUAY



Ano 4 - Nº 7 - 2013

**Jurisprudência Trabalhista
Comparada Brasil - Uruguai**

*Reflexões de docentes e de alunos-juizes do
Curso de Especialização da Faculdade de Direito
da Universidade da República do Uruguai no
Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*

Jurisprudência Trabalhista Comparada Brasil - Uruguai

Reflexões de docentes e de alunos-juizes do Curso de Especialização da Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

Tradução por Claudia Risso

Colaboração de Kenia Suarez Varela

Todos os direitos reservados. É expressamente proibida a sua reprodução, mesmo que parcial, sem a expressa autorização dos autores.

Editoração Eletrônica: Gráfica CS

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

C122

Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região /
Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª
Região. – n.1 (2009)- .Porto Alegre : Tribunal Regional
do Trabalho da 4ª Região, 2009 -

Periodicidade irregular.

ISSN 2176-400X

Título do fascículo n. 7: Jurisprudência trabalhista
comparada Brasil-Uruguai: reflexões de docentes e de
alunos juizes do curso de especialização da faculdade
de direito da Universidade da República do Uruguai no
Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

1. Direito do Trabalho 2. Direito Comparado 3. Brasil 4.
Uruguai 5. Jurisprudência 6. Terceirização . I. Brasil. Tribunal
Regional do Trabalho (4. Região). Escola Judicial.

CDU 34:331(81+895)

Bibliotecária responsável: Carla Teresinha Flores Torres CRB 10/1600.



Rua Alberto Peters, 537
19060-310 – Presidente Prudente – SP
Fone/Fax: (18) 3223.4814
e-mail: comercial@graficacs.com.br

**ESCOLA JUDICIAL
DO TRT DA 4ª REGIÃO**

v. Praia de Belas, 1432 – Prédio III
90110-904 – Porto Alegre – RS
Fone: (51) 3255.2683 – 3255.2684
e-mail: escola@trt4.jus.br
www.trt4.jus.br

Prefácio

A ideia de publicar estudos de casos da jurisprudência do trabalho comparada do Brasil e do Uruguai surgiu a partir de uma oficina realizada em Montevideu, no mês de junho de 2012, como parte das atividades do Curso de Especialização em Direito do Trabalho para os Magistrados do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. A iniciativa deste curso foi materializada por meio de um convênio entre a *Facultad de Derecho de la Universidad de la República del Uruguay* e o TRT4, por sua Escola Judicial.

Na oficina, trabalhou-se em decisões judiciais de ambos os países sobre assuntos de grande importância prática e teórica para os magistrados, tais como duração do trabalho, terceirização, subordinação e acidentes de trabalho. A partir de uma breve informação sobre a legislação vigente em cada um dos países, docentes e magistrados apresentaram, na oficina, uma seleção de decisões que foram analisadas e comparadas, tendo em vista as normas aplicáveis, os critérios de interpretação, a avaliação da prova e a jurisprudência atual, estabelecendo-se, assim, um enfoque único ao “direito vivo”, através do método comparado.

O interesse despertado pela experiência motivou os coordenadores do curso a promover a publicação dos trabalhos. Considerou-se que apresentavam um ponto de vista inovador na metodologia, já que as pesquisas desenvolvidas até o momento nos países do MERCOSUL limitam-se à comparação da legislação, sem incorrer no âmbito da hermenêutica, entendida como a interpretação e aplicação judicial do material normativo.

O presente volume compreende um duplo e profícuo entrecruzamento: por um lado, significa um encontro de perspectivas de docentes e magistrados, participantes do Curso de Especialização e, por outro lado, permite contar com um ensaio que é uma indagação sobre o direito do trabalho apreciado nos seus extremos, isto é, não (ou não somente) a partir do discurso acadêmico, mas também a partir da práxis jurídica.

A realização deste volume é uma demonstração do alcance que, não só no âmbito do ensino, mas também no da pesquisa jurídica, obteve o Curso de Especialização em Direito do Trabalho, uma das últimas iniciativas produzidas por Oscar Ermida Uriarte.

Hugo Barretto Ghione

Carlos Alberto Zogbi Lontra

SUMÁRIO

<i>A Jornada de Trabalho em Jurisprudência Comparada Uruguai – Brasil,</i> Hugo Fernández e Ana Rivas	5
<i>Acidentes do Trabalho na Jurisprudência Uruguaia e Brasileira,</i> Rodrigo Trindade de Souza	22
<i>Subordinação – Estudo Comparado de Jurisprudência Uruguai – Brasil,</i> Rosina Rossi Albert e Maria Del Carmen Corujo Milan	38
<i>Um Breve Estudo sobre Terceirização: Brasil e Uruguai,</i> Valdete Souto Severo	65

A Jornada de Trabalho em Jurisprudência Comparada Uruguai - Brasil

Hugo Fernández^{1*}

Ana Rivas^{2**}

Sumário: Introdução. 1 Análise comparada da jurisprudência. 1.1 Critérios jurisprudenciais comuns. 1.1.1 Ordem pública. 1.1.2 Tempo à disposição. 1.2 Critérios jurisprudenciais não coincidentes. 1.2.1 Redução de jornada e redução salarial. 1.2.2. Indenização por supressão de horas extras. 1.2.3 O tempo de deslocamento por conta do empregador ou tempo *in itinere* e o conceito de jornada de trabalho. Conclusões.

Introdução

A análise de questões de Direito do Trabalho a partir da perspectiva da jurisprudência está fundamentada na participação especial desta na interpretação e integração das normas. De fato, a jurisprudência tem um papel importante na geração de regras de conduta que adquirem caráter mais ou menos geral em sua aplicação.

Diante de um Direito como o do Trabalho, especialmente fragmentado no Uruguai, e essencialmente mutável já que o sujeito-objeto (trabalhador-trabalho) de regulamentação está intimamente ligado à própria vida, a jurisprudência em suas decisões adapta a norma fria e impessoal à realidade material concreta.

A repetição de decisões judiciais, em certo sentido, gera uma verdadeira referência ou tendência, que serve para apoiar decisões posteriores.

Este processo é instituído no Brasil pelas Súmulas (algumas vinculantes – artigo 103-A da Constituição Federal) e pelas Orientações Jurisprudenciais, que retratam entendimento pacífico sobre um tema e se destinam a uniformizar as decisões sobre determinados pontos, tornando pública a tendência

1 * Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de la República- Uruguay.

2 ** Jueza Letrada da Única Instancia do Trabalho de 3ª Turno – Uruguay.

jurisprudencial a respeito.

A ideia de que o direito é mais do que a lei ou do que a norma em sua visualização formal e de que a atividade jurisdicional tem condições de fazer avançar o Direito através de uma interpretação de acordo com a dogmática do Direito do Trabalho, são duas premissas úteis para o estudo comparado do Direito. Neste caso, a atividade jurisdicional é o objeto de comparação e é precisamente nesta atividade que se apresentam as melhores condições para aplicar a norma (interpretar e integrar a norma do trabalho) de acordo com os princípios próprios da nossa disciplina.

Ora, o tema da jornada de trabalho, que envolve uma grande quantidade de questões, ocupa um lugar central na atenção do Direito do Trabalho. O tempo de trabalho é um conceito essencial na construção e funcionamento da relação do trabalho, primeiro com a criação de um número máximo de horas de trabalho e, em seguida, com as propostas para a redução gradual da jornada de trabalho.

Em uma disciplina como a nossa, nascida para resguardar a dignidade e certo grau de liberdade do homem que trabalha como empregado, a limitação e regulação do tempo de trabalho parece ser o caminho mais efetivo para implantar o objetivo da proteção.

Além disso, o tempo ou jornada de trabalho constitui a dimensão ou medida da prestação do trabalho e, portanto, há uma relação direta com a forma e determinação do salário, bem como com o tempo de repouso e de lazer do trabalhador. Este último indica que o conceito de jornada de trabalho ou limitação do tempo de trabalho não apenas compreende aspectos quantitativos, mas também inclui aspectos qualitativos. Nesse sentido, a projeção do conceito determinou que o tema se situasse entre as disposições mais importantes da ordem pública trabalhista, isto é, numa regulamentação mínima, não suscetível a disposições oriundas da vontade autônoma individual ou coletiva.

O conceito de jornada de trabalho também está relacionado com a organização da empresa. A distribuição de horas de trabalho é realizada de acordo com uma programação prévia feita por quem dirige as atividades empresariais. No desenvolvimento de atividades empresariais com características diferentes (indústria, comércio, serviços) os critérios de organização e distribuição do tempo de trabalho estão sempre em tensão com as normas que regem o assunto, a tal ponto que muitos dos conflitos de trabalho que se examinam na jurisdição especializada são relativos à aplicação de regras sobre jornada, horas extras ou repousos.

1 Análise comparativa da jurisprudência

A partir das decisões judiciais selecionadas podem-se extrair critérios jurisprudenciais comuns ou coincidentes e outros que não o são. Vamos analisar os critérios que fazem parte de cada um desses grupos e, em seguida, fazer algumas breves conclusões.

1.1 Critérios jurisprudenciais comuns

Entre os vários temas pesquisados para a realização deste trabalho destacam-se dois em que há uma concordância quanto às soluções jurisprudenciais que lhes são atribuídas. São eles: a prevalência da natureza de ordem pública das normas heterônomas relativas à jornada de trabalho e o tratamento que é dado ao tempo à disposição, trabalho em plantões ou horas de sobreaviso.

1.1.1 Natureza de ordem pública das normas heterônomas relativas à jornada de trabalho

Neste ponto, as jurisprudências brasileira e uruguaia convergem ao considerar de ordem pública o caráter das normas heterônomas que regem a limitação da jornada.

A limitação do tempo que o trabalhador destina ao trabalho se fundamenta não só em razões biológicas, morais, sociais, diretamente relacionadas com a saúde física e mental e com a segurança do trabalhador, mas também em motivos políticos e econômicos, na medida em que envolve a otimização da mão de obra que permite um melhor desempenho do trabalho, aumentando a competitividade empresarial.

A limitação da jornada está especialmente protegida pela *Constitución Nacional* uruguaia. Em seu artigo 54, estabelece que *La Ley ha de reconocer a quién se halle em relación de trabajo o servicio.....la limitación de la jornada...* (entre outros direitos). Igual proteção está na Constituição Federal brasileira de 1988, tanto que o respectivo artigo 7º enumera extensa e detalhadamente todas as regras de proteção do trabalhador e da sua família, entre as quais está a limitação da jornada (incisos XIII e XIV), estabelecendo expressamente sua duração em 8 horas diárias e 44 semanais, salvo exceções que enumera.

Esta proteção constitucionalmente imposta é fielmente refletida na legislação de ambos os países.

No Uruguai, a Lei 5350, artigos 1º e 3º, estabelece para a indústria uma jornada de 8 horas diárias e 48 semanais, e o Decreto-Lei 14320, artigo 1º, estabelece para o comércio uma jornada de 8 horas diárias e 44 semanais, às quais se acrescentam as disposições dos “CIT” 1 e 30, ratificadas pelo Decreto-Lei nº 8.950.

No Brasil, a Consolidação das Leis do Trabalho (a seguir denominada CLT), estabelece no seu artigo 58 que a duração da jornada de qualquer empregado em qualquer atividade privada não deve ser superior a 8 horas diárias, a menos que outro limite tenha sido expressamente fixado.

Diante deste enquadramento legal, veremos que as decisões judiciais analisadas fundamentam suas decisões na prevalência desta regra heterônoma, dada a sua natureza de ordem pública.

Vejamos.

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, em acórdão proferido no processo 514-2008-002-04-00-1 RO, aplicou este critério diante de um pedido de nulidade do regime de compensação de jornada, previsto em acordo coletivo, que implicava prejuízo aos repousos semanais do trabalhador.

O artigo 59, parágrafo 2º, da CLT estabelece que o empregador poderá se isentar do pagamento de horas extras quando, por acordo ou convenção coletiva, o excesso de horas em um dia seja compensado com a sua redução em outro dia, tendo como tempo limite o período de um ano. Esse acúmulo de horas é chamado de “banco de horas”.

Este direito possui três limites, ressaltados pelo Tribunal: um, imposto pela mesma norma, que estabelece que a jornada não pode ser prorrogada por mais de 10 horas; outro, que surge da impossibilidade de compensar com o intervalo intrajornada, norma de higiene, saúde e segurança do trabalho, protegido pelo artigo 7º, inciso XXII, da Constituição Federal de 1988 e pelo artigo 71 da CLT; e, finalmente, tampouco se pode compensar com o descanso semanal, pois também é uma medida de higiene, saúde e segurança do trabalho de especial importância social.

Todas essas normas integram o sistema de proteção que caracteriza o Direito do Trabalho.

O Tribunal brasileiro considera então que o “banco de horas” não é um salvo-conduto para a extensão ilimitada da jornada de trabalho, já que é impensável um regime de trabalho no qual se prolongue a jornada sem concessão de intervalos intrajornada sob a premissa de que serão compensados oportunamente pelo empregador. Isto porque a saúde física e mental do trabalhador não permite compensação, vez que está resguardada pelas normas imperativas de clara natureza protetora, que são de ordem pública.

Então, não se admite um regime de compensação de jornada que infrinja estas regras de ordem pública, devendo haver condenação ao pagamento de horas extras.

O Tribunal também aplicou o mesmo critério no acórdão proferido no processo 65-32.5.04.0451 RO, em que apreciou alegação de nulidade de um regime de redução dos intervalos intrajornada estabelecido por acordo coletivo.

Estes intervalos intrajornada estão regulamentados pelo artigo 71 da CLT, que estabelece (no que interessa ao caso) que os mesmos serão de uma hora para jornadas que superem 6 horas e que sua redução só ocorrerá por ato do Ministério do Trabalho e Emprego, caso se comprove que o empregador oferece refeitório e que os trabalhadores não são submetidos a jornadas superiores à legal.

Nesse caso, o empregador não conseguiu provar que a empresa possuía refeitório, mas restou demonstrado que o reclamante cumpria uma jornada superior à legal. Com base nisto, o Tribunal considerou que, fora das hipóteses do artigo 71, parágrafo 3º, da CLT, é inviável que uma simples previsão de intervalos menores aos estabelecidos por lei, constante de acordos coletivos de trabalho, tenha valor jurídico. Destaca que está consciente de que a negociação coletiva ganhou uma posição de destaque na Constituição de 1988, mediante a garantia do “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”, mas este reconhecimento é limitado, pois a autonomia das vontades coletivas não pode afetar o núcleo de direitos mínimos atribuídos ao trabalhador por força da lei.

Citando Maurício Godinho Delgado, acrescenta que é preciso harmonizar as regras jurídicas emanadas da negociação coletiva com aquelas decorrentes da legislação heterônoma estatal, de modo que apenas prevaleçam as normas coletivas quando estabelecerem padrões de direitos superiores aos estabelecidos pelas regras heterônomas.

No caso em questão, a norma coletiva estabeleceu uma redução do

intervalo intrajornada, o que viola as normas gerais heterônomas, razão por que não é cabível a sua aplicação, por desrespeitar direitos mínimos estabelecidos pela legislação vigente, no caso o artigo 7º, incisos XIII a XXVI, da Constituição Federal e o artigo 71, parágrafo 3º, da CLT.

A seu turno, a jurisprudência uruguaia adota o mesmo critério no momento de elucidar a regra a ser aplicada.

Assim o faz, na sentença proferida no processo nº 115/11, o *Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1º Turno*, ao julgar o regime de repouso semanais aplicável ao setor de serviços.

Este setor de atividade não apresenta um regulamento geral claro, que estabeleça o tempo de trabalho e de repouso. Considera-se neste caso, então, como primeiro objetivo, estabelecer a norma aplicável, frente a duas possibilidades: aplicar a norma da indústria, que estabelece um repouso semanal de 24 horas (Lei 5350, “CIT” nº1), ou a do comércio, que impõe um descanso semanal de 36 horas (Decreto-lei 14320). Entende o Tribunal que, na incidência da norma, deve-se aplicar o princípio protetor, em sua projeção da prevalência da norma mais favorável, e, conseqüentemente, adotar o regime estabelecido para o comércio pelo Decreto-Lei 14320 por ser este mais favorável, já que estabelece um repouso semanal de 36 horas.

Pois bem. A demandada alega a existência de um acordo coletivo autorizado pelo *Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, perante o qual o Tribunal destaca que “a autonomia coletiva encontra o limite intransponível da Lei de ordem pública”, já que não se pode admitir um contrato de trabalho que rompa o princípio da irrenunciabilidade que informa todo o Direito do Trabalho.

Também o *Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 3º Turno*, no processo nº 257/07, reconhece a primazia da legislação de ordem pública definidora dos direitos básicos dos trabalhadores frente a um acordo coletivo, embora este tenha sido estabelecido em um Decreto emitido pelo Poder Executivo.

O caso: uma profissional contratada em um regime de 44 horas semanais ultrapassava as horas programadas de trabalho, razão pela qual reivindica horas extras. A reclamada se defende alegando que, por se tratar de profissional universitária, está incluída nas exceções do Decreto nº 611/80, na medida em que esta norma estabelece, no seu artigo 1º, *num.* 4, que os profissionais universitários ou de alta especialização, e que cumprem tais tarefas, não estão abrangidos pela limitação de jornada.

Porém, o Tribunal considera que a simples menção de um horário semanal no contrato de trabalho mostra que, no momento da contratação, não foi admitida a incidência de tal norma, o que também decorre do fato de não cumprir qualquer tarefa para a qual exigida alta especialização. Dada esta contradição, o Tribunal considera que, como a legislação sobre horários de trabalho é de ordem pública, as exceções ao regime devem ser interpretadas restritivamente, porquanto estas contêm limitações sobre os direitos gerais dos trabalhadores. Ao aplicar esta interpretação restritiva, prevalece a regra heterônoma e mais benéfica sobre as disposições contratuais elaboradas pelas partes.

Pode-se observar, então, que a jurisprudência de ambos os países outorga a categoria de normas de ordem pública àquelas que estabelecem direitos fundamentais do trabalhador, como é o caso das que impõem limitações à jornada de trabalho. De fato, uma vez que este direito é protegido pela Constituição, com uma clara característica protetora daqueles que prestam o seu serviço em uma relação de dependência, a autonomia da vontade sofre restrição. Assim, os direitos fundamentais não poderão ser afetados nem pela ação legislativa, nem pela mera renúncia, nem por acordos com o empregador, seja de forma particular (contrato de trabalho), seja de forma geral (acordo coletivo).

1.1.2 Tempo à disposição ou horas de plantão ou “horas de sobreaviso”

Este tempo “*a la orden*” (tempo à disposição) ou “*de guardia*” (plantão), chamado no Brasil “horas de sobreaviso”, pressupõe que o trabalhador que não se encontrar dentro do seu horário de trabalho legal também está sujeito à vontade do empregador, uma vez que está subordinada a sua autonomia à possibilidade de ser convocado a trabalhar, de modo que a jurisprudência de ambos os países é convergente ao afirmar que são horas que devem ser consideradas como efetivamente trabalhadas.

No entanto, isso não autoriza considerar estas horas como extras ou adicionais quando excederem o limite legal ou convencional da jornada. Isso se deve ao fato de se entender que nessas situações o trabalhador – embora perca parcialmente a disponibilidade do seu tempo, já que deverá estar sempre em contato com o seu empregador e dentro da área em que trabalha, pois pode ser convocado a qualquer momento –, também goza de uma liberdade relativa, podendo descansar, passear, ler, etc., enquanto não for convocado, o que também pode não ocorrer.

A *Suprema Corte de Justicia*, no processo nº 43/99, e o *Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2º Turno*, no processo nº 497/11, sustentaram que não se deve equiparar esta hipótese ao regime remuneratório de horas extras instituído pelo artigo 1º, *Inc 2*, da Lei 15996, já que esse se destina a compensar o esforço extra que se impõe ao trabalhador ao continuar o seu trabalho por um período de tempo maior que o previsto por lei ou contrato, porque gera um desgaste físico e/ou mental do trabalhador e viola o seu direito a tempo livre. Ao contrário, no caso do plantão, esse maior esforço ou sacrifício não se configura. De acordo com a decisão que estamos comentando, nestes casos, o trabalhador, embora deva estar à disposição do empregador, pode estar na sua casa, repousando, assistindo televisão ou lendo, ou inclusive passeando pela região, à espera de ser convocado, o que pode acontecer ou não.

É por isso que podemos concluir que, apesar de se considerarem horas trabalhadas, porque de acordo com a definição de tempo efetivo de trabalho estabelecida pelo Decreto nº 29/10/57, artigo 6º, e pelo “CIT” nº 30, artigo 2º, o trabalhador não dispõe livremente do seu tempo, mantendo-se subordinado ao seu empregador, esse tempo não pode se pagar como hora extra, já que ausente o fundamento ou a *ratio legis* deste sistema remuneratório, pois a intensidade das obrigações assumidas é menor.

Por raciocínio semelhante, o Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, em acórdão proferido no processo 676-73.2012.5.04.0029 RO, rejeita o pedido de condenação em horas de sobreaviso, realizado por um trabalhador que devia permanecer em contato com o seu empregador por telefone celular, para resolver os problemas que pudessem surgir nos equipamentos de refrigeração do estabelecimento comercial do empregador, e cuja tarefa nesse horário era especificamente receber a ligação e encaminhá-la a uma equipe pré-definida de trabalhadores para que fossem consertar a avaria.

O Tribunal entendeu que o reclamante não cumpria as horas de sobreaviso, já que a sua única função era receber a ligação da empresa se houvesse algum problema e encaminhá-la a outros trabalhadores, e esses sim eram os que se deslocavam até o local para fazer o conserto. Portanto, quem se encontrava em regime de sobreaviso e realizava efetivamente o trabalho que impedia de dispor de tempo livre, era essa equipe de trabalho, e não o reclamante, que se limitava a redirecionar a ligação e que, portanto, não via afetada a sua liberdade de locomoção, pois podia receber e encaminhar as ligações de qualquer lugar onde estivesse.

Finalmente, vale destacar que em ambos os países não há legislação

específica a respeito das horas *de retén* ou horas de sobreaviso, razão pela qual os tribunais vêm resolvendo estas questões através de um processo de integração do direito.

1.2 Critérios jurisprudenciais não coincidentes

Existem alguns pontos relativos ao regime de jornada de trabalho que se solucionam de maneira diferente nos dois países. Destacam-se neste ponto três temas que analisaremos a seguir.

1.2.1 Redução da jornada e redução salarial

O Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, no acórdão proferido no processo 113500-27.2009.5.04.0023, estabeleceu a impossibilidade de reduzir o salário proporcionalmente ao tempo trabalhado, quando se diminui a duração da jornada do trabalho.

O caso em questão refere-se a uma trabalhadora bancária que trabalhava 8 horas recebendo determinada remuneração. De acordo com o artigo 224 da CLT, os bancários têm uma jornada de 6 horas, razão pela qual a trabalhadora pleiteou judicialmente a redução da jornada. O pleito foi acolhido, condenando-se o empregador a pagar as horas excedentes como extras. Diante desta decisão judicial, o empregador reduz o salário da trabalhadora alegando que a remuneração recebida anteriormente estava diretamente relacionada à jornada de 8 horas e por isso efetua a redução do salário na proporção correspondente.

O Tribunal, após analisar o caso, conclui que deve aplicar-se o disposto no artigo 7º, VI, da Constituição Federal de 1988, que estabelece a irredutibilidade do salário. Por outro lado, a decisão comentada também se embasa no artigo 468 da CLT, que só autoriza alterações nas condições do contrato de trabalho quando se realizam por consentimento mútuo ou que não resultem em prejuízo para o trabalhador, sob pena de nulidade da cláusula que viole esta garantia.

Neste sentido, a redução do salário por vontade unilateral do empregador pressupõe uma alteração do contrato em detrimento da trabalhadora e, portanto, a nulidade. O fato de que tenha ocorrido uma redução legal da jornada de trabalho da trabalhadora, pelo respeito à jornada máxima do setor de atividade no qual desenvolve as suas tarefas, não altera tal conclusão, já que, em observância ao princípio da estabilidade econômica e dos princípios constitucionais e legais

destacados, o empregador não pode, por vontade própria, alterar *in pejus* as condições do contrato de trabalho. Em outras palavras, não pode reduzir a jornada de trabalho com diminuição salarial proporcional de forma unilateral, embora a sua decisão esteja pretensamente fundamentada na diminuição proporcional que decorre do ajuste da jornada de trabalho à duração máxima legalmente imposta.

Na jurisprudência uruguaia não foram encontradas decisões que resolvam casos semelhantes ao anteriormente exposto. No entanto, a diminuição proporcional do salário em observância à redução da jornada, é um dos critérios que vêm sendo aplicados no Uruguai.

1.2.2 Redução ou supressão de horas extras: indenização

Na decisão proferida no processo nº 0114300-43.2008.5.04.0006 pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região há referência à jurisprudência do Tribunal do Superior do Trabalho do Brasil, retratada na Súmula 291³, que determina que quando o empregador decide suprimir as horas extras, deve indenizar o trabalhador que deixa de ganhar o salário da forma habitual que estava recebendo.

Esta posição não se encontra na jurisprudência uruguaia. Ao contrário, o critério predominante nesta é que, com base no caráter potestativo das horas extras, essas podem ser suprimidas pelo empregador a qualquer momento e circunstância, sem que esta decisão gere para o trabalhador o direito de reclamar a manutenção das horas extras ou o pagamento de uma compensação ou indenização.

A jurisprudência uruguaia parte do princípio de que o empregador, no exercício do *jus variandi*, pode modificar, dentro dos limites deste poder, algumas condições do contrato de trabalho.

Nesse sentido, e com referência ao conceito de jornada ou tempo de trabalho, o *Tribunal de Apelaciones de Trabajo del 2º Turno*, na sentença prolatada no processo nº 49/2008, parte da premissa de que a determinação do horário de trabalho está dentro dos poderes de direção do empregador, razão pela qual, enquanto não se provar que houve, na decisão do empregador, má-fé ou intenção de causar prejuízo, a mudança de horário é considerada válida pela jurisprudência uruguaia citada.

3 Resolução 1/1989 Diário Judicial de 14 de abril de 1989.

Nesse contexto, e sem prejuízo do que foi dito anteriormente, adotou-se, como critério de ponderação jurisprudencial da prova, a necessidade de confrontar os dois interesses em jogo: por um lado, o interesse do empregador em estabelecer a mudança em questão e, por outro, o interesse do trabalhador que, neste caso, significa levar em conta o prejuízo que possa gerar a mudança de horário levada a efeito pelo empregador. Para mediar esse conflito de interesses, na aplicação de um critério jurídico que neste caso não parece ter um alcance adequado, a jurisprudência tem feito referência ao princípio da razoabilidade (*Tribunal de Apelaciones del Trabajo del 3º Turno*, na sentença proferida no processo nº 272/2008). Em outro caso submetido a decisão judicial, há afirmação no sentido de que o exercício do poder empresarial de reduzir ou suprimir as horas extras não viola a jornada de trabalho legal ou convencional, e sim ao contrário, é uma demonstração de respeito à mesma (*Juzgado Letrado de Primera Instancias del Trabajo de 8º Turno*, Sentença nº 104/2010).

Fica evidente que as decisões comentadas apresentam soluções diversas em situações fáticas que envolvem a redução do tempo habitual de trabalho.

Pela projeção prática que possui o critério da jurisprudência brasileira, mencionaremos brevemente as suas principais características.

O acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região alinha-se com a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho brasileiro ao invocar, em parte de sua fundamentação, que o que dá suporte à indenização por supressão de horas extras é o chamado princípio da estabilidade financeira. De acordo com esta jurisprudência, esta ideia geral seria perfeitamente justificável pela necessidade que o trabalhador tem de contar com uma renda estável e previsível, de tal forma que possa organizar os seus gastos com relação ao seu salário.

O fato de receber, o trabalhador, o pagamento de horas extras de forma contínua e permanente, por um período prolongado, gera o direito de ter protegida a sua renda ou, como ocorre com o alcance dado a tal concepção na Súmula 291, a ser compensado pelo prejuízo sofrido. A jurisprudência brasileira optou pela reparação do dano, indicando como critério que o trabalhador afetado receba uma indenização pela perda ou redução da renda gerada pela decisão unilateral do empregador.

De acordo com esta jurisprudência, tanto o salário básico quanto o salário *marginal* são destinatários da mesma proteção, o que significa que nenhum tipo de salário pode ser reduzido pelo empregador e, quando isso ocorre, deverá ser paga a indenização, calculada na forma estabelecida pela jurisprudência do

Tribunal Superior do Trabalho brasileiro.

Para que a supressão das horas extras gere o direito à indenização, há duas condições: a) devem realizar-se de forma contínua; e, b) a continuidade deve prolongar-se por pelo menos um ano⁴.

A jurisprudência do TRT da 4ª Região acrescenta que, além destas duas condições para que se gere o direito à indenização das horas extras suprimidas, estas devem ser cobradas pelo trabalhador. Este requisito parece desprovido de maior fundamento. No entanto, serviu de argumento, em decisão que pode ser alvo de críticas, para que o citado Tribunal negasse ao reclamante o direito à indenização por supressão de horas extras.

Por outro lado, conforme a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (Súmula nº 291), o cálculo da indenização correspondente deve ser feito à razão do valor das horas extras suprimidas em um mês, multiplicada por ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviços. A mencionada jurisprudência acrescenta que para o cálculo levar-se-á em conta a média das horas extras efetivamente trabalhadas nos últimos 12 meses, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão.

Nas decisões judiciais comentadas, os fundamentos estão embasados na consideração de que o trabalhador tem o direito a uma estabilidade salarial, mesmo em se tratando de uma renda que provenha do pagamento de trabalho extra.

Sem dúvida a jurisprudência brasileira, que adotou este critério há vários anos, é inovadora com relação à similar do Uruguai. Esta última é propensa a considerar que a natureza extraordinária do trabalho o torna aleatório, e que, portanto, não é assimilável ao conceito de estabilidade, o que gera uma posição jurisprudencial contrária ao reconhecimento de que o trabalhador deve ter direito a essa porção de salário, recebida ao longo do tempo de maneira contínua e permanente.

1.2.3 O tempo de traslado a cargo do empregador ou tempo in itinere e o conceito de jornada de trabalho

4 Embora o prazo seja menor ao anteriormente exposto na Súmula No. 76 de 1978, que foi revisada na Súmula No. 291, antes se estabelecia o limite de dois anos; nesta última se estabelece a reparação por equivalente, ao contrário, na súmula anterior se estabelecia que o valor das horas extras passasse a integrar o salário do trabalhador para todos os efeitos legais.

Neste aspecto, também difere a jurisprudência de ambos os países.

Cabe destacar que, tanto no Uruguai quanto no Brasil, existem disposições gerais que regulam o tempo gasto com o deslocamento do empregado da sua residência até o trabalho. E que ditas normas estabelecem as condições em que o deslocamento possa ser considerado tempo de trabalho.

Assim, no Uruguai, o artigo 9º do Decreto de 29/10/57 estabelece três requisitos para que o tempo de deslocamento seja considerado tempo de trabalho para todos os efeitos legais e regulamentares: a) o local de trabalho deve estar situado a mais de um quilômetro da estação férrea⁵ ou dos centros povoados mais próximos; b) o transporte deve ser fornecido pelo empregador; e, c) o deslocamento deve durar mais de uma hora.

Por sua parte, o artigo 58, § 2º, da CLT do Brasil, estabelece como requisitos que: a) o local de trabalho seja de difícil acesso ou não servido por transporte público; e, b) que o deslocamento esteja sob responsabilidade do empregador.

A esses dois requisitos estabelecidos na Consolidação de Leis do Trabalho, no direito brasileiro deve acrescentar-se o disposto na Súmula 90⁶ do Tribunal Superior do Trabalho do país, que acrescentou, aos requisitos estabelecidos no artigo 58 anteriormente citado, duas condições adicionais, que o Tribunal utiliza como fundamentos para concluir que o tempo de deslocamento seja considerado como tempo trabalhado.

As condições que acrescenta esta jurisprudência são: a) que exista incompatibilidade de horários do transporte público com os horários de começo e/ou fim da jornada de trabalho; e b) que o transporte público só cubra parte do trajeto e que a distância restante seja percorrida em transporte fornecido pelo empregador; nesse caso, segundo o Tribunal, somente se calculará como tempo de trabalho aquele que demanda o trajeto realizado com transporte fornecido pelo empregador. Esclarece esta Súmula que a mera escassez de transporte não caracteriza o tempo de deslocamento como trabalhado. Quanto à natureza jurídica atribuída a este tempo de deslocamento, o Tribunal considera que, caso excedida a jornada normal, deve ser considerado hora extra e pago com o acréscimo correspondente.

É importante destacar que, na primeira das condições que o Tribunal

5 Seria correto considerar esta referência como análoga a transporte público coletivo.

6 Resolução No. 129 Diário Oficial de 5 de abril de 2005.

Superior do Trabalho brasileiro acrescenta, produz-se uma ampliação do critério jurídico que permite integrar o tempo de deslocamento ao conceito de trabalho ou jornada de trabalho. De acordo com a jurisprudência citada, para afirmar que não estamos dentro do conceito de tempo de trabalho, é necessário, além de existir transporte público, que seus horários estejam sincronizados com a hora do início e do término da jornada. Conforme este critério jurisprudencial, quando o trabalhador não puder utilizar o transporte público nos horários adequados ou com a frequência necessária para chegar ao seu trabalho na hora coincidente com o início das suas atividades, o empregador não poderá usar como justificativa a existência do transporte público.

Todos os requisitos e condições que servem de fundamento à jurisprudência de cada país, embora sejam diferentes na sua formulação, têm um fundamento similar.

Vejamos uma síntese dos argumentos utilizados.

- a) Não há transporte público ou, no caso que este exista, os horários não são compatíveis com os horários de começo e fim da jornada de trabalho do trabalhador.
- b) O trabalhador deve utilizar para o seu deslocamento um transporte fornecido pelo seu empregador, de modo a ficar submetido à disponibilidade do empregador e, portanto, perdendo a disponibilidade do seu tempo.
- c) O deslocamento deve demandar um determinado tempo (uma hora na norma uruguaia).
- d) Deve existir certa distância no percurso do deslocamento (um quilômetro na norma uruguaia)

Nestes dois últimos aspectos, tanto a norma como a jurisprudência que a aplica lançam mão do princípio da razoabilidade como forma de adotar critérios baseados em situações objetivas referentes a tempo prolongado dedicado ao deslocamento.

Vejamos agora algumas das decisões analisadas comparativamente, nas quais efetivamente se conhecerão alguns dos critérios jurídicos que apresentamos nos parágrafos anteriores.

No acórdão proferido no processo nº 0000227-79.2011.5.04.0741 RO, a 5ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região assevera que a Súmula

nº 90 exige duas condições, que devem se configurar simultaneamente. Como já vimos, as condições são: a) que o local de trabalho seja de difícil acesso; e b) que não seja atendido por transporte público. Com base nesses elementos, e entendendo não demonstradas tais condições nesse caso, o Tribunal conclui que o tempo de transporte não pode ser considerado como tempo de trabalho.

No mesmo sentido, o acórdão proferido no processo nº 0001084-40.2010.5.04.0522 RO, em que a 9ª Turma do referido Tribunal considerou que o demandado, para se eximir do pagamento do tempo de deslocamento, tinha que demonstrar que oferecia transporte aos seus empregados por mera liberalidade, o que restou comprovado pela demonstração de que havia transporte público apto durante o horário do trabalho.

Na jurisprudência brasileira, quando o deslocamento oferecido pelo empregador é oferecido por liberdade de escolha ou conveniência deste, não se considera tempo de trabalho, caso se comprove que o local de trabalho não era de difícil acesso e que existe transporte público até o lugar de trabalho no horário adequado para que o trabalhador possa cumprir a sua jornada de trabalho.

Embasando-se numa legislação mais concreta, a jurisprudência uruguaia salientada gerou outros conceitos.

Deve-se observar que no Uruguai o setor de atividade no qual ultimamente se aborda este tema é o florestal. Aqui é normal que os trabalhadores devam deslocar-se até as *zonas forestadas*, onde deverão exercer as suas atividades. Sendo áreas rurais, onde não há transporte público, é o empregador que oferece o meio de transporte, fato que gera a pretensão de remuneração dos trabalhadores pelo tempo de deslocamento.

Nesses casos, a jurisprudência entendeu (levando em conta o conceito de trabalho efetivo), que o trabalhador está submetido à vontade do empregador e ao seu poder de direção, razão pela qual, embora não esteja cumprindo o seu trabalho específico, se considera tempo à disposição do empregador e, portanto, tempo efetivo de trabalho.

A jurisprudência uruguaia estabeleceu que o trabalhador não tem liberdade de ação ao estar confinado no meio de transporte. Os empregadores demandados usaram como defesa que o trabalhador durante o trajeto pode ler, escutar música, comer, etc., e por isso não estaria à disposição do empregador. A jurisprudência tem entendido que o que se avalia na hora de analisar esse matéria é a liberdade de ação, a liberdade de movimento, concluindo que durante o percurso da viagem o trabalhador não pode fazer o que quer, mas sim que está

subjugado à vontade do empregador dentro do transporte que o leva até o seu local de trabalho. Esta situação de subordinação é o que leva a jurisprudência a entender que este tempo de deslocamento, quando supera o horário legal ou convencional, deve ser considerado como horas extras.

Entretanto, atendendo aos requisitos exigidos pelo artigo 9º do Decreto de 29/10/57 antes citado, a jurisprudência, por unanimidade, exige que se demonstre que o transporte oferecido pelo empregador consumiu mais de uma hora e que, embora no caso jurisprudencial em comento não exista controvérsia sobre a distância superior a um quilômetro, esse também é um requisito da legislação uruguaia.

Dessa forma, o *Tribunal de Apelaciones de 1º Turno*, nas decisões nº 48/2010 e 138/2010, sinala que a prova produzida nos autos revela que no tempo de deslocamento gastava-se mais de uma hora para a ida e o mesmo tempo para o retorno, portanto, excedendo-se no caso a limitação da lei trabalhista. Sendo assim, deve-se considerar como tempo trabalhado e como hora extra e, portanto, remunerar-se com o acréscimo correspondente. A mesma postura é adotada pelo *Tribunal de Apelaciones de 2º Turno* na decisão nº 195/2009.

Este Tribunal também esclarece, na decisão nº 199/2008, que a norma não exige que se supere a hora em ambos os percursos, ida e volta, sendo suficiente que apenas um deles supere a hora para que esta seja computada como hora trabalhada.

Observando as duas jurisprudências, podemos perceber uma divergência importante. De fato, a jurisprudência uruguaia considera que somente pelo fato objetivo de o empregador assumir o transporte do trabalhador, caso o tempo de deslocamento exceda uma hora de duração e que o trajeto seja superior a um quilômetro, considera-se tempo de trabalho, sem importar se isso beneficia ou não o trabalhador, já que se pressupõe que existe uma motivação de conveniência para o empregador que, dessa forma, assegura que os seus trabalhadores estejam a tempo no seu local de trabalho. Enquanto isso, para a jurisprudência brasileira, o tempo que dura o deslocamento não é relevante, mas sim o é o acesso difícil ao local de trabalho e a falta de transporte público, condições que devem ocorrer simultaneamente. Caso contrário, o critério adotado é no sentido de que o deslocamento por conta do empregador é uma mera opção, que não gera pagamento de hora extra por não ser considerado tempo de trabalho.

Conclusões

Com relação ao tempo de trabalho é evidente que ambas as jurisprudências desenvolveram conceitos que se apoiam na natureza de ordem pública das normas vigentes em cada país.

Coincidentemente, ambas as jurisprudências diferenciam o tempo de trabalho efetivo e o tempo à disposição do empregador para aplicar o critério de horas extras.

Cabe destacar que a jurisprudência brasileira adotou decisões inovadoras que de alguma forma cumprem com o objetivo tuitivo do Direito do Trabalho. Faz referência ao princípio da estabilidade econômica como fundamento da decisão judicial que opta por favorecer a previsibilidade do salário e por proteger a renda salarial do trabalhador dependente, gerando um conceito que mostra uma tendência a abandonar duas ideias que na jurisprudência uruguaia parecem estar muito presentes. Referimo-nos à ideia do contrato de trabalho como instrumento de regulação da relação laboral e ao conceito de *jus variandi*, arraigado no exercício do poder de direção do empregador.

Por último, as circunstâncias em que se desenvolvem as atividades em alguns setores produtivos determinaram que o alcance do conceito de jornada ou tempo de trabalho viesse a englobar situações nas quais o trabalhador ainda não começou a trabalhar, mas que, pelas circunstâncias em que se desenvolve o trabalho, é a ele imposta uma situação de perda de liberdade. O fato de não poder o trabalhador dispor do seu tempo em benefício próprio é determinante nesta jurisprudência para enquadrar dentro do conceito de jornada de trabalho o tempo que se gasta com o deslocamento até o local da prestação laboral. A jurisprudência comentada confirma que a natureza comutativa da relação laboral não se mede com base em um critério aritmético, mas sim levando em conta o grau de liberdade do homem que trabalha.

Acidentes do Trabalho na Jurisprudência Uruguaia e Brasileira

Rodrigo Trindade de Souza^{1*}

Sumário: Introdução. 1 Modalidades Ressarcitórias. 1.1 Seguro de Acidente do Trabalho. 1.2 Responsabilidade Subjetiva. 2 Noções e Graus de Culpa. 3 Pluralidade de ofensores. Delimitação de responsabilidade. 4 Cálculo da pensão. 5 Estabilidade acidentária. Considerações finais.

Introdução

A história do Direito do Trabalho confunde-se com a luta pela prevenção e reparação dos acidentes do trabalho e das doenças ocupacionais. Grande parte das lutas pela formação da legislação social, no Brasil e no Uruguai, teve razão na necessidade de que o trabalhador não suportasse sozinho os riscos de lesões por sua atividade, o peso de seu infortúnio.

Ainda pouco diferem os ambientes nacionais uruguaio e brasileiro na permanência da luta dos obreiros por condições laborais mais seguras e saudáveis. Também tristemente se assemelham na continuidade da cultura da má-condição de trabalho, na preferência ressarcitória à preventiva.

Os dois países, no entanto, possuem como ponto de contato a formação de tecido normativo relativamente suficiente – ainda que diferente em vários aspectos – na instrumentalização da opção comunitária de buscar proporcionar ao lesado ressarcimento e amparo.

Em amplo estudo internacional sobre a regulação do trabalho realizado em 2004, percebe-se que Brasil e Uruguai, países classificados como de Direito de origem francês, possuem semelhantes indicadores. Assim se percebe na tabela abaixo:

¹ * Juiz do trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (Rio Grande do Sul), mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) e especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade do Brasil (Unibrasil). Aluno de pós-graduação na Universidad de La República (Montevideo, Uruguay). Professor de Direito Material e Processual do Trabalho.

País	Employment laws index	Collective relations laws index	Social security laws index	Log GNP per capita 1997
Brazil	0,5676	0,3780	0,5471	8.4638
Uruguay	0,2762	0,3542	0,6778	8.7641
Median	0,4749	0,4554	0,6774	8.0163

Fonte: BOTERO et al., 2004

O breve estudo que segue não possui objetivo de esgotar as questões que orbitam o grande tema da infortunística laboral e seu viés indenizatório. Busca, sim, pontuar alguns importantes pontos de contato e distanciamento das experiências jurídicas uruguaia e brasileira no trato do complexo tema.

1 Modalidades Ressarcitórias

O ordenamento uruguaio apresenta um sistema dual de prover indenizações para acidentes do trabalho. Uma modalidade é de responsabilidade objetiva, com indenização tarifada paga por órgão segurador. O segundo tipo é baseado na responsabilidade subjetiva, paga pelo empregador, com valor fixado judicialmente, conforme a exata extensão dos prejuízos e que tem lugar nas situações de dolo ou culpa grave do empregador.

O sistema brasileiro também tem dualidade nas prestações oriundas de acidente do trabalho ou doenças equiparadas. A Constituição Federal estabelece no artigo 7º, XXVIII² que há uma responsabilidade objetiva através do seguro contra acidente do trabalho, pago pela Previdência Social. Em paralelo há responsabilidade subjetiva do empregador, em caso de dolo ou culpa.

1.1 Seguro de Acidente do Trabalho

Nos dois países, as modalidades de responsabilidade objetiva aplicam a teoria do risco integral, pelo qual o dever de indenizar decorre do próprio dano, sem consideração de quaisquer hipóteses excludentes do nexo (fato de terceiro, culpa da vítima, caso fortuito e força maior).

O primeiro modelo uruguaio de ressarcimento tem características de responsabilidade objetiva e baseia-se no risco de autoridade, cujas indenizações

2. Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa.

são pagas diretamente pelo seguro. Trata-se de tipo de indenização tarifada e que possui finalidade essencialmente social: garantir a reparação imediata das consequências do dano produzido na integridade física do trabalhador.

Está prevista no artigo 140 do C.G.P. e na Lei 16.074, com a obrigatoriedade das empresas de firmar seguro por acidentes de trabalho³. O artigo 1º deste diploma declara ser compulsório um seguro por acidentes de trabalho. É transferido ao Banco de Seguros a obrigação de abonar a assistência médica e as indenizações que correspondam aos trabalhadores compreendidos na lei⁴, e apenas no limite do valor do seguro⁵.

No caso brasileiro, a responsabilidade objetiva limita-se à situação de fixação da obrigação do órgão previdenciário de alcançar prestação própria por acidente do trabalho. Esgota-se, portanto, com o seguro obrigatório, pago pelo empregador e dirigido ao órgão de previdência oficial.

Há, todavia, uma notável diferença nos dois sistemas nacionais. No Brasil, após período de indefinição, restou pacificado na jurisprudência não existir qualquer relação de dependência ou prejuízo nas duas indenizações (a paga pela previdência social e a alcançada pelo empregador): admite-se a cumulação e, portanto, não é cabível limitação de uma sobre a outra. Ainda que eventual prestação previdenciária possa cobrir prejuízos pelo evento danoso, pode o empregado buscar ressarcimento de seu empregador, caso demonstrada a culpa.

Já o modelo uruguaio permite que haja somente pagamento da indenização tarifada, sem qualquer responsabilização direta do empregador. Assim ocorre quando o valor alcançado pelo seguro se mostrar suficiente para suportar todos os prejuízos decorrentes do evento danoso. Apenas quando o seguro for insuficiente, e demonstrado dolo ou culpa grave, é que se poderá demandar a diferença diretamente do empregador.

O Brasil possui um seguro por acidente do trabalho, fixando-se a

3 Art. 1º. Declárase obligatorio El seguro sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales previsto en la presente ley.

4 Art. 8º. El Banco de Seguros del Estado prestará asistencia médica y abonará las indemnizaciones que correspondieran a todos los obreros y empleados comprendidos por la presente ley, con independencia de que sus patronos hayan cumplido o no con la obligación de asegurarlos. Ello sin perjuicio de las sanciones y recuperos a que hubiere lugar.

5 "El Banco de Seguros del Estado es responsable de acuerdo con el art. 7 de la ley 16.074, solo por el pago de la renta, temporaria o definitiva. No puede ser responsable directo de daño alguno en la medida que siquiera su acción incidió en la producción del accidente." Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Primer Turno. Sentencia definitiva 286/2009. Min. Redactor Rosina Rossi, julgamento em 18/11/2009.

responsabilidade do órgão previdenciário para prover reparo. Assim determina a Lei 8.213/91 e Decreto 2.172/97. Aplica-se aqui a teoria do risco integral, de modo que nem mesmo as causas de exclusão do nexo causal – culpa da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior – afastam o direito do funcionário de receber a prestação previdenciária.

Todavia, havendo dolo ou culpa, o seguro contra acidente do trabalho não exonera a responsabilidade do empregador brasileiro. O texto constitucional faz previsão de responsabilidade civil do empregador em caso de acidente do trabalho, sempre que decorrer de condutas dolosas ou culposas. Não há limitação ou qualquer relação de prejuízo entre a prestação alcançada pela Previdência Social e a alcançada pelo empregador.

1.2 Responsabilidade Subjetiva

A segunda modalidade de ressarcimentos para acidentes do trabalho e doenças profissionais é do tipo subjetivo do empregador e se apóia em regras próprios do direito comum. Os dois sistemas nacionais de responsabilidade subjetiva diferenciam-se nos requisitos de graus de culpa que permitem seu manejo. Enquanto que o direito brasileiro permite que mesmo a culpa leve determine responsabilização do empregador, a legislação uruguaia fixa que apenas os casos de dolo ou culpa grave do empregador outorgam responsabilidade.

No Uruguai, a responsabilidade subjetiva têm aplicação nas situações específicas de dolo ou culpa grave nas obrigações patronais de seguir normas de prevenção e segurança. Significa um reforço na indenização tarifada e que apenas tem lugar nas situações em que configurada culpa grave. Os acidentes produzidos com culpa leve do empregador no cumprimento das normas de segurança e prevenção, permanecem exclusivamente reparados pela indenização tarifada⁶.

Essa limitada responsabilidade subjetiva segue a disciplina do artigo 7º da lei 16.074, fixando a obrigação do empregador de cumprir as normas de segurança. Também a Lei 10.004 estabelece em seu primeiro artigo que o

6 A título ilustrativo, a Argentina possui sistema semelhante, mas com ainda maior limitação. A Ley de Riesgos Del Trabajo, art. 39, veda ao lesado a possibilidade de optar por reclamar ao empregador ressarcimento pelos danos sofridos, ao amparo das normas gerais sobre responsabilidade civil. Conforme ensina VÁZQUEZ, “la prohibición comprende tanto el marco de la responsabilidad contractual como la extracontractual, de factor subjetivo u objetivo de atribución. Ello, a excepción de que se configure el supuesto de dolo del art. 1072 del Código Civil”. A mesma autora, todavia, produz crítica a essa opção, afirmando que “la ley de riesgos del trabajo, en el sentido expuesto, va a contrapelo de toda la tendencia que se ha desplegado en el derecho moderno y así lo ha puesto de relieve la doctrina”. (VÁZQUEZ, 2004, p. 82 e p. 95).

empregador é responsável civilmente pelos acidentes que ocorrem com seus funcionários *“a causa del trabajo o em ocasión del mismo”*.

A aplicação da responsabilidade subjetiva possui dois requisitos: a existência de culpa grave ou culpa do empregador e a existência de prejuízos que ultrapassam os valores alcançados pelo seguro obrigatório⁷.

Conforme dispõe os artigos 7^o e 8^o da lei 16.074, há uma limitação do direito a reclamar indenização diretamente do empregador. A empresa resta eximida de responsabilidade se a cobertura do seguro de acidentes de trabalho é suficiente para prover a indenização na forma de valores ou de assistência médica.

Em comum, Brasil e Uruguai reconhecem esta segunda modalidade ressarcitória como de tipo contratual. Reside na obrigação empresarial de proteger a saúde e segurança dos empregados, prevenindo a ocorrência de acidentes do trabalho e doenças profissionais, mediante o cumprimento das normas de segurança e higiene no trabalho, bem como a observância de um

7 “Así cuando se pretenda la culpa del empleador y em consecuencia su responsabilidad directa bajo las reglas del derecho común, el trabajador deberá probar dos aspectos: uno, la acción u omisión ilícitas (incumplimiento en normas de prevención o seguridad) y otro, la relación de causalidad entre el daño y la culpa (en el grado de culpa grave o dolo) como factor de atribución. Será aplicables pues, con las adaptaciones del caso, todos los elementos de la responsabilidad civil y en particular de la responsabilidad contractual” (Sentencia Definitiva n.º 214/2009. Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Primer Turno. Ministro Redactor: Dra. Rosina Rossi. 26//2009.

8 Artículo 7º.- Las personas amparadas por la presente ley, y en su caso, sus derecho-habientes, no tendrán más derechos como consecuencia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, que los que la presente ley les acuerda, a no ser que en éstos haya mediado dolo por parte del patrono o culpa grave en el incumplimiento de normas sobre seguridad y prevención. En este caso además el Banco podrá aplicar las sanciones correspondientes (Pérdida del seguro, recuperaciones de gastos y multas).

Acreditada por el patrono la existencia del seguro obligatorio establecido por la presente ley, la acción deberá dirigirse directamente contra el Banco de Seguros del Estado, quedando eximido el patrono asegurado de toda responsabilidad y siendo aplicables por tanto las disposiciones del derecho común. Todo ello sin perjuicio de la excepción establecida en el inciso anterior.

9 Artículo 8º.- El Banco de Seguros del Estado prestará asistencia médica y abonará las indemnizaciones que correspondieran a todos los obreros y empleados comprendidos por la presente ley, con independencia de que sus patronos hayan cumplido o no con la obligación de asegurarlos. Ello sin perjuicio de las sanciones y recuperos a que hubiere lugar.

Las indemnizaciones que abonará el Banco a siniestrados dependientes de patronos no asegurados se calcularán tomando como base un salario mínimo nacional.

A aquellos funcionarios públicos dependientes de Organismos que no estén al día en el pago de las primas o no hayan asegurado a sus funcionarios, sólo se les brindará asistencia médica.

El Banco de Seguros del Estado deberá exigir en todos los casos del patrono no asegurado, la constitución del capital necesario para el servicio de renta y el reembolso de los gastos correspondientes, conforme al procedimiento establecido en el artículo 36.

Constituido el capital correspondiente y pagados los demás gastos anexos por el patrono, o convenida con el Banco de Seguros del Estado una fórmula de pago, se efectuarán las reliquidaciones que correspondan.

standart mínimo de prudência e diligência.

O modelo brasileiro de culpa subjetiva, todavia, não se encontra limitado às hipóteses de dolo ou culpa grave do empregador. Também a culpa leve é suficiente para a fixação da responsabilidade de ressarcimento.

Atualmente, a jurisprudência brasileira não estabelece restrições à cumulação de reparações civis com os benefícios acidentários¹⁰. A lógica da cumulação está no descolamento da natureza contratual do seguro de acidentes do trabalho para um sistema de seguro social, de solidariedade mais ampla. Ademais, o trabalhador e empresário contribuem para a Previdência Social como modo de financiar os benefícios acidentários. Reforça-se a separação de ressarcimentos, pois de certa forma, o benefício previdenciário é oriundo de um tipo de prêmio de seguro.

2 Noções e Graus de Culpa

Tratando-se de modalidade de responsabilidade subjetiva, e para aplicação do regramento indenizatório do direito comum, a jurisprudência dos dois países assinalam que cumpre ao empregado a demonstração da culpa patronal.

Caberá ao obreiro, portanto, comprovar primeiramente ocorrência de ação ou omissão ilícitas, com descumprimento de normas de prevenção ou segurança. Também cabe apresentar a relação de causalidade entre o dano e culpa, como fator de atribuição. Serão, por consequência, aplicáveis todos os elementos de responsabilidade civil e, em particular, de responsabilidade contratual.

É corrente na jurisprudência uruguaia a preocupação de comparar a conduta do empregador – para verificação de descumprimento de seus deveres – com o tradicional modelo romano do bom pai de família diligente. Costuma se ter em conta um paradigma abstrato de pessoa cuidadosa, vigilante, o homem médio, prudente, precavido, atento¹¹. A partir desse *standart*, se produz no caso concreto comparação do devedor com a conduta que haveria observado o “bom pai de família” ante a mesma situação. O conceito é adaptado pelos magistrados

10 STJ, RESP 402.833/SP, 4ª Turma, Rel. Ministro Aldir Passarinho, julgado em 06/02/2003.

11 Nesse sentido, assinala o tratadista uruguaio Gamarra que incorre em culpa aquele sujeito que não emprega todo o cuidado ou diligência que haveria empregado o bom pai de família. Isto é, o cuidado ou diligência do homem médio comum, nem excessivamente cuidadoso, nem excessivamente descuidado.

com jurisdição laboral para o modelo sugerido de “empresário diligente”.

Todavia, não existe na Lei 16.074 um conceito de culpa. A consequência é o socorro no direito comum, em específico no disposto no artigo 1.344 do Código Civil, o qual estabelece “*se entende por culpa la falta del debido cuidado o diligencia*”. O segundo inciso dispõe que é obrigado o sujeito “*a toda a diligencia de um buen padre de familia, esto es a prestar la culpa leve*”.

A lei trabalhista uruguaia (artigo 7º da Lei 16074) não define culpa grave. O conceito costuma ser buscado na doutrina de responsabilidade civil, fixando-se como aquela que é grosseira e imperdoável, totalmente distante do modelo que omite medidas elementares.

A noção de culpa também se associa à consciência de perigo que deve ter o autor do dano e portanto, pressupõe uma previsibilidade de certa forma objetiva. Os julgados demonstram que a conduta esperada é a que prevê o que todos prevêem e não omitir os cuidados mais comuns.

Na culpa grave a violação da regulamentação por parte do empregador não é intencional, mas ocorre com grosseira imprudência ou negligência emergente da culpa consciente, ou da culpa com previsão.

O transporte de tais noções ao ambiente de trabalho permite aos juízes uruguaioes avaliar as condutas não apenas tomando em consideração uma conduta diligente do empregador, mas analisar se o procedimento observou o *standart* esperado do bom empregador.

Diferente do vizinho platino, a jurisprudência brasileira admite a possibilidade de responsabilização do empregador por acidente ou doença ocupacional em qualquer grau de culpa.

O socorro do direito comum para identificação das determinantes da responsabilidade do empregador em casos de acidente do trabalho também é corrente no Brasil. As indenizações por danos materiais e morais decorrem do reconhecimento do dever de indenizar, em virtude da existência do ato ilícito que causou dano ao trabalhador, conforme determinam os artigos 186¹² e 927¹³ do Código Civil.

Por força do dispositivo constitucional presente no art. 7º, XXVIII, há

12 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

13 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

duas indenizações por acidente de trabalho, autônomas e cumuláveis. Uma de responsabilidade estatal, através de órgão previdenciário oficial; e outra com dever suportado pelo próprio empregador.

A responsabilidade do empregador é fixada, de modo geral, a partir do elemento culpa ou dolo. Todavia, desenvolveu-se na jurisprudência brasileira a possibilidade de reconhecimento de responsabilidade objetiva – sem questionamento de culpa – quando a atividade do empreendimento, por sua natureza, envolver demasiado risco.

Em relação a situações em que o acidente ocorre fora de atividade empresarial de risco excepcional, a maior parte da jurisprudência nacional compreende que permanece a necessidade de demonstração de culpa do empregador. Não há qualquer exigência de culpa grave para fixação do dever indenizatório patronal: é suficiente qualquer grau de culpa, ainda que leve. Campo majoritário da doutrina nacional vem acompanhando esse entendimento¹⁴.

Há, todavia, rápido avanço jurisprudencial na direção de compreender que há, em quase toda situação, há condições de responsabilidade da empresa. A tendência notada em diversos julgamentos brasileiros é a de reconhecer a simples ocorrência de acidente – sem atribuição de culpa da vítima, força maior ou caso fortuito – como forte elemento para fixação de culpa do empregador, pois descumprido dever geral de fornecer ambiente de trabalho seguro¹⁵.

Também se vem reforçando a noção de culpa presumida do empregador, diante da obrigação legal de propiciar condições adequadas de segurança na

14 “A indenização por acidente de trabalho tem como suporte principal a responsabilidade subjetiva, isto é, exige-se a comprovação da culpa do empregador, de qualquer grau, para nascer o direito à vítima. [...] A ocorrência do acidente ou doença proveniente do risco normal da atividade patronal não gera automaticamente o dever de indenizar, restando à vítima, nessa hipótese, apenas a cobertura do seguro de acidente do trabalho, conforme as normas da Previdência Social” (OLIVEIRA, 2005, p. 77-78).

“A indenização pela empresa deve ocorrer quando comprovada sua conduta dolosa ou culposa. Contudo, há regimes especiais que impõem a indenização pela empresa, independente de culpa.” (DALLEGRAVE NETO, 2005, p. 181).

“[...] a regra geral mantém-se com a noção da responsabilidade subjetiva, mediante aferição de culpa do autor do dano [...]” (DELGADO, 2004, p. 620).

15 Assim se verifica no julgamento dos acórdãos: TRT-IV, RO 0123500-14.2005.5.04.0511, 3ª Turma, Relator Desembargador Carlos Alberto Robinson (explosão de câmara de pneu em borracharia); TST, RR 59300-11.2005.5.15.086, 3ª Turma, Rel. Min. Rosa Maria Weber, julgado em 12/8/2011 (acidente de trânsito de entregador motociclista – motoboy); TST, RR - 108200-72.2001.5.04.0732 Data de Julgamento: 24/09/2008, Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, 3ª Turma, Data de Publicação em 24/10/2008 (atividade com aparelhos energizados); TST, RR 356000-95.2006.5.12.0027, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, julgamento em 14/05/2010 (doença respiratória em extração de carvão mineral); TST, RR 135400-84.2005.5.04.0030, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, julgamento em 21/05/2010 (doença lombar em carregamento e descarregamento manual de caixas).

prestação do trabalho^{16 17}.

Sobre o tema da responsabilidade do empregador, vale transcrever parte de julgamento proferido no Superior Tribunal de Justiça, o qual anota a presunção de culpa patronal nos acidentes:

[...] À luz de tal entendimento, de há muito manifestado pela Suprema Corte e acolhido pela jurisprudência francamente dominante de nossos Tribunais, presume-se a culpa do patrão, uma vez demonstrada a do empregado; vale dizer, opera-se a inversão do ônus da prova. Para o Prof. Silvio Rodrigues, “assim, em vez de a vítima ter de fazer a prova da culpa **in eligendo** ou **in vigilando** do patrão, caberia a este, em virtude da presunção, provar a sua não-culpa” (Direito Civil, Responsabilidade Civil, vol. 4, pág. 58, 16ª ed.). Idêntico o magistério do Prof. Washington de Barros Monteiro: “nessas condições, não cabe mais ao ofendido comprovar a culpa concorrente do patrão; numa ação de indenização, compete-lhe, tão-somente, demonstrar a existência do ato lesivo e que este se deve à culpa do preposto. Evidenciada, emergirá, **ipso facto**, a culpa do patrão, que só se isentará de responsabilidade se tiver a seu favor alguma das escusas legais” (Curso de Direito Civil – Direito das Obrigações – 2ª parte, pág. 401, 29ª ed.). De sua vez, o Prof. e Desembargador Sérgio Cavalieri Filho leciona que “no caso de culpa presumida, o autor da ação só precisa provar o dano e o nexos causal entre este e a conduta do agente. Inverte-se o ônus da prova quanto à culpa. Terá o réu que provar que não se houve com culpa, como, por exemplo, na hipótese do art. 1.527 do Código Civil” (Programa de Responsabilidade Civil, pág. 42, ed. 1.996)¹⁸.

Percebe-se o direcionamento da jurisprudência brasileira no robustecimento da noção de culpa presumida do empregador no acidente de trabalho. Como consequência, cabe à empresa demonstrar que obrou com todas as medidas necessárias para a segurança.

Como reforço à desoneração de ônus do empregado na demonstração de

16 Consolidação das Leis do Trabalho, art. 157. Cabe às empresas: I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; [...]

17 “Em matéria de segurança do trabalho, a simples inobservância das normas pertinentes induz à culpa do empregador, na modalidade culpa contra a legalidade lato sensu” (TAMG Apelação n.º 351.727-1, 6ª Câmara Cível, Rel. Juiz Belizário de Lacerda, julgado em agosto de 2002.).

18 STJ, Resp 96704, Rel. Min. Barros Monteiro, publicado em 20.05.02.

culpa, está a construção jurisprudencial brasileira de responsabilidade objetiva do empregador nas situações de risco acentuado na atividade. É entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho que a Constituição Federal prevê regra geral de responsabilidade subjetiva do empregador, mas resta acolhida a hipótese excepcional do artigo 927, parágrafo único¹⁹, do Código Civil de responsabilidade objetiva, nos casos de atividade de risco²⁰. A tese prevalente é de que a limitação subjetiva constitucional não é intransponível, vez que se admite e estimula a melhoria de direitos dos trabalhadores.

O Código Civil de 2002, faz referência, em seu artigo 927 a hipótese de responsabilidade civil objetiva, mas expressamente a limita às atividades normalmente desenvolvidas pelo autor do dano que implicarem, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem. Esclarece, portanto, que a atividade que leve à produção de prejuízos tenha um caráter de risco. Para que haja indenização é necessário comparar o risco da atividade que gerou o dano com o nível de exposição ao perigo a que normalmente se submetem os demais membros da sociedade. Ou seja, apenas quando o risco a que se expõe o trabalhador estiver acima do risco médio da coletividade é que haverá a aplicação de tal modalidade de responsabilidade objetiva.

A implementação da responsabilidade civil objetiva ou teoria do risco no âmbito geral dos infortúnios laborais – segundo opinião de grande parte da doutrina brasileira – é mera questão de tempo e amadurecimento legislativo e institucional. Atualmente, os órgãos de jurisdição brasileiros tendem a analisar a situação danosa caso a caso. Para enquadrar o autor do dano na responsabilidade objetiva pelo risco, primeiramente avalia-se o risco da atividade normalmente desenvolvida com o nível de exposição ao perigo que estava sujeita a vítima comparativamente ao nível em que expostos os demais membros da coletividade. Em decorrência, passa-se a perquirir se atividade desenvolvida enseja risco demasiado²¹.

Todavia, mesmo na modalidade de responsabilidade objetiva, é necessária a análise das excludentes de nexo causal (fato de terceiro, culpa da

19 Art. 927. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

20 Neste sentido as decisões: TST, RR 22/204-011-05-00, 1ª Turma, Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa; RR 946/2006-025-12-00, 1ª Turma, Rel. Min. Vieira de Mello Filho; RR 1.538/2006, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma.

21 Nesse sentido, o acórdão do processo TRT-IV, 01647-2005-771-04-00-4 RO, Relator Desembargador Hugo Carlos Scheuermann, publicado em 27/4/2005.

vítima, caso fortuito e força maior).

Não se identifica na jurisprudência corrente uruguaia a mesma construção sistemática de fixação de responsabilização objetiva do empregador nas situações de atividade de risco acentuado. Mesmo porque o elemento culpa grave é imprescindível para que se obtenha indenização adicional à alcançada pelo seguro obrigatório.

3 Pluralidade de ofensores. Delimitação de responsabilidade

Brasil e Uruguai experimentam avanço de organização de atividades empresariais pautadas pela terceirização de serviços. Por consequência, passam a ser corriqueiras situações em que empregado sofre acidente trabalhando em ambiente de outra empresa. O fundamento de responsabilização das duas entidades empresárias envolvidas na terceirização é, em ambos os países, retirado de dispositivos dos códigos civis e também na tese da *culpa in eligendo*: a falta de diligência necessária na contratação da empresa que prestou serviços, a qual teria também contribuído para o evento danoso²².

Em situações em que é possível detectar que há mais de um responsável pela produção dos eventos danosos, a jurisprudência uruguaia aplica o artigo 1331 do Código Civil, o qual determina a divisão de obrigações²³. Parcela das decisões divide a responsabilidade em partes iguais de ofensores, determinando que, havendo dois ofensores, a coparticipação causal no evento danoso parte percentualmente a obrigação de ressarcir: cada um responderá por 50%. A maior parte da jurisprudência, todavia, fixa responsabilidade solidária indivisível e exigível no todo²⁴.

A jurisprudência brasileira também reconhece a possibilidade de identificação de mais de um ofensor e, por consequência, aumenta o rol de responsáveis pelos ressarcimentos. Quase integralmente, a opção jurisprudencial vem sendo de não fixação de responsabilidades estanques, isoladas. Com

22 Na doutrina uruguaia não é unânime a ampla responsabilidade das empresas envolvidas em terceirização: "[...] el sistema anterior, en el inciso segundo del artículo 2o. de la Ley 10.004, se preveía con relación a los trabajos realizados con la intervención de sub-contratistas, la responsabilidad solidaria de éstos con los contratistas. Esta disposición claramente protectora del trabajador, en forma inexplicable no aparece en la nueva Ley, por lo cual y de acuerdo a la derogación expresa de la Ley 10.004, debe concluirse que ha sido derogada" (MANGARELLI, 1991, p. 355).

23 Art. 1331. Si un delito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas responde solidariamente del daño causado.

24 SENTENCIA Nº 17. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Cuarto Turno. Ministra Redactora Dra. Ana M. Maggi, julgamento em 16/02/2009.

base no artigo 942 do Código Civil²⁵, os tribunais nacionais estabelecem responsabilidade solidária integral: ambos os agressores respondem por toda a dívida.

4 Cálculo da pensão

Em situações de prejuízos permanentes, com redução da capacidade de trabalho, ou mesmo morte, há o regular cálculo e condenação em pagamento de pensão.

Nos dois países, é usual para identificação do valor a ser calculado que seja observado o valor integral da remuneração do trabalhador, incluindo horas extras e outras verbas pelo trabalho pagas na época do evento (férias, gratificações natalinas etc.).

Os limitadores de cálculo, todavia, são diferentes.

No Uruguai, os juízes costumam estabelecer as pensões tomando por base a idade da vítima e também a estimativa de vida laboral útil. De modo geral subtrai-se a idade estimada máxima de trabalho (65 anos) pela idade do trabalhador no momento da exigibilidade da prestação. Assim, se o funcionário tinha 27 anos quando se acidentou, o cálculo da pensão observará a idade limite de 38 anos ($65 - 27 = 38$)²⁶.

A opção da jurisprudência brasileira não vem sendo de limitação ao termo final esperado da vida de trabalho. Seguindo-se o determinado no artigo 948, II, do Código Civil²⁷, a obrigação do pagamento mensal encerra-se quando for atingida a provável sobrevida que a vítima teria. O cálculo é estabelecido utilizando-se estudo estatístico oficial, o qual indica a expectativa de sobrevida em anos para cada idade. Utilizando-se o exemplo acima, caso se trata-se de trabalhador brasileiro acidentado com 27 anos, haveria expectativa de vida de 45,1 anos²⁸. Ou seja, o cálculo da pensão perduraria até quando a vítima viesse

25 Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

26 Essa foi a exata forma utilizada no cálculo de indenização no processo Sentencia T.A.T. 3º T., nº 437/01, LJU CASO 14408, data 05/12/2001. Molinari – Gómez – Piatniza.

27 Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: [...] II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

28 Tábua de mortalidade publicada em 2003, sexo masculino, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

a completar 72,1 anos.

5 Estabilidade acidentária

Os dois sistemas jurídicos nacionais reconhecem a fragilização do funcionário que retorna de acidente do trabalho e a necessidade de se evitar que seja dispensado de forma imotivada.

Ambos países não fazem previsão de engessamento absoluto do trabalhador ao posto de trabalho. Veda-se a denúncia vazia do contrato, mas permite-se a despedida por ocorrência de falta grave. Também possuem em comum a previsão de direito de retorno ao trabalho e readaptação das atividades à superveniente diminuição da capacidade laboral.

A garantia de emprego do trabalhador acidentado é prevista no ordenamento uruguaio no artigo 69 da Lei 16.074²⁹. O obreiro vítima de acidente de trabalho ou doença profissional tem direito à readmissão no mesmo cargo, assim que estiver recuperado. Em caso de incapacidade parcial, terá oportunidade de ser reincorporado em cargo compatível com sua atual situação. Havendo o reingresso, o funcionário terá direito a garantia de não dispensa sem justa causa por 180 dias. Caso a empresa não providencie o reingresso do trabalhador, este fará jus a uma indenização de dispensa no equivalente ao triplo do estabelecido na lei.

O Direito brasileiro traz regramento no artigo 118 da Lei 8.213/91³⁰. É outorgado ao trabalhador que sofreu acidente do trabalho a garantia de emprego pelo prazo mínimo de doze meses. Como requisito está a necessidade de que o obreiro tenha recebido benefício previdenciário próprio para acidente do trabalho

29 Art. 69. El trabajador victima de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, si así lo solicita, deberá ser readmitido en el mismo cargo que ocupaba, una vez comprobada su recuperación. Si el trabajador queda con una incapacidad permanente parcial, tendrá derecho a solicitar su reincorporación al cargo que ocupaba, si está en condiciones de desempeñarlo, o a cualquier otro compatible con su capacidad limitada.

Readmitido el trabajador, no podrá ser despedido hasta que hayan transcurrido por lo menos ciento ochenta días a contar de su reingreso, salvo que el empleador justifique notoria mala conducta o causa grave superviniente.

El trabajador deberá presentarse a la empresa para desempeñar sus tareas dentro de los quince días de haber sido dada de alta. Si la empresa no lo readmitiera dentro de los quince días siguientes a su presentación tendrá derecho a una indemnización por despido equivalente al triple de lo establecido por las leyes laborales vigentes.

30 Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantia, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

(auxílio doença acidentário), ainda que não venha a receber a prestação própria de sequela com diminuição da capacidade laboral (auxílio acidente). A jurisprudência consolidada do Tribunal Superior do Trabalho vem considerando que basta a ocorrência do acidente do trabalho (independente do recebimento do benefício previdenciário) para fixação da estabilidade³¹.

Ao que se percebe, a lei brasileira outorga período bastante superior de estabilidade (12 meses, frente os 6 meses da legislação platina). Parte da jurisprudência uruguaia compreende que o trabalhador injustamente despedido tem direito não apenas aos salários do período de estabilidade, como também a indenização pela dispensa³².

Considerações finais

As legislações de Brasil e Uruguai possuem preocupações comuns, ainda que operacionalizadas em algumas situações com opções diferentes.

O grande ponto de divergência dos dois sistemas parece ser a (in) compatibilidade de ressarcimentos oferecidos pela previdência social (a partir de um sistema de seguro obrigatório) e a indenização alcançada diretamente pelo empregador. A opção uruguaia de uma indenização tarifada, independente de culpa, parece ter bastante utilidade nas situações em que o empregador não tem condições econômicas de indenizar o acidente. O sistema brasileiro, que soma uma indenização previdenciária de responsabilidade objetiva com outra por qualquer grau de culpa do empregador, mostra-se mais abrangente nas ocasiões em que os prejuízos ultrapassam as garantias do seguro. Parece haver também maior benefício ao empregado na desnecessidade do requisito culpa grave para responsabilização do empregador.

O maior período de estabilidade, a forma de cálculo de pensão praticada pela jurisprudência brasileira e compartilhamento solidário da responsabilidade de co-autores do delito aparentam comportar maiores benefícios e garantias aos

31 Quanto à matéria, o Tribunal Superior do Trabalho consolidou entendimento, consagrado na Súmula 378, II, de que: "São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego."

32 Nesse sentido as decisões T.A.T. 1º Turno Sentencia n° 28, de 21/5/1997 e T.A.T. Sentencia n° 49, de 21/3/2001. Uma bem produzida síntese da divergência jurisprudencial uruguaia sobre a compatibilidade entre as indenizações tarifadas e outros ressarcimentos fixados judicialmente para dispensas abusivas pode ser vista em Sentencia Definitiva n° 457/2011, Tribunal Apelaciones Trabajo de 2ª Turno, Ministro Redactor Dr. Jose Echeveste Costa, julgamento em 26/10/2011.

trabalhadores acidentados. De outra banda, a opção de parte da jurisprudência uruguaia por somar indenização de dispensa tarifada robustecida com salários de período de estabilidade aumenta o benefício do obreiro e aparenta reprimir iniciativas empresarias de fraudar a estabilidade.

As análises comparativas operadas permitem compreender que nada há de definitivo e acabado na intenção principiológica dos povos uruguaio e brasileiro de prover proteção aos acidentados. Ao contrário, as diferentes opções permitem refletir sobre a necessidade de aproximação das experiências e seguir com o processo de integração comunitária. Como bem definido por SARTHOU, servem para que se busque, a partir da base empírica conveniente refletir de forma construtiva e prospectiva sobre a necessidade e possibilidade de uniformizar minimamente a normativa laboral, mediante um processo gradual, flexível e participativo

Referências

BOTERO, Juan C. et al. The regulation of labor. **The Quarterly Journal of Economics**, Cambridge, MA, v. 119, n. 4, nov. 2004, p. 1339-1382.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2004.

GAMARRA, Jorge. **Tratado de derecho civil uruguayo**. N. XVII, vol. 1. Montevideo: MBAT, 2004.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional**. São Paulo: LTr, 2005.

MANGARELLI, Cristina. **Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales**. In: LA SEGURIDAD social en el Uruguay. Montevideo: FCU, VV.AA., outubro de 1991.

SARTHOU, Hélios. **El derecho del trabajo en la integración regional**. In: DIREITO do trabalho na integração regional. São Paulo: Observador Legal, 2002.

VÁZQUEZ, Gabriela Alejandra. **El regreso al derecho civil para la protección**

del trabajador. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2004.

Subordinação

Estudo comparado de jurisprudência Uruguai - Brasil

Rosina Rossi Albert^{1}*

*María del Carmen Corujo Milán^{2**}*

Sumário: I O tema da pesquisa e metodologia. II A subordinação. III O marco normativo. 1 Brasil. 2 Uruguai. 3 O Direito Internacional do Trabalho. IV Indicadores da dependência na jurisprudência Uruguai-Brasil. 1 Natureza dos indicadores. 2 Tendências da Jurisprudência. 2.1 Retribuição. 2.2 A não-participação nos riscos. 2.3 Trabalho realizado através de vínculos com terceiros estabelecidos pelo sujeito beneficiário do trabalho humano. 2.4 Sujeição a horário. 2.5 Formalização do vínculo. 2.6. Prestação pessoal da tarefa. 2.7 Prolongamento do vínculo durante anos. 2.8 Inserção do trabalho prestado por quem trabalha na organização da empresa de quem o recebe ou se beneficia com ele. V Aspectos probatórios. 1 Valorização em conjunto de todos os fatores; um apenas, em sentido contrário, não é suficiente para desqualificar a natureza trabalhista do vínculo. 2 Princípio da primazia da realidade. 3. Princípio “in dubio pro operario”. 4 Ônus da prova a respeito dos fatos modificativos da pretensão. Conclusões.

I O tema da pesquisa e metodologia

A qualificação do vínculo jurídico que se cria e desenvolve em torno do trabalho humano é o tema central da presente pesquisa.

O *objeto* desta pesquisa jurídica consiste em decisões judiciais proferidas por tribunais brasileiros e uruguaios. As decisões brasileiras foram selecionadas pelos participantes do curso e as uruguaias por uma das autoras desta análise.³

1 * Professora de Derecho del Trabajo e Seguridad Social na Universidad de la República Oriental del Uruguay. Ministro de Tribunal de Apelaciones de 1er. Turno. Uruguay.

2 ** Juez Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 5to. Turno. Uruguay.

3 Rosina Rossi Albert realizou a seleção de jurisprudência.

O *critério de seleção* consistiu na inclusão de decisões representativas dos elementos mais ou menos constantes conduzidos por jurisprudência cruzada – Uruguai-Brasil – que, apreciados a partir de uma perspectiva global, podem marcar uma tendência.

O *objetivo da pesquisa* se apoia na determinação das semelhanças e diferenças do tratamento jurisprudencial em torno da qualificação do vínculo jurídico, quando está comprometido trabalho humano, para apresentação sistemática aos magistrados com competência em matéria trabalhista como forma de contribuição com elementos estimuladores do espírito criativo, imprescindível no momento de resolver controvérsias deste tema.

Os *resultados da pesquisa* se apresentam através dos seguintes pontos:

II A subordinação, que aborda o conceito teórico de dependência que inclui a transcendência sobre a determinação, os valores e princípios que entram em colisão e a importância da jurisprudência; **III Marco normativo aplicável**; **IV Indicadores da dependência na jurisprudência Uruguai-Brasil**, que por um processo dedutivo extrai os critérios que habitualmente utiliza a jurisprudência consultada nos países para reconhecer ou descartar a relação de emprego; **V Aspectos probatórios**, que comenta certas constantes reveladas principalmente a respeito de critérios de valoração da eficácia probatória; e, **Conclusões**

II A subordinação

O tema da pesquisa desperta especial interesse porque a qualificação jurídica de um vínculo é o elemento determinante do ramo jurídico – coincidente – que rege as relações que daquele nascem: desde a sua constituição, sua execução e sua finalização.

Pois bem. A posição em que se encontra a pessoa que entrega os frutos de sua força de trabalho a favor de outra que os faz seus desde seu início; quem conduz o trabalho, o controla, o administra e o avalia e busca beneficiar-se com ele ou, sem tais atividades, simplesmente o toma com o mesmo objetivo, foi a mola propulsora do nascimento do Direito do Trabalho como disciplina jurídica autônoma e desmembrada do direito comum.⁴ A especial situação de

Sobre o conceito de pesquisa jurídica, Barbagelata, Héctor Hugo. La investigación en Derecho del Trabajo. Cuadernillos de la Fundación Electra. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2011. Pág. 6.

4 Como expressa a Recomendação de OIT n. 198 , "...a proteção dos trabalhadores constitui a essência do mandato da Organização Internacional do Trabalho de conformidade com os princípios estabelecidos na Declaração de OIT relativa a princípios e direitos fundamentais no trabalho, 1998 ,

vulnerabilidade de um “homem-trabalhador em benefício de outro”, despertou em suas origens o sentimento social e, como consequência, a formulação de um conjunto de regras que, impondo-se à vontade de ambos, atuasse como contrapeso no equilíbrio do poder.⁵

O Direito do Trabalho nasce desprendendo-se do Direito Civil como consequência de estar pautado por três aspectos: um fato social particular, um desígnio imediato e outro mediato. O fato social, a desigualdade entre os sujeitos que se vinculam ao redor do trabalho. O desígnio imediato ou instrumental do segundo, o desequilíbrio normativo imposto aos sujeitos que se relacionam. O desígnio mediato, a aspiração de igualdade real dos mesmos sujeitos. Vale dizer, a desigualdade como instrumento de concreção da igualdade.⁶ Assim, o Direito do Trabalho como disciplina jurídica nasce para a vida da indecisão axiológica da heteronímia com fórmulas de desigualdade compensatória para avançar em direção à igualdade real.

Assim, apoia-se sobre a ideia de proteção do homem que trabalha para outro; a proteção do trabalho dependente.

Necessariamente se desprende do Direito Civil porque o ponto de partida deste, que o contrapõe ao Direito do Trabalho, consiste na igualdade dos sujeitos e, nesta condição, na liberdade para negociar e criar as regras às quais se submeterão ⁷.

Na etapa inicial, o âmbito de aplicação se ajustou ao fato social do trabalho subordinado e por conta alheia. O conceito de subordinação, no sentido de dependência ou sujeição plena e direta do trabalhador ao poder de direção do empregador que controla, conduz e se beneficia do trabalho humano, apresentou-se como decisivo e determinante do âmbito de aplicação do Direito do Trabalho.⁸ E, em geral, a doutrina latino-americana adotou a subordinação

e o Programa de Trabalho decente.

5 Barbagelata, Héctor Hugo. Curso sobre evolución del pensamiento juslaboralista. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo , octubre 2009 pág. 125 y sgtes. Plá Rodríguez, Américo . La evolución del Derecho del Trabajo uruguayo en los últimos cuarenta años en rev. Derecho Laboral n. 150 pag. 156

6 Ermida Uriarte, Oscar. Meditación sobre el Derecho del Trabajo. Cuadernillos de la Fundación Electra. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo,2011 pag. 6.

7 Plá Rodríguez, Américo. Curso de Derecho Laboral T. I. Vol 1. Ed. Idea 1991 Pag 72 . Barbagelata, Héctor Hugo. Derecho del Trabajo T. I Vol.I Parte 1 cap.I. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. 2002 pag. 96

8 Rivas, Daniel. La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo. Montevideo 1996 pag. 34. Plá Rodríguez, Américo. “Curso..” op.cit. T. I Vol.1 pag. 19. Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Álvarez , Oscar. “ Crítica de la subordinación “ en rev. Derecho Laboral n. 206 pag. 228 ; Raso Delgue, Juan. La contratación atípica del trabajo. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 2009

como um elemento fundamental para a existência da relação de emprego e, consequentemente, para a aplicação do Direito do Trabalho.⁹

Porém, o trabalho humano foi encontrando novas modalidades em sua prestação. Dessa forma é que o conceito central da subordinação foi ficando estreito para um importante elenco de situações de trabalho nas quais a dependência se apresentava de forma diferente da habitual. Na verdade, as mudanças e desenvolvimentos tecnológicos e de organização da produção, no auge das correntes de pensamento neoliberais, foram alterando as necessidades e modalidades de apresentação do trabalho humano e determinaram não somente que o critério clássico diferenciador da subordinação ficasse obsoleto, mas também a ameaça a todo o Direito do Trabalho. O Direito do Trabalho se viu cercado pelas economias neoliberais que faziam culto à liberdade e à autonomia da vontade que, embora viciada e pautada pelo papel de um contratante com liberdade formal, porém não substancial, promoviam a exclusão da disciplina na regulamentação de múltiplas formas de prestação de trabalho humano. Porém, essas novas formas – estranhas ao âmbito de aplicação clássico do Direito do Trabalho – também exigiam proteção. Foi assim que o afã protetor conduziu ao redimensionamento do conceito de subordinação, especialmente ao dar maior importância aos outros elementos típicos da relação de emprego, ou melhor, dando-lhe um conteúdo dedutivo quanto a tais elementos. Vale dizer, extraindo a ideia da subordinação da presença de, pelo menos, um dos outros elementos. E, assim, consagrando um alargamento ou expansão das fronteiras do Direito do Trabalho.¹⁰

Assim, o conceito clássico de subordinação deu lugar ao conceito neoclássico que, embora não o tenha excluído, pode-se considerar que o tenha redimensionado através da especial consideração da incidência de antigos elementos sintomáticos da presença da relação de emprego, como a *inserção* e *alienação*. Não se trata de abandonar o conceito de subordinação como critério determinante da relação de emprego, mas sim de lhe conferir conteúdo através

pag. 23.

9 Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Álvarez, Oscar. Op. Cit. "Crítica..." pág. 228.

10 Plá Rodríguez, Américo. Sobre las fronteras del Derecho del Trabajo en Estudios en Homenaje a Rafael Caldera. Caracas, 1997 citado por Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Álvarez, Oscar. Crítica de la subordinación en rev. Derecho Laboral n. 206. Montevideo. pag. 226. Ermida Uriarte, Oscar. El futuro del Derecho del Trabajo y las relaciones laborales en Sindicalismo latinoamericano entre la renovación y la resignación. Caracas 1995 pag. 48; La flexibilidad. Montevideo, 2000. Pag. 21; Castello, Alejandro. De la fuerza expansiva a la reducción del círculo de sujetos protegidos por el derecho laboral. Una nueva tendencia a fines del siglo XX en rev. Derecho Laboral n. 190 pag. 295. Fernández Brignoni, Hugo. Reflexiones sobre las formas de contratación del trabajo en los años 90 en rev. Derecho Laboral n. 190 pag. 342; Raciatti, Octavio. El derecho laboral ante los cambios en el mundo del trabajo en rev. Derecho Laboral n. 190 pag. 564 y sgtes.

da especial consideração da inserção da atividade do trabalhador na atividade da empresa, assim como da sua não-participação tanto nos lucros quanto nas despesas da empresa.

A *inserção* no sentido da inclusão do concreto trabalho humano na cadeia organizacional da produção, independentemente do lugar físico de prestação e da mais ou menos imediata e detalhada direção (sujeição a horários, ordens, etc) e avaliação.

Nas primeiras décadas do século XX desenvolveu-se, especialmente na Alemanha, a denominada teoria institucional da empresa, que concebia esta como uma instituição existente na sociedade e que cumpria, dentro dela mesma, objetivos precisos, configurando um universo particular de relações no qual cada um dos sujeitos participantes desempenhava, para o cumprimento de tais objetivos, funções previamente determinadas. Esta concepção sustenta que a inserção na organização empresarial é o fato que não somente outorga ao trabalhador sua própria condição como tal, mas também lhe proporciona a titularidade dos deveres e direitos que dentro desta organização corresponde aos trabalhadores e que, além disso, o torna sujeito da especial tutela proporcionada pelo Direito do Trabalho. Não prescinde do conceito clássico de subordinação e sim o coloca como uma consequência da inserção: o trabalhador ocupa um papel pautado pela sujeição pessoal à vontade do empregador e da empresa. Na sua formulação mais extrema, esta concepção chega a assinalar que a relação de emprego, como vinculação jurídica entre o empresário empregador e seus trabalhadores, se estabelece em função das circunstâncias de fato da incorporação do trabalhador à empresa e não dos acordos celebrados entre trabalhador e empregador no exercício da liberdade negocial.¹¹

Nesse sentido, a constatação de fatos reveladores da inserção do trabalhador na atividade da empresa poderá operar como fator ilustrativo do estado de subordinação, ainda que o trabalho seja prestado à distância ou com certa autonomia por parte do trabalhador ou, ainda, que ele não esteja sujeito ao direto controle do sujeito da relação jurídica que direta ou indiretamente se beneficia dele.

É interessante salientar que a jurisprudência do Brasil se encontra em uma etapa mais consolidada que a do Uruguai, em decorrência da especial determinação da subordinação através da consideração dos elementos inserção e alienação. Talvez isso seja produto do desenvolvimento, pela doutrina, da ideia de *subordinação objetiva ou funcional*, que reconhece certas premissas:

11 Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Álvarez, Oscar. Op. Cit. "Crítica..." pag. 241 y 242.

o trabalho do trabalhador não separa a pessoa de seu prestador, existindo, no entanto, uma relação de imediatismo com o trabalho, porém não com o prestador de serviços; a intervenção do poder jurídico do empregador na conduta do empregado se justifica exclusivamente em razão da manutenção da atividade do empregado a favor da empresa; o limite do exercício do poder de direção se situa na adequação da atividade do empregado à atividade da empresa; o trabalho do empregado é exercido mediante atos autônomos, unicamente orientados pelo empregador; o que se integra à empresa é a atividade do empregado e não o empregado mesmo; a atividade do empregado é imprescindível para a atividade da empresa, resultando um agrupamento delas em virtude das expectativas recíprocas e anteriores das partes; a inserção se dá de atividade para atividade e não de pessoa para pessoa. Consigna-se, além disso, que o elemento constante que define a posição do trabalhador na empresa não é a subordinação e sim a participação integrada, mais ou menos intensa, de sua atividade na atividade desta.¹²

Este conceito de subordinação objetiva ou funcional foi complementado pelo da “subordinação estrutural”, expressada no *leading case* processo nº RO 00059-2007-011-03-00-0, TRT da 3ª Região, cujos requisitos se resumem nos seguintes: o trabalhador deve prestar seu serviço para a organização produtiva alheia; os frutos do seu trabalho não lhe pertencem, e sim pertencem à empresa; o trabalhador não possui uma organização empresarial própria, não é um empresário; e o trabalhador não assume os riscos do lucro ou despesa pelo risco do negócio. Como se adverte, essa nova concepção busca estender a proteção regulatória do Direito do Trabalho também àqueles trabalhadores que estão inseridos no âmbito da repercussão das decisões da empresa, ou seja, pretende integrar os trabalhadores desprotegidos a um sistema de acumulação flexível.

De sua vez, a alienação nos riscos – elemento que caracterizou a relação de emprego de outrora – passou a se superdimensionar e a ter uma importância decisiva na qualificação do vínculo ao amparo do Direito do Trabalho. Deixou de ser um acessório para passar a ser um elemento principal e, além disso, a única justificativa ético-jurídica do trabalho humano administrado, dirigido e para outro. Se a riqueza se produz da conjunção de capital e trabalho, a única justificativa ético-jurídica para que o trabalhador não tenha sua parte nos lucros é que tampouco as tenha nas despesas. E isso se alcança pela assunção total

12 Paulo Emilio Ribeiro. Relação de emprego: estrutura legal e supostos. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 473, tradução de las autoras del presente análisis)

dos riscos por parte do empregador; isto é, a alienação.¹³ Na realidade, este elemento teve especial relevância na doutrina espanhola; autores como Alonso Olea consideram a alienação como um elemento essencial e diferenciador do contrato de trabalho e, por isso, o ponto de referência fundamental que marca a fronteira do Direito do Trabalho com outras disciplinas. Expressa este autor que a dependência não é um dado de caráter autônomo e sim derivado, corolário da alienação.¹⁴

Este novo conceito de subordinação, reelaborado pela doutrina em que se integram alienação e inserção, foi marcando o caminho não somente na determinação da relação de trabalho ao amparo do Direito do Trabalho, mas também na tarefa de distinção entre as formas típicas (plenas de direitos) e as atípicas (com especialidades e modalidades que em geral supõem ou a diminuição ou a alteração de direitos).¹⁵

13 Ermida Uriarte, Oscar. Álvarez Hernández, Oscar. Op.cit. "Crítica..." pág. 240 onde expressam que "Se a riqueza se produz pela conjunção de capital e trabalho, a única justificativa ético-jurídica para que o trabalhador não tenha sua parte nos lucros e que tampouco as tenha nas despesas. E isto se alcança pela assunção total dos riscos do empregador, quer dizer, pela alienação". De qualquer modo, os autores expressam que tampouco a ênfase na alienação é suficiente para englobar aquelas situações nas quais o trabalho humano aparece disfarçado com outras formas jurídicas (situações figuradas), justamente com o objetivo de evitar a aplicação do Direito do Trabalho. Como o trabalho humano com forma de empresa unipessoal, de sócio cooperativista, de co-contratante civil ou comercial. E em consequência, propõem como solução a ampliação das fronteiras dessa área do Direito como forma de abranger os que não se enquadram no conceito clássico.

14 Alonso Olea, Manuel. Trabajo libre y trabajo dependiente en Estudios sobre Derecho Individual de Trabajo en homenaje a Mario Deveali. Ed. Heliasta. Bs. As. 1979 págs. 156 y 157. Citado por Ermida Uriarte, Oscar y Hernández Álvarez, Oscar. Op. cit "Crítica..." pág. 240.

15 Raso, Delgue, Juan. Op.cit "La contratación..." pág. 37. Na sentença n. 308/2012 do Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º Turno (Uruguay), num caso em que o demandante qualifica um vínculo como contrato de trabalho típico e sem prazo pretendendo a condenação em indenização por demissão, e o demandado se defende qualificando-o como atípico sustentando então a exclusão legal do benefício, expressou que: "Sem prejuízo do elenco de regras interpretativas que propõe o ordenamento jurídico, em primeiro lugar corresponde interpretar a convenção à luz das regras do Código Civil sistematizadas e em conexão lógica com os princípios que particularizam a disciplina e por isso constituem a guia na aplicação de todas as normas. Tanto as heterônomas quanto as autônomas. Entre as segundas, o contrato. Isto significa, nem mais nem menos, que a tarefa do hermenêuta estará pautada, sempre e fundamentalmente, pelo princípio constitucional da proteção do trabalho. Isso importa que, salvo no caso de que este princípio se oponha a outro da mesma hierarquia, e este ceda ao primeiro, o produto da interpretação inexoravelmente, deverá guardar um sentido protetor.

Em segundo lugar, o contrato – que no caso é escrito – deve ser interpretado em seus elementos textuais e extra-textuais, como edita o art. 1291 do Código Civil, e estes últimos poderão ser extraídos, entre outros meios, dos atos dos contratantes posteriores à convenção como indica o art. 1301 do mesmo corpo normativo sem distrair os efeitos do típico estado de subordinação no qual se encontra o trabalhador. (Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo T. XVIII pág 242; Rodríguez Russo, Jorge. La interpretación de contrato. Pág.206)

Em terceiro lugar, não se pode ignorar que o contrato de trabalho é um contrato de adesão: o empregador é quem o produz e o trabalhador é quem adere. A desigualdade negocial superdimensiona a importância da regra hermenêutica prevista no art. 1304 inc. 2º do C. Civil; isto é, a interpretação contra quem o estendeu se a ambiguidade provém de sua falta de explicação. Este princípio interpretativo estabelece uma distribuição equitativa do risco contratual, o que significa que a parte aderente, ao não participar da elaboração do contrato, não tem por que compartilhar os

A rigor, o novo conceito doutrinário de subordinação é o acolhido pela Recomendação nº 198 da OIT sobre determinação da Relação de Trabalho onde, ao se referir aos índices específicos, indica: “o fato de que o trabalho: se realiza segundo as instruções e sob o controle de outra pessoa; que o mesmo implica a integração do trabalhador à organização da empresa; que é efetuado única ou principalmente em benefício de outra pessoa; que deve ser executado pessoalmente pelo trabalhador, dentro de um horário determinado, ou no lugar indicado ou aceito por quem solicita o trabalho; que o trabalho seja de certa duração e tenha certa continuidade, ou exija disponibilidade do trabalhador, que implica o fornecimento de materiais, ferramentas e maquinário por parte da pessoa que exige o trabalho.”

O que acabou de ser referido acima destaca tanto a transcendência do tema em si mesmo – a qualificação do vínculo jurídico como objeto e sob as fronteiras de aplicação do Direito do Trabalho –, quanto o trabalho da jurisprudência quando se propõe a resolvê-lo – a decisão judicial que, ou bem dará passagem à proteção especial do trabalho humano aplicando regras de direito objetivo que tratarão de forma desigual aos sujeitos envolvidos, ou bem lhe impedirá sua passagem, abrindo-o em compensação a outras que os tratarão como iguais. Passada a etapa declaratória da decisão, uma e outra das qualificações trarão consigo a apreciação da pretensão sob a lupa e, respectivamente, ou a bem do princípio de proteção do trabalho humano, ou a bem do princípio de liberdade em sua expressão contratual de autonomia da vontade.

III Marco normativo definidor do conceito de subordinação Uruguai-Brasil

A jurisprudência atua principalmente determinada pelo direito objetivo. Por isso que, no campo do estudo comparado, pode-se sistematizar de forma paralela a previsão normativa de solução do conflito apresentado em torno da natureza do vínculo jurídico. Em tal sentido, existem sistemas nos quais se prioriza a presunção legal de vinculação empregatícia ou a clara definição dos conceitos de subordinação ou dependência, como sugere a Recomendação nº 198 de OIT (arts. 9 *lit. b* e 12) aos Estados membros; outros que por via legislativa trazem pautas objetivas da indagação e da análise como o brasileiro

risks da defeituosa declaração contratual. Se não se pode averiguar o sentido de uma cláusula por outros meios, se presumirá que o correto é o que favoreça a parte que não o redigiu para evitar que quem o fez e pode ser atuado com maior diligência possa se aproveitar indevidamente de sua própria negligência. (Rodríguez Russo, Jorge. Op.cit. pag. 240-241)”

e, finalmente, outros como o uruguaio em que, independentemente do princípio constitucional de proteção do trabalho humano, no ordenamento inferior – legislativo e regulamentar heterônomo e autônomo – criador de direitos para quem se encontra em uma relação de trabalho dependente, não se destacam nem presunções nem pautas, e sim o silêncio do legislador.

1 No Brasil

O conceito de subordinação pode entender-se definido pelos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

O artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe: *“Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”*.

E o art. 2º do mesmo corpo normativo define o conceito de empregador indicando que *“considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”*.

2 No Uruguai

O Uruguai, em compensação, acompanhando a tendência geral latino-americana¹⁶, não conta com uma definição legislativa da subordinação nem com uma definição geral dos aspectos principais característicos da relação de emprego (trabalhador, empregador, salário, etc). O ordenamento jurídico apresenta, no entanto, disposições que, indiretamente, incidem na delimitação do conceito e que podem ser englobadas em três grupos: as que qualificam todos ou alguns dos aspectos característicos, limitando seu alcance a algum instituto em particular¹⁷; há, também, as que regulamentam a responsabilidade trabalhista¹⁸ e as disposições gerais, situadas na sede de interpretação dos contratos no Código Civil.¹⁹

16 Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Álvarez, Oscar. Op. Cit. “Crítica...” pag. 228.

17 Por ex, o conceito de salário é diferente nas leis de acidentes de trabalho – 16.074 – do que regulamenta a gratificação – lei 12.840-.

18 Por ex, as leis da terceirização – 18.099 e 18.251 – que regulamentam a responsabilidade dos sujeitos intervinientes indiretamente ampliam o conceito de dependência.

19 Por ex, os arts. 1301 e 1304 que indicam, o primeiro que dos fatos posteriores dos contraentes são os que permitem explicar a intenção das partes no momento de celebrar o contrato e, o segundo,

De toda sorte, tal regulamentação do ordenamento inferior está iluminada e sustentada pela norma-princípio constitucional garantidora da proteção do trabalho humano (art. 53), que dá conta do fato social da desigualdade entre os sujeitos que se vinculam em torno do trabalho humano; porém, esta convive com o princípio, de igual fonte e hierarquia, de liberdade dos sujeitos (art. 10), que parte da ideia de igualdade dos mesmos e, portanto, se contrapõe à primeira.

A isso se agrega que a inclusão, como fonte de integração das imprevisões constitucionais, das doutrinas geralmente admitidas que prevê o art. 332 da Carta²⁰, resulta na incorporação da Recomendação n. 198 de OIT como expressão da opinião da consciência jurídica universal derivada tanto das maiorias necessárias para sua aprovação no âmbito da Conferência Internacional do Trabalho, quanto do caráter tripartido da integração desta.²¹

No Uruguai, o silêncio legislativo tanto acerca da determinação do conceito de subordinação quanto a respeito dos outros elementos típicos da relação de emprego desafia o julgador, quando resolve uma controvérsia em torno da qualificação do vínculo jurídico – relação de emprego *versus* outra de natureza diversa –, a encarar um choque de princípios constitucionais: por um lado, o da proteção do trabalho humano (art. 53 e sgtes. da Carta) e, por outro, o da autonomia da vontade (art. 10 da Carta).

Assim, a existência de um estatuto constitucional especialmente protetor do trabalho humano, completado pela edificação de uma complexa rede de disposições do ordenamento inferior que se impõem aos sujeitos sobre os alicerces do princípio da irrenunciabilidade, enfrentando o princípio de liberdade em sua expressão da liberdade contratual, determina recorrer à técnica da ponderação. No caso, a ponderação se concretizará quando o julgador deixar de lado o estatuto protetor somente se identificar uma causa razoável que explique as razões pelas quais um ser humano, titular de uma garantia de proteção, resolve abrir mão dela. Isto é, a identificação das vantagens que demonstrem o

que as cláusulas ambíguas devem ser interpretadas contra quem as redigiu e que, sendo o contrato de trabalho de adesão, significará interpretá-las contra o empregador.

20 O art. 332 da Constituição expressa que “Os preceitos da presente constituição que reconhecem direitos aos indivíduos, assim como os que atribuem faculdades e impõem deveres às autoridades públicas, não deixarão de ser aplicados por falta de regulamentação respectiva, e que esta será suprida recorrendo aos fundamentos de leis análogas, aos princípios gerais do direito e às doutrinas geralmente admitidas”.

21 Beaudonnet, Xavier. La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales en rev. Derecho del trabajo. Ediciones La ley Bs. As., julio 2006 y en Normas internacionales del trabajo para magistrados, juristas y docentes en derecho. Dossier de Formación. 11-15 de abril de 2011. Montevideo, Uruguay. Pág. 102. Expressa que não existem diferenças entre o valor jurídico de um convênio da OIT não ratificado e uma recomendação, e diz respeito a certos tribunais trabalhistas que referem a eles como expressivos de regras de equidade.

triunfo da liberdade sobre a proteção garantida de antemão, de fora do próprio vínculo jurídico e sem que seja necessária qualquer negociação.

A ponderação entre os dois princípios constitucionais, que atua orientada por uma fundamentação razoável, vem sendo invocada isoladamente por algumas decisões judiciais, razão pela qual não se pode ainda considerar que configura uma tendência jurisprudencial.

Nesse sentido, a decisão *n. 251/2010 do Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1º Turno* resolveu uma controvérsia em que o reclamante afirmou que se ocupava de vender discos e revistas editados pelo demandado enquanto filmava eventos e festas. E demandou indenizações trabalhistas, invocando sua condição de trabalhador dependente. O demandado, em compensação, ainda que tenha aceitado os fatos, qualificou o vínculo como uma relação comercial, já que o autor obtinha lucros da diferença pela revenda, isto é, entre o preço de compra e da venda ao público. A decisão asseverou que:

[...] o primeiro ponto que o tribunal deve considerar ou questionar é relativo à liberdade que têm os sujeitos para contratar ou comprometer trabalho humano; no entanto, o Direito do Trabalho e o bloco de constitucionalidade dos direitos humanos contêm uma série de normas de evidente corte protetor para quem presta ou compromete sua força de trabalho. Daí o caráter de ordem pública das normas trabalhistas, posto que em virtude de tal caráter ninguém poderia se ver marginalizado da proteção prevista, seja por obra do legislador, por renúncia ou por acordo com quem se serve da força de trabalho.

Sustenta, além disso, que o problema a resolver poderia se situar em:

[...] se é possível deixar livre, conforme a vontade dos sujeitos, a forma contratual e como consequência direta, o deslocamento da proteção constitucional. Isto é, situar a questão na etapa da criação do vínculo jurídico. Podem os sujeitos, de maneira válida, pactuar trabalho humano sob certa forma jurídica que desloque a regulamentação do Direito do Trabalho quando este contém um estatuto protetor do sujeito que serve esse trabalho?

Assevera que é indubitável que em tais controvérsias

[...] entram em jogo ou em tensão, por um lado, o estatuto protetor do trabalho dependente e, por outro, o princípio de autonomia da vontade, que perfeitamente habilitaria sujeitos a contratarem, sob

outra forma jurídica que não importasse ou implicasse relação de dependência e provocasse, nos fatos, o deslocamento da proteção estatutária.

Sustenta o Tribunal que em tais casos *o trabalho do juiz é muito exigente e se encontra ao máximo comprometido, porquanto deverá mais do que nunca alcançar uma decisão fundamentada, enquanto a solução que se adota e a inevitável tensão entre os princípios em jogo, deve se justificar solidamente porque sua decisão determina o regime normativo aplicável. O triunfo de um ou outro princípio estará pautado “pelo critério da justificativa racional para o caso concreto”.*

Isto significa que [...] um princípio poderá deslocar a outro somente quando se possa detectar uma explicação racional que o justifique”, ou, por igual, que a decisão dos sujeitos de se colocar fora da proteção constitucional para o trabalho dependente (artigos 53, 54 e ss da Constituição) é legítima, quando se detectam claras razões ou vantagens compensatórias a favor do sujeito cuja proteção especial se verá marginalizada.

Para isso deverá ser apreciada não somente a vontade ou a intenção das partes no momento de celebrar o contrato (artigo 1298 do Código Civil), mas também os fatos posteriores à celebração do acordo ou contrato (artigo 1301 do C. C).

Em definitivo, no caso a vontade das partes deverá ser levada em conta, porém o conteúdo do vínculo obrigatório travado entre eles não somente surgirá do pactuado, mas também e fundamentalmente da forma com que se desenvolveu no tempo o citado vínculo, isto é, deverão ser apreciados os fatos posteriores dos contraentes (artigo 1301 do Código Civil). Isto significa que não logrará êxito ao examinar o que quiseram as partes ao se vincularem, mas sim que será fundamental apreciar o que fizeram...

Na mesma linha argumentativa, a decisão *n. 89 del 1. 12. 2011 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Rivera de 4to Turno*. No caso, a peticionária sustentou em sua demanda que trabalhou para a demandada como licenciada em enfermagem e como técnica podóloga, tarefas que cumpriu em regime de subordinação e em horários e demais condições que a instituição de assistência médica demandada lhe havia determinado. Afirmou que ingressou como licenciada em enfermagem em 1/2/1996 e saiu por demissão em 28/5/2009; no entanto, em relação ao seu trabalho de técnica podóloga, afirmou que ingressou em 21/4/2006 e saiu por demissão em 14/7/2009. De sua parte, a demandada Cooperativa Médica de Rivera, ainda que tenha admitido a existência de

vínculo empregatício com a autora em relação ao trabalho prestado por esta como licenciada em enfermagem, negou totalmente que a tarefa de podóloga tenha sido prestada pela demandante em regime de subordinação, indicando que, neste caso, havia ocorrido um arrendamento de serviços, e em conclusão definitiva, que a autora por esta tarefa não estava subordinada juridicamente, e sim que o trabalho era cumprido sob modalidade do exercício liberal de sua profissão.

Registra dita decisão judicial que

[...] resta provado nos autos que a autora foi contratada pela cooperativa para laborar como podóloga, a partir de uma proposta apresentada à direção técnica da instituição, assim que obtido o título de podóloga; fato admitido pela demandante em depoimento (fl. 612). Da referida proposta, apresentada pela cooperativa demandada e que se encontra nas fls. 136 e 146, emerge a iniciativa da demandante de oferecer seu trabalho como podóloga, em que se enquadrou tendo um papel importante no cuidado do pés de diabéticos [...]

Indica também que

[...] Como exsurge da prova testemunhal produzida nos autos, a autora cumpria seu trabalho de podóloga tanto em seu consultório particular, atendendo pacientes sócios da instituição demandada e também pacientes particulares, assim como atendia os usuários da cooperativa nas policlínicas que a instituição demandada tinha, e tem, nas localidades do interior do departamento, tais como Vichadero, Tranqueras, e Minas de Corrales.

Revela que,

[...] contrariamente ao sustentado pela parte acionada, nos autos não há provas que demonstrem que o valor ou remuneração prevista por tal trabalho à reclamante tenha sido fixado unilateralmente por esta, como se alega na contestação da demanda.

Tal decisão revela dois elementos decisivos: um, a modalidade de pagamento dos serviços de podóloga – era remunerada por um sistema de *tickets* ou ordens de serviço que eram satisfeitas de forma mensal pela cooperativa à demandante e que figuravam, em seu recibo de pagamento como enfermeira, sob o título “deslocamentos e outros”. Outro, a ausência de explicação racional que

justifique que a autora tenha optado por uma modalidade de contratação menos protetora, além de não se apurar as claras razões ou vantagens que a tivessem induzido a contratar sob a modalidade de arrendamento de serviços, quando, dos autos, emerge que a reclamante não poderia associar-se, por exemplo, à Caixa Profissional por não estar incluída a nomenclatura técnica de podólogo dentro das profissões incluídas na referida instituição paraestatal (informação de fl. 580); pelo que nem sequer se pode argumentar que poderia eventualmente se beneficiar com outra aposentadoria sob outro sistema de contribuições.

Cabe indicar, finalmente, que a ausência de previsão normativa geral acerca de requisitos para reconhecer ou descartar a configuração de um vínculo como relação de emprego foi determinante na elaboração jurisprudencial não sistemática, mas que funciona por dedução, diante de um elenco de fatos considerados indicadores da dependência trabalhista²²

3 No Direito Internacional do Trabalho

Nesta resenha do marco normativo de cada sistema jurídico não pode faltar a consideração de uma regra de direito objetivo que desenha uma linha transversal em ambos: a já mencionada Recomendação nº 198 de OIT.

A proteção dos trabalhadores constitui a essência do mandato da Organização Internacional do Trabalho e, considerando as habituais dificuldades relativas à determinação da existência de uma relação de emprego quando não resultam claros direitos e obrigações respectivos das partes interessadas, quando se tenta encobrir dita relação de emprego, ou quando há carências ou limitações na legislação em sua interpretação ou na sua aplicação, quando os acordos contratuais podem ter como consequência privar os trabalhadores da proteção a que têm direito.

A OIT recomenda aos Estados membros que a legislação determine a natureza e o alcance da proteção, o âmbito de aplicação e a responsabilidade que envolve e os alerta a buscar mecanismos de diferenciação entre a relação de emprego encoberta e as verdadeiras relações civis e comerciais.

Dedica consideração especial aos fatos relativos à execução do trabalho e à remuneração do trabalhador, independentemente da qualificação contratual ou em acordo – de qualquer natureza – em contrário.

²² Rivas, Daniel. Los indicios del trabajo subordinado en la jurisprudencia laboral en rev. Judicatura n. 36 pág. 73.

Relaciona uma série de indícios sugerindo aos Estados membros sua definição e consideração para a determinação da relação de emprego:

- + que o trabalho se realize segundo as instruções e sob o controle de outra pessoa;
- + que implique a integração do trabalhador na organização da empresa;
- + que seja efetuado única ou principalmente em benefício de outra pessoa;
- + que seja executado pessoalmente pelo trabalhador, dentro de um horário determinado, ou no lugar indicado ou aceito por quem solicita o trabalho;
- + que o trabalho seja de certa duração e continuidade;
- + que exija a disponibilidade do trabalhador;
- + que implique o fornecimento de ferramentas, materiais e maquinário por parte da pessoa que exige o trabalho;
- + que se pague uma remuneração periódica ao trabalhador;
- + que tal remuneração constitua a única ou principal fonte de renda do trabalhador;
- + que inclua pagamentos em espécie tais como alimentação, habitação, transporte ou outros;
- + que se reconheçam direitos como descanso semanal e férias anuais;
- + que a parte que solicita o trabalho pague as viagens que terá de realizar o trabalhador para executar o trabalho;
- + que não existam riscos financeiros para o trabalhador.

A **Recomendação** da OIT como fonte normativa, embora não exija ratificação e, como o próprio termo indica, não exerça força vinculante para os Estados membros – como são Uruguai e Brasil –, é expoente da opinião jurídica da maior parte deles, uma vez que, do mesmo modo que o convênio internacional de trabalho, nasce no âmago da Conferência Geral²³ e suscita a obrigação de submissão à autoridade competente para que lhe dê formato de lei

23 O art. 19 da Constituição da OIT indica que para a adoção de um convênio ou uma recomendação será necessária uma maioria de dois terços dos votos emitidos pelos delegados presentes.

ou adote outras medidas.²⁴

Nos últimos vinte anos houve uma importante evolução a respeito da utilização pelos tribunais nacionais de direito internacional dos direitos humanos em geral e do direito internacional do trabalho em particular, contribuindo tanto ao reconhecimento dos direitos quanto à proteção judicial efetiva.²⁵

Como se poderá apreciar, a abordagem da jurisprudência que segue dá conta que Uruguai e Brasil se inscrevem nesta tendência no âmbito do julgamento de controvérsias em torno da qualificação do vínculo jurídico quando está envolvido o trabalho humano. Concretamente, através do guia interpretativo que traz a Recomendação nº 198 da OIT²⁶, que redimensiona o conceito de subordinação, nutrindo-o muito especialmente da alienação da prestação do trabalhador e da inserção daquela – ainda que não necessariamente da pessoa do trabalhador – na atividade da empresa.

IV Indicadores da dependência na jurisprudência Uruguai - Brasil

1 Natureza dos indicadores

Certos fatos, considerados em conjunto e encadeados por um raciocínio lógico, são qualificados pela jurisprudência como indicadores da natureza de um vínculo criado em torno da prestação do trabalho humano.

Isto implica a necessidade de que tais fatos constituam fatos do processo. Neste sentido, ou os fatos são invocados pelas partes e não controvertidos (isto é, não questionada a sua ocorrência) ou são, porém, ilustrados pela prova. Nesse último caso, a determinação dos fatos do processo passará pela avaliação da eficácia dos meios probatórios produzidos.

Cabe salientar que o elenco de fatos indicadores se deduz de sua consideração mais ou menos constante pelas decisões judiciais que julgam controvérsias em torno do ponto em análise.

2 Tendências da jurisprudência

24 Art. 19, parágrafo 6º, alínea “b” da Constituição da OIT.

25 Beaudonnet, Xavier. La utilización del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales: noticia de una evolución en marcha. rev. Derecho Laboral n. 238 pág. 245.

26 Sobre outros instrumentos internacionais utilizados pela jurisprudência uruguia , Rivas Goycochea, Ana Aplicación de los Convenios Internacionales de Trabajo en la jurisprudencia uruguaya en rev. Derecho Laboral n. 244 pág. 693.

2.1 Retribuição

A existência de uma retribuição como contraprestação por colocar a força de trabalho em favor de outro que o recebe e se beneficia dele.

Por sua vez, esta pode ser fixa ou variável.

A sentença proferida no processo 0001435-2011 5.04.0005, da 5ª Vara do Trabalho de Porto Alegre/RS (Justiça do Trabalho da 4ª Região/Poder Judiciário da União), destaca o elemento retribuição fixa como decisivo na qualificação do vínculo.

Por sua vez, as comissões pelas vendas são levadas em conta como elemento definidor e importante da relação de trabalho dependente na decisão judicial proferida no processo 0022700-77.2009 5.04.0402 RO.

De todo modo, a inexistência de remuneração não descarta a qualificação como relação de emprego, como assinala a decisão judicial proferida no processo nº 530/2011 do *Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1º Turno*:

[...] o fato de não reclamar o salário resulta inócuo aos olhos do Direito do Trabalho, que não admite a (ir)renunciabilidade, nem expressa nem tácita, aos benefícios mínimos que o estatuto trabalhista garante a quem trabalha de forma dependente. Assim, deve-se proceder com bastante cuidado quando se aprecia o elemento onerosidade, já que a ausência de pagamento pode constituir, antes de um sinal de ausência de relação de emprego, um indicativo de uma situação de falta de cumprimento patronal na presença de uma relação de emprego.

Na mesma linha de fundamentação, a decisão no processo nº 645/2012, proferida pela *Suprema Corte de Justicia de Uruguay*, qualifica o vínculo como relação de trabalho dependente, apesar de reconhecer que, no caso, não se provou a subordinação nem a onerosidade, nem que o clube esportivo demandado desse ordens diretas à trabalhadora reclamante, fundamentando-se na prova de que havia prestado um serviço pessoal por conta alheia, que consistia em lavar o uniforme dos jogadores de futebol do clube. Assevera a decisão que a roupa limpa era entregue ao plantel pelo falecido esposo da reclamante – trabalhador dependente da demandada segundo esta mesma admitiu –, que se enquadrava na categoria de zelador de quadra de esportes, condição que não incluía a tarefa de lavagem. Disto conclui a *Suprema Corte de Justicia* que não se poderia considerar que a reclamante lavava a roupa para colaborar com seu esposo, e sim em direto benefício do clube esportivo demandado. A prova

principal deste caso surgiu quando demonstrado que quem assumiu as tarefas do falecido zelador não se ocupou de lavar as roupas e, sim, o clube teve que fazê-lo através de outra pessoa.

2.2 A não-participação nos riscos

Complementa o indicador anterior que o prestador de serviços não participe nem nos lucros nem nas despesas da gestão de quem recebe ou se beneficia com o trabalho humano.

Isso pode ver-se refletido, por exemplo, na utilização dos insumos e materiais necessários para o desenvolvimento do trabalho proporcionados pelo receptor do serviço: escrivadinhas, telefones, papelaria, uniforme, o veículo da empresa, os sistemas de gestão, registros informatizados, o acesso à base de dados com os clientes da empresa. Tal é o caso do processo 0022700-77.2009.5.04.0402 RO, em que se expressa que

[...] havia necessidade de que todos os corretores, na sede do Banco, vendessem cartões deste banco. Para a atividade, utilizavam-se a estrutura do Banco, os materiais de trabalho, o sistema informatizado dos registros dos clientes, empregando-se a mão de obra desses representantes para conseguir os objetivos empresariais.

Da mesma forma no processo 0001435-75.2011.5.04.0005, em que se analisam, entre outras circunstâncias, o uso do uniforme e o fato de que o trabalhador não participava dos lucros e despesas da empresa.

2.3 Trabalho realizado através de vínculos com terceiros estabelecidos pelo sujeito que é beneficiário do trabalho humano

No processo 0022700-77.2009.5.04.0402 – RO, o reclamante realiza tarefas como corretor de seguros, atendendo clientes do Grupo econômico reclamado.

2.4 Sujeição a horário

A sujeição a um horário determinado constitui um índice a considerar. No

entanto, a não-sujeição ou flexibilidade não descarta a dependência, pois o fato de não se submeter a um controle estrito ou rígido de horário não revela por si a falta de subordinação, tampouco o faz a circunstância isolada de que não fosse punido pelas faltas cometidas, como sustenta o acórdão proferido no processo 001435-75.2011.5.4.0005 do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

2.5 Formalização do vínculo

O objetivo inicial das duas partes ou a forma com que se iniciou o vínculo não são elementos decisivos na qualificação daquele. Em tal sentido, a decisão proferida no processo nº 380/2010 do *Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1º Turno* refere que “a vontade no começo do vínculo, assim como a intenção gratuita da atividade resultam inócuas à decisão do debate,... Porque não importa se se aproximaram ou se lhe propuseram a tarefa, não importa como se forma o vínculo, e sim como se executa.”

2.6 A prestação pessoal da tarefa

O acórdão proferido no processo 0022700-77.2009.5.04.0402 – RO indica que a exigência de se apresentar pessoalmente na sede da empresa, de forma regular, por exemplo, para vender produtos, pode-se avaliar como um indicador do trabalho dependente.

2.7 Prolongamento do vínculo durante anos

O traço da continuidade, da estabilidade, em sua contraposição à transitoriedade, à acidentalidade ou à provisoriedade, constitui elementos que coadjuvam na determinação da subordinação. Bem assim, no caso do trabalhador eventual ou informal. Na decisão proferida no processo nº 9 do 5.3.2012 pelo *Juzgado Letrado de Instancia Única del Trabajo de 5º Turno*, estabelece-se que as tarefas transitórias de curta duração que decorrem de um aumento excepcional de tarefas determinam a ocasionalidade ou transitoriedade do vínculo, é provisório ou imprevisto, contingente, esporádico ou eventual, tudo o que determina a inexistência de vínculo.

Por sua parte, a já citada decisão proferida no processo 645/2012 da *Suprema Corte de Justicia de Uruguay* estabelece “que mesmo na ausência de prova de que eram dadas ordens à autora, a demandada obteve durante muitos anos o benefício da tarefa desenvolvida pela demandante.”

2.8 Inserção do trabalho prestado na organização da empresa que o recebe se beneficia com ele

Aspectos como constituir um elo ou ainda parte de uma cadeia do processo produtivo encaminhado a obter os objetivos da empresa que se beneficia indiretamente com o trabalho humano; ou que a tarefa prestada pelo prestador do serviço seja da mesma índole que aquela que realiza a empresa; ou que quem trabalha dependa da execução do serviço de superiores que, por sua vez, são dependentes da empresa que se beneficia indiretamente com o trabalho humano, integram o conceito mais amplo de inserção como indicativo da relação de trabalho amparada pelo Direito do Trabalho.

Para a jurisprudência do Brasil, em tendência consolidada como expressão da teoria da subordinação objetiva ou em seu posterior desenvolvimento, estrutural; para o Uruguai, pela aplicação da regra do Direito Internacional do Trabalho que representa a Recomendação de OIT nº 198, no sentido de priorizar a inserção do trabalhador no processo produtivo sobre os clássicos indicativos de subordinação como dar ordens, exercer o poder de direção ou o poder sancionador.

No Uruguai, para exemplificar, resultam as decisões judiciais proferidas nos processos *nros. 530/2011 e /2012 do Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1º Turno*. A primeira indica que “*os autores trabalharam cumprindo serviços na obra, de forma onerosa, em benefício da demandada, satisfazendo uma exigência contratual... consistente na custódia da obra*”. A segunda faz o mesmo, destacando que o reclamante prestou serviços como encarregado de diferentes obras de construção, realizadas pela empresa demandada, cuja atividade principal, coincidentemente, era a construção. Acrescentou a tal circunstância a ausência de explicação razoável para que o autor aceitasse se comprometer através de uma relação autônoma de serviços como alegou a demandada.

Nessa mesma linha, a sentença prolatada no processo nº 43 do *Juzgado Letrado de Instancia Única del Trabajo de 5º Turno* expressa que a faxineira realiza um trabalho que *integra, obviamente, a atividade normal da empresa do demandado, e é necessária àquela*.

No Brasil, a decisão proferida no processo 001435.75.2011.5.4.0005 expressa que

[...] enquanto trabalha, o homem (por sua condição de ser humano)

está submetido a uma estrutura de organização empresarial destinada a um objetivo, sendo, o trabalho que ele executa, parte conjunta com os outros elementos da empresa. A diferença está em que este trabalho é parte de sua condição humana. Dela ele não se separa. Por isso, a inserção do trabalho humano no rol dos elementos concatenados para uma finalidade empresarial gera subordinação objetiva. Uma subordinação que não é pessoal – porque juridicamente é afeita ao trabalho humano, porém não às demais condições que identificam o ser humano.

E mais adiante conclui que

A concepção moderna de subordinação permite que as formas de precarização e pulverização de manifestações aparentes desta relação jurídica sejam facilmente esmagadas pelo efeito da aplicação das regras pertencentes à espécie adequada de relação de trabalho com a qual se lida. Em outras palavras, compreender a subordinação objetiva como inserção da atividade no empreendimento, na finalidade empresarial, implica identificá-la inclusive nos casos em que o capital se pulveriza (terceirizando ou quarteirizando a relação, dividindo-se entre várias empresas dentro do grupo, etc).

Este critério também foi decisivo no acórdão proferido no processo 0022700-77.2009.5.04.0402 RO, da 7ª Turma, no qual declarada a existência da relação de emprego entre um trabalhador que desempenha atividade como corretor de seguros e um grupo econômico que se dedica à venda deste produto e que o teria qualificado como vendedor autônomo. Igualmente, em uma controvérsia exposta por uma trabalhadora que se ocupava de vender os serviços financeiros de um banco e declarou que, apesar de sua forma de contratação, exercia a atividade tipicamente bancária. A decisão insiste na presença dos requisitos exigidos para a caracterização de dependência estrutural que exsurge da análise dos fatos provados, que ilustram a prestação de serviços em benefício exclusivo do banco.

V Aspectos probatórios

A análise comparativa revela que a jurisprudência de ambos os países, no momento de fundamentar as decisões, destaca os critérios empregados na valoração dos fatos. Com efeito. Enquanto, como destacado anteriormente, os

indicadores da subordinação resultam dos fatos do processo, as decisões têm sua base nestes, como um dos primeiros pontos a justificar as razões pelas quais adotam um elenco deles para estruturar o litígio. Isto é, as razões por que entendem que tais ou quais fatos constituem o cerne do fundamento da decisão. Em tal sentido, abordam os critérios de valoração da prova produzida com respaldo nos fatos trazidos pelas partes.²⁷

1 Valorização em conjunto de todos os fatores; um apenas, em sentido contrário, não é suficiente para desqualificar a natureza trabalhista do vínculo

O acórdão prolatado no processo nº 645/2012 da *Suprema Corte de Justicia de Uruguay* é expoente deste critério, enquanto indica que

[...] ainda que o vínculo de subordinação seja um elemento relevante no momento da enunciação jurisprudencial dos elementos típicos do contrato de trabalho, característico da relação de emprego, existem outros critérios complementares ou substitutivos, idôneos para manifestar a subordinação,...tais como a continuidade, entendida como a permanência ou estabilidade da relação, a qualificação profissional, entendida como o emprego ou ofício que cada trabalhador tem e exerce publicamente em troca de seu salário, a alienação dos frutos do trabalho que correspondem ao empregador, a alienação do trabalhador com relação à propriedade dos meios de produção e organização empresarial.

E diz, além disso, que

[...] não se tenha conseguido provar o elemento subordinação, o mesmo não resulta excluído no momento de avaliar a relação trabalhista, quando o restante do conjunto probatório revela que a reclamante prestava um serviço pessoal por conta alheia que nunca foi remunerado.

No acórdão proferido pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (6ª Turma) no processo nº 52.8100-67.2006.5.02.0081 encontra-se a mesma ideia enquanto se sustenta que

27 Não se pode deixar de dizer que no Uruguai se encontra vigente um novo sistema trabalhista processual desde o mês de outubro de 2009 que deslocou o Direito Processual comum, salvo quando exista lacuna, quando não existam normas trabalhistas favoráveis, e habilitando-se permeá-lo quando, além disso, suas relações sejam compatíveis com os princípios do Direito do Trabalho. A recente vigência do novo sistema, assim como a imprevisão geral, expressa sobre as regras probatórias, determina que a jurisprudência recente ainda não havia sido ditada em conformidade com este e sim como regime anterior.

...as circunstâncias relatadas pela reclamante no sentido de que não estava submetida a um controle rígido de horário não revelam a inexistência dos demais elementos da relação de emprego: recebia salário fixo, sua atividade estava diretamente relacionada com a finalidade da empresa. Estes fatores sinalizam a inserção da operária no núcleo da dinâmica empresarial, com sujeição ao direcionamento exercido pelas reclamadas sobre o empreendimento e, por consequência, sobre a forma de desenvolvimento da prestação de trabalho.

2 Princípio da primazia da realidade

O princípio da primazia da realidade sobre os aspectos formais, que ultrapassa as fronteiras do Direito do Trabalho, confere fundamento a julgados que qualificam o vínculo como relação de trabalho dependente. Este elemento indicador da relação de trabalho dependente é eloquentemente destacado no voto divergente constante do acórdão proferido no processo nº 248/2012 do *Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to Turno*.²⁸ O caso refere-se a um motorista de um departamento do Estado – Administração Nacional de Educação Pública (ANEP) – que, embora admita ter fechado um contrato de arrendamento de serviços através da firma individual de sua titularidade – se autoqualificou como trabalhador dependente. A demandada defendeu a forma de arrendamento de serviços contratados com uma empresa individual. Expressa o voto divergente que

[...] Provavelmente, haja poucos casos tão claros como o presente, onde se configuram todas as notas de trabalho subordinado, encobertos sob um contrato com uma firma individual.

A chave para a elucidação do caso está em examinar as afirmações sobre como se manifestou, na realidade, a relação, e não a forma em que as partes a formalizaram...” “no caso a empresa do autor unicamente tinha o nome de empresa, pois é claro que o trabalhador estava sujeito ao poder de direção da ANEP, tinha que prestar o serviço como e quando a ANEP lhe indicava. Essa premissa foi avalizada pela prova dos seguintes aspectos que dão conta da subordinação existente:

- 1) Devia cumprir um horário” “...2) O caráter ‘intuitu

28 Ministra divergente Dra. Selva Klett.

personae' do vínculo. Como se afirmou na demanda – e não se controverteu – não se admitia a prestação de serviço por um substituto. 3) A 'empresa' do autor não tinha dependentes. 4) A 'empresa' do autor unicamente tinha força de trabalho, pois os veículos que utilizavam eram da ANEP, eram abastecidos com vales da ANEP, etc. (todos estes fatos não foram controvertidos).

Acrescenta que

[...] cúmulo de indícios que surgem do processo fica claro que o autor era um trabalhador subordinado desde o primeiro dia que se vinculou com a ANEP, nada obstante o vínculo tenha-se formalizado por meio da “empresa unipessoal”. Evidentemente, por essas razões, o BPS (Banco de Previdência Social) observou os contratos apresentados para seu registro, uma ou outra vez.

Diz, além disso, que,

Há que se perguntar o que mudou na realidade desde que o autor foi contratado mediante contrato de função pública e deixou de prestar o serviço na qualidade de “empresário unipessoal”. E a resposta é que não mudou nada. O autor seguiu conduzindo os mesmos veículos da ANEP, abastecendo-os com os vales da ANEP e fazendo exatamente as mesmas tarefas. O único aspecto que mudou é a forma jurídica que se escolheu. Porém, como se disse, a forma jurídica em matéria trabalhista é irrelevante se não se afina com a realidade.

O abuso na contratação de verdadeiros empregados com a roupagem jurídica de firmas individuais tem sido revelado pela jurisprudência trabalhista e pela jurisprudência da Corte. Estes órgãos jurisdicionais têm sustentado que, quando há uma clara relação de dependência, deve prevalecer o estatuto do trabalhador subordinado e resultam aplicáveis as normas do Direito trabalhista privado, apesar de que o empregador seja uma entidade estatal [...]

No mesmo sentido, a decisão do Brasil proferida no processo 0001435-75.5.04.0005 analisa os fatos à luz dos princípios, desmascarando uma relação de emprego encoberta sob a forma de uma suposta cooperativa que o reclamante integrava segundo a versão dos fatos da parte demandada. De fato. Para fundamentar, cita a Recomendação de OIT nº 193, que alerta “sobre

o cuidado de não se criar ou utilizar cooperativas para evadir a legislação do trabalho, sobre o estabelecimento de relações de emprego encobertas e sobre a luta contra as psuedo-cooperativas, que violam os direitos dos trabalhadores, velando para que a legislação do trabalho se aplique em todas as empresas". E acrescenta que é exatamente essa a hipótese que se analisa no caso.

3 Princípio protetivo: "in dubio pro operario"

O princípio protetivo do trabalho reconhece três regras: "in dubio pro operario", a prevalência da norma mais favorável, a prevalência da condição mais benéfica.²⁹

A regra "in dubio pro operario", cujo enunciado indica que no momento de interpretar uma norma o intérprete deverá escolher, entre vários sentidos possíveis, aquele que seja o mais favorável ao trabalhador, trata-se de uma ferramenta de aplicação do direito objetivo que reorienta o princípio de proteção do direito civil "favor pro reo", enquanto na relação de trabalho o sujeito mais fraco não é o devedor – empregador –, mas sim o trabalhador.³⁰

Ainda que a jurisprudência uruguaia leve em conta o princípio ao interpretar normas jurídicas, poucas decisões o têm aplicado para a valorar a eficácia da prova, além de se poder ainda dizer que todas o isolam na hora de avaliar a prova dos fatos quando o objeto do processo recai na qualificação do vínculo jurídico.

A doutrina revela posições discrepantes com relação à aplicação do princípio para avaliar a eficácia dos meios probatórios nos processos trabalhistas, porém o isola totalmente na hora de decidir se uma pessoa é dependente ou não. Isto com fundamento em que justamente o que controverte é a existência ou não da relação trabalhista.³¹ Esse posicionamento é frequentemente acolhido pela jurisprudência uruguaia, seguindo uma decisão da Suprema Corte da Justiça que indica o argumento pré-estabelecido.³² Na verdade, se o "in dubio pro operario" constitui um princípio que se deduz do Direito do Trabalho aplicável às relações de trabalho, constitui uma petição de princípios pretender aplicá-lo quando justamente o que está em debate é a configuração, ou não, de uma

29 Plá Rodríguez, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Depalma . 3ra. Edición . 1998 pag.84 y sgtes.

30 Plá Rodríguez, Américo. Op. Cit. Los principios ..., pag. 85.

31 Plá Rodríguez, Américo. Op. Cit. Los principios... pag. 99.

32 Sentencia publicada en el Anuario de Derecho Laboral 194-1995 caso 1031.

relação de emprego.

4 Ônus da prova da demandada a respeito dos fatos modificativos da pretensão

O ônus da prova compete a quem invoca um fato impeditivo ou modificativo da pretensão do autor. Isto é, quando a parte demandada contesta a relação de emprego assim qualificada pelo reclamante, invocando em seu lugar outra – arrendamento de serviços, trabalho autônomo, formação de uma cooperativa, trabalho voluntário, etc. – é ela é que tem o ônus de produzir a prova. Essa ideia é desenvolvida pela decisão proferida no processo 0001435-75.5.04.0005, em que há referência no sentido de que *“a Cooperativa demandada afirma que os serviços desenvolvidos pela trabalhadora favoreciam a outra co-demandada, destacando que a outra não provou, quando tinha o ônus de demonstrar sua afirmação, enquanto havia invocado um fato impeditivo.*

No Uruguai, o *Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1º Turno* dá conta de um número importante de decisões que julgam controvérsias como a que se analisa que adotam decisões fundamentadas especialmente no que o demandado tinha sido chamado a provar e não provou. Entre elas a proferida no processo nº 412/2010, em que a demandada havia contestado alegando uma forma jurídica diferente daquela exposta pelo autor.

Conclusões

Em relação às conclusões, é interessante extraí-las da consideração de dois aspectos: a modalidade da pesquisa e o tema pesquisado.

Com relação à modalidade, a abordagem de jurisprudência importa adentrar no Direito Jurisprudencial, fonte – material, conforme o ordenamento de Brasil e Uruguai – que é o espelho da própria vida de uma sociedade em determinado tempo, em determinado lugar. De fato. O Direito Jurisprudencial é o espelho da vida de uma determinada sociedade visualizada através dos conflitos que é chamada a resolver.

Com relação ao tema pesquisado, o Direito Jurisprudencial sobre a qualificação do vínculo jurídico, quando se debatem a relação de emprego e outra de diferente índole, desperta um interesse adicional. Principalmente por dois motivos: um, que é revelador do trabalho especialmente criativo do juiz

que julga o conflito; outro, que as decisões individualmente consideradas e as tendências que possam ser deduzidas da apreciação do conjunto, podem redundar no aumento ou na redução das fronteiras do Direito do Trabalho.

Justamente por esse papel de artesão que faz o juiz que julga um conflito em torno da qualificação do vínculo, o contraponto de jurisprudência emitida em nossos países ajuda tanto aos pesquisadores quanto a quem analisa a pesquisa, um insumo a mais neste intenso emaranhado de indícios e razões que conformarão a decisão.

Pois bem. Do cotejo de ambas as jurisprudências surge claramente que o seu objetivo está na realização da tutela efetiva do jurisdicionado, já que se esforçam para revelar a verdade dos fatos, prescindindo, se necessário, das formas jurídicas com que se apresentam as partes no processo.

Pode-se verificar como as duas jurisprudências tentam introduzir-se nos novos e tortuosos caminhos das formas de prestação de trabalho humano que têm provocado as mudanças tecnológicas, culturais e ainda, políticas. A jurisprudência do Brasil, através da figura da “subordinação objetiva estrutural”, co-elaborada com a doutrina. Interessante ensinamento para a jurisprudência uruguaia que recém timidamente e em casos isolados que ainda não são tendência, começa a se respaldar na Recomendação nº 198 de OIT para potencializar a incidência da alienação e a inserção do trabalho humano prestado na atividade de quem o recebe ou se beneficia dele. Ou, como indica a importante decisão da *Suprema Corte de Justicia* nº 645, multicitada, que se despoja do mito da prova eficaz da subordinação – em sua versão clássica –, substituindo-a pela decisiva incidência da consideração da atividade pessoal e a alienação. Ainda que a decisão não exponha expressamente, sua razão fundamentadora segue o caminho marcado pela doutrina e pela Recomendação nº 198 da OIT: a subordinação inferida da alienação na prestação da atividade humana.

Enfim, o contraponto de jurisprudência sobre a determinação da relação de emprego nos permite concluir que nós, os juízes brasileiros e uruguaio, trilhamos o mesmo caminho: a eficácia do serviço de justiça através da efetividade da tutela do homem que trabalha. Um Breve Estudo sobre a Terceirização: Brasil e Uruguai

Um Breve Estudo sobre a Terceirização: Brasil e Uruguai

Valdete Souto Severo^{1}*

Resumo: Este artigo tem por objetivo realizar um estudo comparado da jurisprudência brasileira e uruguaia acerca da terceirização, a fim de aproximar essas realidades e habilitar seus intérpretes aplicadores a lidarem com um tema tão preocupante para quem acredita no Direito do Trabalho, como é a intermediação de mão de obra.

Sumário: Introdução, 1. A terceirização na legislação trabalhista brasileira e uruguaia, 2. A terceirização na jurisprudência, Conclusão, Referências

Introdução

A terceirização é um procedimento de administração empresarial que visa a diminuir os custos da produção, em evidente compromisso com uma visão econômica do direito. Caracteriza-se pelo repasse de parte do empreendimento², a terceiras pessoas, com o objetivo de enxugar a ‘máquina administrativa’ e, assim, obter maior lucro. Têm servido à fragilização e à supressão de direitos fundamentais trabalhistas. É definida como “técnica administrativa, efeito do modelo de produção pós-fordista, que requer o enxugamento da empresa, transferindo parte dos serviços da empresa para outras empresas”³.

1 * Juíza do Trabalho, Mestre em Direitos Fundamentais pela PUC/RS

2 Art. 1º É vedado o funcionamento de qualquer estabelecimento financeiro onde haja guarda de valores ou movimentação de numerário, que não possua sistema de segurança com parecer favorável à sua aprovação, elaborado pelo Ministério da Justiça, na forma desta lei. § 2º O Poder Executivo estabelecerá, considerando a reduzida circulação financeira, requisitos próprios de segurança para as cooperativas singulares de crédito e suas dependências que contemplem, entre outros, os seguintes procedimentos: III – dispensa de contratação de vigilantes, caso isso inviabilize economicamente a existência do estabelecimento. Art. 10. São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de: I - proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança de pessoas físicas; II - realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga.

3 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa cau-

O Ministro Maurício Godinho Delgado a define como “fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação juslaborista que lhe seria correspondente”⁴. Provoca “uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, o prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação do labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido”⁵.

Apesar de amplamente aceita e praticada, a terceirização não está regulada no ordenamento jurídico brasileiro, senão em duas hipóteses específicas que referiremos no próximo tópico. No Uruguai, há lei tratando especificamente da possibilidade de terceirizar. As consequências desse “fenômeno social” são sentidas de modo semelhante nos dois países e, de resto, em praticamente todo o mundo ocidental.

O estudo comparado que ora se apresenta é fruto de uma coletânea de decisões realizada em conjunto, por juízes gaúchos e uruguaios, com o objetivo de verificar como o Estado-Juiz está enfrentando a matéria, nesses dois países. Os tópicos a serem abordados dizem com a licitude da tomada da mão de obra por meio de empresa interposta e com a responsabilidade da tomadora, e sua extensão, nas hipóteses de ação trabalhista proposta por empregado cuja força de trabalho reverteu em favor de duas ou mais empresas.

As decisões nos permitem, porém, uma reflexão mais profunda, acerca da necessidade de superar ou enfrentar essa suposta ‘realidade inexorável’, a

sa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

4 Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. § 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados. § 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas. Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

5 Art. 455 da CLT - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. Parágrafo único - Ao empreiteiro principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo

fim de resgatar o conceito de relação de trabalho que justifica e caracteriza o modelo capitalista de produção.

Trataremos brevemente, no primeiro tópico, das legislações brasileira e uruguaia sobre o assunto, para então, na segunda parte desse estudo, analisarmos algumas jurisprudências que revelam como a matéria vindo sendo enfrentada na prática.

1. A terceirização na legislação trabalhista brasileira e uruguaia

A terceirização não está regulada no Brasil, senão por leis esparsas que tratam da possibilidade de uma relação de trabalho “interposta” por empresa de serviços temporários (Lei 6.019/74)⁶ ou de uma relação de trabalho de vigilância, em que a empresa coloca trabalhadores a exercerem suas tarefas de proteção ao patrimônio na sede de seus clientes (Lei 7102/83)⁷.

A Constituição brasileira de 1988 garante, em seu artigo sétimo, o direito dos trabalhadores à relação de emprego (inciso I), sem qualquer referência a possibilidade de intervenção de terceiros nessa relação⁸. A CLT opta por definir as figuras de empregado e empregador, em lugar de conter uma definição do que seja relação de emprego⁹. Deixa claro, porém, se tratar de um vínculo entre dois sujeitos (e não três). Sequer precisaria dizê-lo, já que decorre da dinâmica da exploração capitalista do trabalho humano que a produção de mercadorias ou a prestação de serviços seja realizada por seres humanos, cuja força de trabalho é empregada com a finalidade de tornar viável o empreendimento. Desse modo, quem emprega trabalho humano será necessariamente o empregador e, por consequência, o responsável direto pela satisfação e pelo respeito aos direitos fundamentais desse indivíduo.

Apesar disso, a terceirização vem sendo amplamente praticada no

6 Nesse sentido, ver: DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Flexissegurança nas relações de trabalho. Que bicho é esse? Revista trabalhista direito e processo, ano 7, n. 25, São Paulo, p. 49-53, jul./2008; e SARTHOU, Helious. A flexibilização e o direito do trabalho uruguaio. Cadernos de estudo sobre processo e direito do trabalho da AMATRA IV, Porto Alegre, n.7, p. 79-88, abr./jun. 2008

7 SOUTO MAIOR, Jorge Luis. Curso de direito do trabalho. v.1. São Paulo: LTr, 2011.

8 Nesse sentido: RO 00650-2009-373-04-00-4 (Brasil); RO 0162800-78.2009.5.04.0662 (Brasil); RO 0000398-59.2010.5.04.0292 (Brasil); RO 0177600-76.2009.5.04.0221 (Brasil); RO 0000258-20.2011.5.04.0541 (Brasil); sentença 0093100-76.2009.5.04.0771 (Brasil); SENTENCIA Nº 30, Dra. Ana Rivas; SENTENCIA Nº 195 de 2011, Dra Ana Rivas; Sentencia Nº 58.de 2011, Dr. José Pedro Rodríguez.

9 CASTELLO, Alejandro. Alcance de la Responsabilidad Laboral en caso de Subcontratación. Derecho Laboral. Tomo LV. Nº 247. jul./sept. 2012.

Brasil, com a chancela do Poder Judiciário, que inicialmente, editou, em 1986, a Súmula 256, cujo teor era: “Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis ns. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços”.

O verbete, porém, foi cancelado em 2003, após a Constituição de 1988, e substituído pela Súmula 331 do TST, cuja redação atual é:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas

pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Não é difícil perceber a grave crise de instituições que se instaura hoje no Brasil, pois a súmula 331 constitui verdadeira norma que procura disciplinar matéria não regulada pelo legislador. O Poder Judiciário, portanto, extrapolando suas funções, editou regras que permitem terceirização em atividades de limpeza ou “atividades-meio”, criando conceitos que não estão consolidados na jurisprudência nem previstos em norma legal. Essa atitude pró-ativa (em sentido flagrantemente negativo, já que a terceirização constitui medida de evidente precarização / flexibilização nas relações de trabalho) adotada pelo Poder Judiciário trabalhista, revela a magnitude do problema que resolvemos abordar.

No Brasil, portanto, a terceirização é, como regra, ilícita, sendo legalmente permitida apenas nas hipóteses já referidas. Nada obstante, na prática trabalhista tem sido amplamente praticada, com a chancela do Poder Judiciário, que “regula” a matéria por meio de súmula que, como adiante poderemos observar, acaba por constituir o fundamento das decisões proferidas sobre a matéria.

Importante pontuar que a inexistência de previsão expressa da possibilidade de terceirizar não impede a declaração da responsabilidade da tomadora dos serviços, seja quando a intermediação da mão de obra é considerada ilícita, seja quando é tolerada como prática regular, pela Justiça do Trabalho no Brasil.

A responsabilidade da tomadora dos serviços, pelos créditos trabalhistas, deve ser fundamentada na lei civil, justamente em razão da ausência de legislação própria. Na Consolidação das Leis do Trabalho temos apenas regras que podem ser invocadas, por analogia, tal como a que estabelece solidariedade na relação entre trabalhador, pequeno empreiteiro e subempreiteiro¹⁰.

No Código Civil, por sua vez, estão as regras gerais acerca da responsabilidade, cuja aplicação se revela absolutamente compatível com os princípios que instruem o Direito do Trabalho. O artigo 927 do Código Civil, regra geral acerca da teoria da responsabilidade nas relações privadas no Brasil, dispõe que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-

10 Art. 595 e 596 do CPC, já referidos neste artigo.

lo”. O parágrafo único desse dispositivo acrescenta que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Trata-se do que a doutrina denomina teoria do risco, em que a responsabilidade é identificada não em razão de culpa ou dolo, mas em face da simples assunção do risco do resultado lesivo. Na parte geral do mesmo Código Civil, o artigo 187 refere que responde pelo dano quem exerce seus direitos “excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social”.

Esse constitui outro dispositivo de grande valia ao Direito do Trabalho, pois fixa a responsabilidade para além da culpa, pelo simples fato de exceder o fim social que, no caso da empresa, é em última análise a finalidade de “dar emprego”.

Temos, ainda, no direito brasileiro, o artigo 932 do Código Civil, segundo o qual são também responsáveis pela reparação civil: “III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”. O tomador de serviços qualifica-se, aqui, como comitente, em caso de reconhecimento da licitude da terceirização.

Por fim, o artigo 942, também do Código Civil, refere que os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito “ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”. E diz claramente, em seu parágrafo único, que “são solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932”.

No Brasil, portanto, a responsabilidade da tomadora dos serviços pelos créditos do trabalhador é solidária. A responsabilidade subsidiária não existe como instituto próprio. É mera criação da súmula 331 do TST, que na qualidade de orientação jurisprudencial, não pode legislar ou prevalecer sobre comando legal vigente. Em realidade, a única hipótese de subsidiariedade, denominada ‘benefício de ordem’ prevista na ordem jurídica brasileira atinge a figura do fiador e do sócio (ambos legitimados como responsáveis solidários, na forma da lei civil).

A previsão legal é de que “o fiador, quando executado, poderá nomear à penhora bens livres e desembragados do devedor” (art. 595 do Código de Processo Civil). Em relação ao sócio, o Código de Processo Civil também prevê

que “bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro excutidos os bens da sociedade” (Art. 596). O mesmo dispositivo refere que “cumpre ao sócio, que alegar o benefício deste artigo, nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito”.

Essa é a base legal em que deveria se fundamentar o que a súmula apelida de responsabilidade “subsidiária” e que, na prática forense, vem sendo aplicado como um novo instituto, como se orientações jurisprudenciais tivessem legitimidade para criar institutos jurídicos. É de anotar, porém, que essa interpretação extensiva do dispositivo civilista, na contramão do princípio basilar da proteção, implica subversão injustificável das normas trabalhistas, cujas consequências sociais (algumas das quais bem retratadas nas decisões colacionadas) vêm sendo sentidas no Brasil.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao tratar da responsabilidade solidária, com ou sem benefício de ordem, dá ao credor a possibilidade de escolher contra quem irá dirigir sua demanda. Ao tratar do litisconsórcio, o Código de Processo Civil brasileiro refere que só há litisconsórcio necessário quando “por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes” (Art. 47). Não é essa a hipótese da ação trabalhista que lida com relações de trabalho terceirizadas. A sentença não será necessariamente igual para a prestadora e para a tomadora. Logo, trata-se de hipótese de litisconsórcio facultativo. Isso fica ainda mais claro quando o mesmo Código refere, no artigo 77, que é admissível o chamamento ao processo de terceiro, de todos os devedores solidários, quando o credor exigir de um ou de alguns deles, parcial ou totalmente, a dívida comum (inciso III). Ora, a possibilidade (e não obrigatoriedade) de chamar aos autos indica claramente tratar-se de hipótese de litisconsórcio facultativo.

E isso decorre da disposição legal contida no Código Civil, segundo a qual “o credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto” (Art. 275). E o parágrafo único desse mesmo dispositivo refere que “não importará renúncia da solidariedade a propositura de ação pelo credor contra um ou alguns dos devedores”.

Ainda assim, a súmula 331 do TST exige a presença da tomadora no pólo passivo da ação trabalhista, como condição para que seja declarada a sua

responsabilidade. O faz, portanto, novamente subvertendo a legislação vigente em favor da tomadora, em atitude incompatível com a proteção que justifica e orienta o Direito do Trabalho.

A jurisprudência, como veremos no próximo tópico, salvo raras e honrosas exceções, presta homenagem ao entendimento sumulado, ignorando as disposições legais acerca da matéria, fato que acarreta manifesto prejuízo ao trabalhador.

Importante referir, ainda, a utilização, pela jurisprudência majoritária, de regra contida na Lei 6019 (lei do trabalho temporário), por analogia, a todas as relações em que reconhecida a terceirização lícita. O artigo 12 dessa lei assegura aos trabalhadores temporários o direito a “remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional”. Essa paridade de remuneração é estendida a todos os trabalhadores terceirizados, inclusive por força do entendimento cristalizado na Orientação Jurisprudencial n. 383, da SDI1 do TST, cujo teor é:

TERCEIRIZAÇÃO. EMPREGADOS DA EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS E DA TOMADORA. ISONOMIA. ART. 12, “A”, DA LEI N.º 6.019, DE 03.01.1974 (DEJT divulgado em 19, 20 e 22.04.2010). A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com ente da Administração Pública, não afastando, contudo, pelo princípio da isonomia, o direito dos empregados terceirizados às mesmas verbas trabalhistas legais e normativas asseguradas àqueles contratados pelo tomador dos serviços, desde que presente a igualdade de funções. Aplicação analógica do art. 12, “a”, da Lei n.º 6.019, de 03.01.1974.

Essa orientação, embora inegavelmente protetiva ao trabalhador, nada resolve acerca da verdadeira discriminação que identificamos em uma relação de trabalho intermediada. Salário igual não significa idêntica condição de trabalho, nem a aplicação de idênticas normas coletivas.

Nesse aspecto, embora não seja possível o aprofundamento do tema, em razão do âmbito deste artigo, é de salientar a existência de inúmeros estudos que revelam esteja a terceirização a provocar o que o autor francês Christophe

Dejours denomina ‘banalização da injustiça social’[□] e que Baumann identifica como a invisibilidade dos seres humanos submetidos à terceirização[□]. Muito mais do que salários diferentes, esses trabalhadores recebem tratamento diverso. Não frequentam o mesmo refeitório, nem usam o mesmo uniforme. Não são reconhecidos como colegas de trabalho nem como empregados. São invisíveis em seus ambientes de trabalho. A tomadora, de preferência, desconhece seus nomes, para evitar qualquer espécie de vínculo, mesmo o mais elementar vínculo humano de solidariedade e reconhecimento recíproco.

Ao contrário do que ocorre no Brasil, o Uruguai optou por regularizar a terceirização, editando inicialmente, em 2007, a Lei 18099[□], posteriormente modificada pela Lei 18251, de 2008. Essa última estabeleceu que a empresa tomadora tem dever de fiscalização consistente em solicitar informações à prestadora acerca do cumprimento de suas obrigações trabalhistas e previdenciárias.

A lei conceitua as figuras que participam de uma relação “terceirizada”, estabelecendo em seu artigo 1º que:

existe subcontratación cuando un empleador, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona física o jurídica, denominada patrono o empresa principal, cuando dichas obras o servicios se encuentren integrados en la organización de éstos o cuando formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento, principal o accesoria (mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia), ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo.

Estabelece, ainda, que o intermediário é o empresário que “contrata o interviene en la contratación de trabajadores para que presten servicios a un tercero. No entrega directamente los servicios u obras al público, sino a otro patrono o empresario principal”. Por fim, define como empresa “suministradora de mano de obra” como aquela que presta “servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona física o jurídica (empresa usuaria), que determine sus tareas y supervise su ejecución”.

A nova lei, que parece mais protetiva, na medida em que exige

a fiscalização por parte da tomadora, em realidade inaugura – na linha do entendimento jurisprudencial dominante no Brasil – a possibilidade de responsabilização “subsidiária” da tomadora, sempre que provada a efetiva fiscalização[□].

Há, portanto, uma evidente diferença na conduta adotada pelo Uruguai, em relação ao Brasil. Lá, a técnica da terceirização, com suas consequências nocivas a todo o conteúdo que informa a relação de emprego (central ao Direito do trabalho), foi disciplinada. Há, aí, a vantagem do reconhecimento da responsabilidade, inclusive solidária, da tomadora, por lei própria, bem como a atribuição específica do ônus da prova, em caso de reclamatória trabalhista. De outra parte, não resta dúvida de que a posituação do fenômeno implica desistir da luta que contra ele ainda se trava no âmbito do Direito do Trabalho no Brasil.

Trata-se de um modo absolutamente diverso de enfrentar o problema da precarização das relações de trabalho por meio da terceirização, e que na Europa recebeu o nome de flexissegurança[□]. A ideia de flexibilizar garantindo algum nível de segurança aos trabalhadores (o que Souto Maior chama de “mal menor”[□]) surge na Europa, e de certo modo está retratada no “Livro Verde sobre Relações Laborais da União Europeia”, cujo escopo é fortalecer a competitividade econômica e a base é o denominado Consenso de Washington, seguido igualmente pelos países da América Latina.

Apresentado o panorama legal acerca da matéria, passaremos agora ao exame da jurisprudência acerca do assunto.

2. A terceirização na jurisprudência

A primeira observação a ser feita, após o exame de jurisprudências uruguaias e brasileiras acerca da terceirização, é de que em ambos países, as tomadoras de serviço oferecem defesa em que negam qualquer responsabilidade. Alegam ilegitimidade passiva e pretendem sua exclusão do feito[□]. A terceirização, portanto, disciplinada ou não em normativo legal, continua tendo, na realidade social, sua eficácia social reconhecida apenas para efeitos econômicos. Em outras palavras, ao empreender, a empresa facilmente opta pelo repasse da mão de obra a terceiro. Entretanto, ao ser demandada, não aceita a responsabilidade pelo risco que assumiu ao fazê-lo.

Nos dois países, acaba sendo do Juiz do Trabalho a tarefa de declarar a responsabilidade e determinar o pagamento pelos créditos. Nesse aspecto, a

legitimação do ‘fenômeno’ pela edição de lei que o regula não parece ter tido o efeito de gerar uma responsabilidade social. É no âmbito do processo e, portanto, apenas com a intervenção do Estado-Juiz, que a tomadora responde.

A jurisprudência tem reconhecido o dever da tomadora de responder pelos créditos trabalhistas, sempre que a empregadora formal for reconhecida como inadimplente.

No Uruguai, as jurisprudências examinadas revelam discussão acerca da natureza da responsabilidade da tomadora e de sua inclusão como responsável, a partir do rol de atividades passíveis de terceirização, elencadas na Lei

O argumento é interessante, porque compreender como taxativo o rol legal para as atividades passíveis de serem terceirizadas deveria ter o efeito de declarar a fraude na intermediação de mão de obra em relação a quaisquer outras tarefas. O objetivo da empresa, no processo em exame, era, porém, eximir-se de qualquer responsabilidade. A sentença definitiva n. 527/2011, da lavra do Ministro Redator Dr. Julio Alfredo Posada Xavier, do Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Primer Turno, datada de 16 de novembro de 2011, ressalta que o rol legal não é taxativo, incluindo todas as atividades passíveis de serem terceirizadas, mesmo não contempladas no dispositivo legal.

Trata-se de discussão travada também em âmbito doutrinário. Em recente artigo publicado na revista *Derecho Laboral*, de número 247, Alejandro Castello, Professor Adjunto da Facultad de Derecho de la Universidad de la República, faz referência a essa interpretação da lei de forma restritiva, para o efeito de permitir exploração de força de trabalho sem responsabilidade.[□]

Refere que a Lei 18.251, já em sua exposição de motivos, deixa clara a intenção de delimitar seu campo de aplicação às relações contratuais que originam relações de trabalho triangulares, na forma da Recomendação n. 198 da OIT. Essa Recomendação estabelece que deve ser objetivo dos países membros:

combater as relações de trabalho disfarçadas no contexto de, por exemplo, outras relações que possam incluir o uso de outras formas de acordos contratuais que escondam o verdadeiro status legal, notando que uma relação de trabalho disfarçado ocorre quando o empregador trata um indivíduo diferentemente de como trataria um empregado de maneira a esconder o verdadeiro status legal dele ou dela como um empregado, e estas situações podem surgir onde acordos contratuais possuem o efeito de privar trabalhadores de sua devida proteção.

O autor prossegue mencionando, entretanto, que em seu entendimento o rol de atividades referido na lei é taxativo e diz com o repasse das atividades de “mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia”. O problema dessa compreensão é a conclusão, expressa pelo autor, de que nas demais atividades, não havendo falar em terceirização, não há, igualmente, responsabilidade da tomadora dos serviços. A Recomendação n. 198 da OIT, porém, é flagrantemente tendente a majorar as hipóteses de reconhecimento de vínculo direto, restringindo a possibilidade de repasse de mão de obra, e não o alcance da responsabilidade daqueles que dela se beneficiam.

A jurisprudência examinada, além de superar essa visão restritiva, firma premissa importante para a fixação da natureza da responsabilidade (solidária ou subsidiária) da tomadora. Refere que a fiscalização exigida pela lei específica deve ser efetivamente demonstrada pela tomadora. Não basta, portanto, referir tenha solicitado os documentos para a prestadora. A tomadora dos serviços deve demonstrar que efetivamente os obteve e os analisou, a fim de prevenir prejuízos aos trabalhadores. Transcreve-se o trecho da sentença definitiva em que essa conclusão é exposta:

Sin dejar de reconocer que el punto es dudoso y opinable, nos inclinamos por sostener que para que sea procedente la aplicación de la responsabilidad laboral subsidiaria, la empresa principal o usuaria deberá no solamente requerir la exhibición o presentación de la documentación, sino demostrar que ha realizado un examen razonable (control) de la misma. En efecto, consideramos que el fundamento para transformar la responsabilidad laboral solidaria en subsidiaria, radica en que la empresa principal demuestre haber actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios en la elección y mantenimiento de sus proveedores de obras, servicios y mano de obra. En tal sentido, no obraría diligentemente si de la documentación exhibida por estos últimos se desprendiese que existen irregularidades fácilmente constatables, las cuales pasaron inadvertidas para la empresa principal por haberse limitado a requerir la documentación, sin haber realizado un estudio o examen normal o razonable de la misma....Así, a vía de ejemplo, dicha circunstancia surgirá debidamente probada en los casos en que se haya intimado al intermediario, subcontratista o suministrador de mano de obra a regularizar su situación, o se haya rescindido tempestivamente el contrato civil o comercial a causa del incumplimiento.

No mesmo sentido, a sentença definitiva n. 30, de 18 de abril de 2012, faz constar que o tomador “será responsable subsidiario si ejerce su derecho a ser informado por parte del subcontratista sobre el monto y cumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales, así como la protección de contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional (art. 4 de la Ley N° 18251).” Em caso contrário, si no ejerce este derecho a ser informado, su responsabilidad será solidaria”. Não basta, pois, alegar tenha solicitado documentos, sendo necessário verificar tenha ocorrido a efetiva fiscalização pela tomadora, para que haja reconhecimento de responsabilidade subsidiária.

É importante ressaltar que essa “natureza” diversa não subsiste no direito brasileiro, em que não há lei disciplinando de modo específico a terceirização, nem por consequência, a responsabilidade da tomadora, como já salientamos. A súmula 331 do TST, quando faz referência à responsabilidade subsidiária, se apropria de um termo teórico relativo às disposições contidas no Código Civil, que se destinam aos sócios e fiadores.

Na sentença nº 30, de 18 de abril de 2012, da lavra da Dra. Ana Gabriela Rivas, Juez Letrado, enfrentam-se outras discussões interessantes acerca da terceirização. Há referência à discussão jurisprudencial sobre a definição do que seria, para efeitos legais, subcontratação laboral. Havia entendimento de que a subcontratação só se caracterizaria quando existisse contrato comercial principal e um contrato acessório, e havia, também, o entendimento de que qualquer forma de atividade contratada poderia caracterizar-se como subcontrato para efeitos trabalhistas. A sentença cita, nesse sentido, doutrina de “Rosenbaum y Castello, Subcontratación e intermediación, p. 141 y ss”.

Com a edição da Lei nº 18251 a discussão perde sentido, já que o texto claramente refere que:

existe subcontratación cuando un empleador, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona física o jurídica, denominada patrono o empresa principal, cuando dichas obras o servicios se encuentren integrados en la organización de éstos o cuando formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento, principal o accesoria (mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia), ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo”. (artigo 1º, A)

Segunda essa concepção, ressalta a sentença, a subcontratação existe mesmo quando “hay un único contrato, de naturaleza comercial o civil, entre la empresa y el subcontratista y luego un contrato de trabajo entre el subcontratista y el trabajador”. Sendo desnecessária a formalização de um subcontrato na forma da lei civil. A decisão ressalta que para efeito de responsabilidade trabalhista, “el concepto de esporádico no es idéntico al concepto de “ocasional””, e, seguindo doutrina de Barbagelata, acrescenta que “puede interpretarse que tareas ocasionales son aquellas de carácter excepcional, provisional o anormal, con relación al giro regular de la empresa y destaca la corta duración de las mismas (citado por Garmendia y Gauthier, en Tercerizaciones, p. 100). Tarefas realizadas de modo esporádico, portanto, seguem constituindo tarefas subcontratadas, a atrair a responsabilidade da tomadora de serviços.

A jurisprudência brasileira trazida a debate também apresenta elementos interessantes. No processo 0032800-13.2008.5.04.0601, reconhece a ilicitude da terceirização. Embora admita a observância da súmula 331 do TST, o Relator observa que o repasse de atividade-fim afronta as disposições do Direito do Trabalho no Brasil. A ementa é assim redigida:

CONDIÇÃO DE BANCÁRIO. Hipótese em que se trata, inequivocamente, de terceirização de mão de obra irregular, repudiada pelo ordenamento jurídico. A irregularidade da contratação, no caso, emerge da sua finalidade, de suprir necessidade de mão de obra para o atendimento à atividade fim do tomador. Enquadramento pelas atividades efetivamente desempenhadas. Apelo provido.

O Relator Alexandre Correa da Cruz ressalta tratar-se de típica hipótese de configuração de subordinação objetiva, suficiente para caracterizar a existência de relação jurídica de emprego diretamente com a suposta tomadora. Observa com perfeição que conforme a autorizada doutrina de Ribeiro de Vilhena, “as premissas básicas do conceito de subordinação objetiva ou funcional” são:

(a) o trabalho não se separa da pessoa do prestador, havendo, contudo, relação de imediatidade com o trabalho e não com o prestador de serviços; (b) a intervenção do poder jurídico do empregador na conduta do empregado justifica-se exclusivamente

em razão da manutenção da atividade do empregado em favor da empresa; (c) o limite de exercício do poder de direção é a adequação da atividade do prestador à atividade da empresa; (d) o trabalho do empregado é exercido por meio de atos autônomos, conquanto, no seu todo, são orientados pelo empregador; (e) o que se integra na empresa é a atividade do trabalhador e não a sua pessoa; (f) a atividade do empregado é imprescindível à atividade da empresa, havendo o acoplamento delas, em razão de expectativas recíprocas anteriores das partes; (g) a inserção ocorre de atividade em atividade e não de pessoa em pessoa

Desse modo, quando a atividade reverte em proveito de empreendimento que não lhe pertence e não permanece com os frutos do seu trabalho, nem assume os riscos de ganhos ou perdas pelo risco do negócio, trata-se de simples exploração de força de trabalho pelo capital, nos moldes do capitalismo clássico e na forma dos artigos 2º e 3º da CLT. O Relator ressalta o fato de que a teoria da subordinação objetiva propõe, em realidade, uma nova concepção de subordinação, preocupada em incluir na proteção regulatória” do Direito do Trabalho aqueles trabalhadores que estão inseridos no âmbito de repercussão das deliberações da empresa, ou seja, pretende integrar os trabalhadores desprotegidos pelo sistema de acumulação flexível.

Em outra decisão proferida no processo n. 00650-2009-373-04-00-4, proferida pelo Juiz do Trabalho Almiro Eduardo de Almeida, igualmente é reconhecida a irregularidade da terceirização, evidenciada como uma estratégia empresarial para mascarar a existência de vínculo de emprego, evitando, assim, o pagamento das verbas trabalhistas que daí decorrem. Trata-se do repasse de tarefas necessárias à confecção de sapatos, para ateliês contratados muitas vezes para trabalhar com exclusividade para duas ou três empresas, das quais depende financeiramente. Esses ateliês acabam por se caracterizar, na prática, como linhas de produção das fábricas de calçado.

A decisão refere que “é de conhecimento geral que a produção de calçados depende, quase que exclusivamente, de trabalho manual. É praticamente impossível produzir um par de sapatos sem a utilização de um grande número de trabalhadores. E formula a seguinte pergunta: de que modo poderia a segunda reclamada produzir um grande número de produtos a um custo baixo? A resposta encontrada pela segunda demandada parece óbvia, e está bem à nossa frente neste mesmo processo.” A resposta é o repasse de força de trabalho sob a forma de terceirização.

E a sentença continua, expondo de modo brilhante a realidade que é de conhecimento público na região calçadista do sul do país, mas que a ‘técnica empresarial’ da terceirização maquia, com a benevolência da jurisprudência majoritária:

A precarização das relações trabalhistas geradas pela “terceirização” no setor calçadista é tão grande que fica até difícil saber exatamente quem trabalhou para quem. Débora trabalhou para Marizete e para João, o qual também trabalhou para Marizete e depois trabalhou por conta própria e cuja filha trabalhou em seu favor.

Caminhando por determinadas ruas é possível ver toda uma “linha de produção” montada em garagens, sem qualquer estrutura. (...)

Diante do que foi dito, resta claro que a relação mantida entre as reclamadas visou, portanto, mascarar a real relação de trabalho existente, configurando fraude aos direitos trabalhistas, razão pela qual as reclamadas devem responder de forma solidária pelos créditos devidos à reclamante.

Há, por fim, outra sentença da lavra do mesmo magistrado, em que os fundamentos jurídicos positivados para o reconhecimento da responsabilidade da tomadora dos serviços são explicitados com clareza, tornando evidente a necessidade de resgatarmos a verdadeira motivação das decisões, ultrapassando a fase em que infelizmente nos encontramos no Brasil, de reduzir a fundamentação à mera citação de um entendimento jurisprudencial consolidado.

O Juiz Almiro Eduardo de Almeida refere que os fundamentos para a responsabilidade devem ser perseguidos no Código Civil, inclusive se partirmos da premissa, defendida por aqueles que “terceirizam”, de que entre as empresas que se beneficiam da força de trabalho existe uma relação contratual. Menciona que “de acordo com o artigo 932, inciso III, combinado com os artigos 933 e 942, parágrafo único, todos do Código Civil, o comitente responde, independentemente de culpa, de forma solidária com os seus prepostos pelos atos destes. No caso da terceirização, a figura do comitente coincide com a do tomador dos serviços, sendo a empresa prestadora, por ele contratada, considerada sua preposta.”

E acrescenta que:

A responsabilidade objetiva se dá, ainda, pela aplicação do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, visto que ao terceirizar

a atividade, a empresa tomadora, transferindo parcela de sua atividade para a realização por parte de outra empresa, aumenta o risco dos trabalhadores contratados por esta de não receberem seus créditos trabalhistas, ou, em uma projeção mais otimista, de terem seus créditos satisfeitos tardiamente, não antes sem árdua luta processual contra a ex-empregadora e a tomadora de seus serviços, como sói acontecer nas ações trabalhistas propostas perante esta Justiça especializada. Não se deve esquecer, a propósito, que, tanto pela aplicação da teoria do risco criado quanto pela aplicação da teoria do risco proveito, aquele que cria o risco e retira o proveito da atividade econômica deve responder pelo seu custo. (...)

A par disso, diante da função social do contrato, os seus efeitos não se limitam às partes contratantes, gerando obrigações em face de terceiros (relativização do princípio dos efeitos interpartes dos contratos). Assim, ao contratar empresa interposta em processo de terceirização, ainda que legítima, a empresa tomadora deve responder pelos prejuízos causados aos empregados daquela, sob pena de não restar observado um dos fins sociais do empreendimento econômico (art. 187 do Código Civil), que é a valorização do trabalho humano (art. 170 da Constituição Federal).

Infelizmente, esse não é o retrato da jurisprudência dominante, que reconhece mera responsabilidade subsidiária e, como já mencionamos, e exige a presença da tomadora no pólo passivo da demanda, para que seja viabilizada a execução contra seus bens. Nesse sentido:

RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TOMADOR DE MÃO DE OBRA. O tomador dos serviços é responsável subsidiário pela satisfação das verbas trabalhistas referentes ao contrato de trabalho mantido entre a parte autora e a empresa prestadora de serviços no período em que beneficiário dos serviços prestados, em caso de inadimplemento do devedor principal. Aplicação da Súmula 331, IV, do TST. (ACÓRDÃO 0177600-76.2009.5.04.0221)

Há, porém, decisões proferidas no sentido de ampliar a proteção ao trabalhador, seja desconstituindo a terceirização, por entender configurado o repasse de atividade-fim (necessária à realização do empreendimento) e a

formação de vínculo direto com a tomadora, seja reconhecendo a responsabilidade solidária :

TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Hipótese em que as reclamadas concorreram à terceirização ilícita de serviços, razão de se justificar a responsabilidade solidária fixada em sentença. Inteligência dos arts. 9º da CLT e 942, caput, do CPC. Recurso ao qual se nega provimento. (ACÓRDÃO 0009500-44.2009.5.04.0841)

A opção brasileira em, por enquanto, não legitimar o fenômeno através de legislação própria, a existência de mecanismos como aqueles mencionados em decisão antes referida, no âmbito civil, assim como a existência de uma jurisprudência de resistência, oferecem certo conforto aos intérpretes aplicadores que acreditam no caráter construtivo de que se deve revestir o Direito do Trabalho.

Conclusão

Um discurso com tom de dogma insiste em tentar convencer a todos da inevitabilidade da flexibilização nas relações trabalhistas, da qual a terceirização é talvez a face mais perversa. As jurisprudências examinadas nos indicam dois caminhos diversos, escolhidos por cada um dos países examinados.

Enquanto o Uruguai, a exemplo de tantos outros países, optou por disciplinar a triangulação da relação de trabalho, visando de certo modo limitá-la e estabelecer claramente a responsabilidade do tomador, o Brasil adotou (pelo menos até agora) caminho diverso.

No Brasil, ainda há possibilidade de resistência ao reconhecimento do fenômeno da terceirização como algo adequado à ordem constitucional vigente. Como vimos no início desse breve estudo, a Constituição brasileira garante aos trabalhadores o direito fundamental à relação de emprego, enquanto a CLT define as figuras do empregado e do empregador. Empregador é quem, auferindo vantagens, dirige a atividade e assume o ônus do empreendimento. Há de se reconhecer, portanto, pela própria definição contida na CLT, como empregador todo aquele que efetivamente empregue a mão de obra do trabalhador.

As jurisprudências examinadas revelam que a prática continua sendo a de negar não apenas esse conceito de relação de trabalho, mas também a responsabilidade da tomadora, ainda que nessa qualidade. Mesmo em situações como a do Uruguai, em que a terceirização é legalmente aceita e disciplinada, as empresas continuam a pretender sua pura e simples exclusão em relação a qualquer responsabilidade diante do contrato de trabalho.

A lógica liberal encontra na terceirização um excelente aliado. Empreender com a finalidade de lucro, sem qualquer responsabilidade pelos indivíduos que contrata talvez seja o ápice dessa ideia de exploração sem limites e, especialmente, sem preocupação com o Outro.

Insistimos no fato de que a regulamentação ampla do fenômeno da terceirização não tem servido a promover a efetiva modificação das relações sociais, com o reconhecimento espontâneo de que as tomadoras de serviço são responsáveis pelos créditos dos trabalhadores, cuja mão de obra reverte em seu favor. Essa talvez seja a maior lição que o Direito do Trabalho brasileiro tem a aprender com a realidade uruguaia.

Destacamos, ainda, a importante existência de uma jurisprudência de resistência à precarização das relações de trabalho. Tanto no Uruguai, quanto no Brasil, percebemos que o Poder Judiciário trabalhista vem enfrentando a questão com certa dose de coragem, buscando evitar a precarização das conquistas sociais.

Ainda há, porém, um longo caminho a percorrer nesta encruzilhada em que se encontra o Direito do Trabalho. Acreditamos que esse caminho passa pelo enfrentamento direto e sem mediações, do fenômeno da terceirização, reconhecendo-o como um entrave à realização de um Estado que se pretenda social e inclusivo.

Por isso, encerramos o artigo com a citação de uma música brasileira que define bem o quão amargo é o gosto da terceirização para todos aqueles que acreditam no Direito do Trabalho como instrumento de efetivação de Estados que, embora capitalistas, tenham compromisso com a solidariedade.

Os terceirizados não têm voz nem vez. Seu grito é mudo, sufocado por uma pretensa necessidade de desenvolvimento econômico. Esquecemos que a economia capitalista forja-se inclusive por meio de regras de proteção ao trabalho, a fim de impor limites e condições a essa dinâmica relação que o capital (fruto da criatividade humana) estabelece com o trabalho (parte da condição humana). O discurso de flexibilização, em que a terceirização está

inserida, inverte a lógica histórica de construção do Estado liberal e nos propõe um retorno descomprometido, à realidade do século XVIII.

Talvez os juízes devam romper o silêncio, que especialmente no Brasil permeia as discussões acerca da necessidade e da conveniência de edição de uma lei regulamentando a terceirização, e reconhecer, com a experiência dos demais países ocidentais, o erro histórico que representa o reconhecimento da ruptura da dualidade capital x trabalho e a admissão de interposição de atravessadores na exploração do trabalho humano.

Como beber dessa bebida amarga
Tragar a dor, engolir a labuta
Mesmo calada a boca resta o peito
Silêncio na cidade não se escuta

(...)

Como é difícil acordar calado
se na calada da noite eu me dano
quero lançar um grito desumano
que é a maneira de ser escutado

(...)

Esse silêncio todo me atordoa
atordoados eu permaneço atento
na arquibancada pra qualquer momento
ver emergir o monstro da lagoa

(Cálice. Chico Buarque de Holanda)

Referências

BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. Sociedade individualizada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010.

CASTELLO, Alejandro. Alcance de la responsabilidad laboral en caso de subcontratación. Derecho laboral: revista de doctrina, jurisprudencia e

informaciones sociales. Montevideo, tomo LV, n. 247, p. 521-534, jul./set. 2012.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Flexissegurança nas relações de trabalho. Que bicho é esse? Revista trabalhista direito e processo, ano 7, n. 25, São Paulo, p. 49-53, jul./2008.

DEJOURS, Christophe. A banalização da injustiça social. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 5. ed.. São Paulo: LTr, 2006

SARTHOU, Helious. A flexibilização e o direito do trabalho uruguaio. Cadernos de estudo sobre processo e direito do trabalho da AMATRA IV, Porto Alegre, n.7, p. 79-88, abr./jun. 2008

SOUTO MAIOR, Jorge Luis. Curso de direito do trabalho. v.1. São Paulo: LTr, 2011.

_____. O direito do trabalho como instrumento de justiça social. São Paulo: LTr, 2000.

ISSN = 2176-400X

Cadernos da



ESCOLA
JUDICIAL
DO TRT DA 4ª REGIÃO

nº 07 - 2013

Jurisprudencia Laboral Comparada Uruguay-Brasil

*Reflexiones de docentes y de alumnos-
jueces del Curso de Especializacion de la
Facultad de Derecho de la Universidad
de la Republica en el Tribunal Regional
del Trabajo de la 4ª Región.*



UNIVERSIDAD
DE LA REPÚBLICA
URUGUAY



Ano 4 - Nº 7 - 2013

Jurisprudencia Laboral Comparada Uruguay-Brasil

*Reflexiones de docentes y de alumnos-jueces
del Curso de Especializacion de la Facultad de
Derecho de la Universidad de la Republica en el
Tribunal Regional del Trabajo de la 4ª Región*

Jurisprudência Trabalhista Comparada Brasil - Uruguai

Reflexões de docentes e de alunos-juizes do Curso de Especialização da Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região

Tradução por Claudia Risso

Colaboração de Kenia Suarez Varela

Todos os direitos reservados. É expressamente proibida a sua reprodução, mesmo que parcial, sem a expressa autorização dos autores.

Editoração Eletrônica: Gráfica CS

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

C122

Cadernos da Escola Judicial do TRT da 4ª Região /
Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª
Região. – n.1 (2009)- .Porto Alegre : Tribunal Regional
do Trabalho da 4ª Região, 2009 -

Periodicidade irregular.

ISSN 2176-400X

Titulo do fascículo n. 7: Jurisprudência trabalhista
comparada Brasil-Uruguai: reflexões de docentes e de
alunos juizes do curso de especialização da faculdade
de direito da Universidade da República do Uruguai no
Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região.

1. Direito do Trabalho 2. Direito Comparado 3. Brasil 4.
Uruguai 5. Jurisprudência 6. Terceirização . I. Brasil. Tribunal
Regional do Trabalho (4. Região). Escola Judicial.

CDU 34:331(81+895)

Bibliotecária responsável: Carla Teresinha Flores Torres CRB 10/1600.



Rua Alberto Peters, 537
19060-310 – Presidente Prudente – SP
Fone/Fax: (18) 3223.4814
e-mail: comercial@graficacs.com.br

**ESCOLA JUDICIAL
DO TRT DA 4ª REGIÃO**

v. Praia de Belas, 1432 – Prédio III
90110-904 – Porto Alegre – RS
Fone: (51) 3255.2683 – 3255.2684
e-mail: escola@trt4.jus.br
www.trt4.jus.br

Prólogo

La idea de publicar estudios sobre jurisprudencia del trabajo comparada de Brasil y Uruguay surgió del taller que sobre esa temática se realizó en Montevideo en el mes de junio de 2012 como parte de las actividades del Curso de Especialización en Derecho del Trabajo para Magistrados del Tribunal Regional de Trabajo de la 4ª región, iniciativa materializada mediante un convenio entre la Facultad de Derecho de la Universidad de la República del Uruguay y el Tribunal referido a través de su Escuela Judicial..

El taller trabajó sobre sentencias de ambos países en materias que para los magistrados revestían de importancia teórica y práctica, tales como jornada de trabajo, subcontratación, dependencia laboral y accidentes de trabajo. A partir de una brevíssima información sobre la normativa vigente en cada país, docentes y magistrados presentaron en el taller una selección de sentencias, las que fueron analizadas y comparadas en atención a la normativa aplicable, a los criterios de interpretación, a la valoración de la prueba, a las corrientes jurisprudenciales, etc, configurando así un original acercamiento al “derecho vivo” a través del método comparado.

El interés que despertó la experiencia motivó a los coordinadores del curso a impulsar la publicación de los trabajos, en tanto se consideró que aportaban un punto de vista innovador en lo metodológico, ya que las investigaciones desarrolladas hasta el momento en el ámbito de los países del MERCOSUR se habían limitado a la comparación legislativa, sin incurrir en el ámbito de la hermenéutica, entendida como interpretación y aplicación judicial del material normativo.

El presente volumen comporta entonces un doble y fecundo entrecruzamiento: por un lado, significa un encuentro de perspectivas de docentes y magistrados, participantes todos desde diversos lugares del Curso de Especialización; y por otra parte, permite contar con un ensayo que es una indagación sobre el derecho del trabajo apreciado en sus últimos confines, o sea, no ya (o no solamente) desde el discurso académico, sino desde la praxis jurídica.

La realización misma del volumen es demostrativa de los alcances que, no solo en el campo docente, sino también en la investigación jurídica tuvo el Curso de Especialización en Derecho del Trabajo, una de las últimas iniciativas que produjo Oscar Ermida Uriarte.

Hugo Barretto Ghione

Carlos Alberto Zogbi Lontra

SUMÁRIO

<i>La Jornada de Trabajo en Jurisprudencia Comparada Uruguay - Brasil</i> , Hugo Fernández y Ana Rivas	5
<i>Accidentes de Trabajo en la Jurisprudencia Uruguaya y Brasileña</i> , Rodrigo Trindade de Souza	23
<i>Subordinación - Estudio Comparado de Jurisprudencia Uruguay-Brasil</i> , Rosina Rossi Albert e Maria Del Carmen Corujo Milan	40
<i>Estudio Comparado acerca de la Jurisprudencia sobre Tercerización o Subcontratación: Brasil y Uruguay</i> , Valdete Souto Severo	68

La Jornada de Trabajo en Jurisprudencia Comparada Uruguay - Brasil

Hugo Fernández^{1}*

*Ana Rivas^{2**}*

Sumario: Introducción. 1 Análisis comparado de la jurisprudencia. 1.1 Criterios jurisprudenciales comunes. 1.1.1 Orden público. 1.1.2 Trabajo a la orden. 1.2 Criterios jurisprudenciales no coincidentes. 1.2.1 Reducción de jornada y reducción salarial. 1.2.2 Indemnización por supresión de horas extras. 1.2.3 El tiempo de traslado a cargo del empleador o tiempo in itinere y el concepto de jornada de trabajo. Conclusiones.

Introducción

El análisis de temas de Derecho del Trabajo desde la visión de la jurisprudencia tiene su fundamento en la especial participación de ésta en la interpretación e integración de las normas. En efecto, la jurisprudencia tiene una función de gran importancia en la generación de preceptos de conducta, que adquieren carácter más o menos general en su aplicación.

Ante un derecho como el de Trabajo, especialmente fragmentario en Uruguay, y esencialmente cambiante ya que su sujeto-objeto (trabajador-trabajo) de regulación está íntimamente vinculado a la vida misma, la jurisprudencia va adaptando en sus decisiones la norma fría e impersonal a la realidad material concreta.

La repetición de fallos en determinado sentido, genera una verdadera referencia o tendencia, que sirve en los hechos de respaldo a fallos posteriores.

Esta cualidad está instaurada en Brasil mediante las Súmulas (algunas

1* Profesor Adjunto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de la República- Uruguay.

2** Jueza Letrada de Única Instancia del Trabajo de 3º. Turno. – Uruguay.

vinculantes – artículo 103 A de la Constitución Federal) y las Orientaciones Jurisprudenciales, que en tanto interpretaciones pacíficamente adoptadas por un Tribunal, tienen por finalidad promover la uniformidad de las decisiones jurisprudenciales y a su vez, hacer pública la opinión de la jurisprudencia sobre determinados puntos.

La idea que el derecho es más que la ley o que la norma en su visualización formal y que la actividad jurisdiccional está en condiciones de hacer avanzar el derecho a través de una interpretación acorde con la dogmática del derecho del trabajo, son dos premisas útiles para el estudio comparado del derecho. En este caso es la actividad jurisdiccional el objeto de comparación y es precisamente en esta actividad donde se presentan mejores condiciones para aplicar la norma (interpretar e integrar la norma laboral) con apego a los principios propios de nuestra disciplina.

Ahora bien, el tema de la jornada de trabajo que envuelve una cantidad tan vastas de cuestiones, ocupa un lugar central en la atención del derecho del trabajo. El tiempo de trabajo es un concepto esencial en la construcción y funcionamiento de la relación de trabajo, primero con la fijación de un máximo de horas de labor y posteriormente con los planteos de reducción progresiva de la jornada.

En una disciplina como la nuestra nacida para resguardar la dignidad y cierto grado de libertad del hombre que trabaja en relación de dependencia, la limitación y regulación del tiempo de trabajo resulta ser la forma de desplegar con mayor eficacia la finalidad protectora.

Por otra parte, el tiempo o jornada de trabajo constituye la dimensión o medida de la prestación del trabajo y por lo tanto, existe una relación directa con la forma y determinación del salario y también con el tiempo de descanso y de ocio del trabajador. Esto último indica que el concepto de jornada de trabajo o limitación del tiempo de trabajo, no solo comprende aspectos cuantitativos sino también cualitativos. En este sentido, la proyección del concepto ha determinado que el tema se ubique entre las disposiciones más importantes del orden público laboral, esto es un mínimo regulatorio, no susceptible de ser dispuesto por la vía de la autonomía individual o colectiva de la voluntad.

El concepto de jornada de trabajo tiene también relación con la organización de la empresa. La distribución de horas de trabajo se realiza de acuerdo con cierta programación previa a cargo de quién dirige las actividades empresariales. En el desarrollo de actividades empresariales de distintas características (industrial, comercio, servicios) los criterios de organización y

distribución del tiempo de trabajo están siempre en tensión con las normas que regulan el tema, a tal punto, que buena parte de los conflictos de trabajo que se ventilan en la jurisdicción especializada, refieren a la aplicación de las normas sobre jornada, tiempo extraordinario de trabajo o descansos.

1 Análisis comparado de la jurisprudencia

De las sentencias seleccionadas se pueden extraer criterios jurisprudenciales comunes o coincidentes y otros que no lo son. Pasaremos revista a los criterios que forman parte de cada uno de estos grupos para luego realizar algunas breves conclusiones.

1.1 Criterios jurisprudenciales comunes

Dentro de los distintos temas relevados para la realización de este trabajo se destacan dos en los que existe plena coincidencia en cuanto a las soluciones jurisprudenciales que se da a los mismos. Ellos son: la prevalencia del carácter de orden público de las normas heterónomas relativas a la jornada de trabajo y el tratamiento que se da al trabajo a la orden, trabajo de retén, u horas de sobreaviso.

1.1.1 Carácter de orden público de las normas heterónomas relativas a la jornada de trabajo

En este punto tanto la jurisprudencia brasilera como uruguaya son contestes en considerar con carácter de orden público a las normas heterónomas que regulan la limitación de la jornada.

La limitación del tiempo que el trabajador destina a trabajar se funda en razones biológicas, morales y sociales directamente relacionadas con la higiene física y mental y con seguridad del trabajador, pero también en razones políticas y económicas, en tanto implica la optimización de la mano de obra que permite una mejor realización del trabajo, aumentando la competitividad empresarial.

La limitación de la jornada esta especialmente protegida por la Constitución Nacional uruguaya. En su artículo 54 establece “La Ley ha de reconocer a quién se halle en relación de trabajo o servicio [...] la limitación

de la jornada [...]” (entre otros derechos). Igual protección se encuentra en la Constitución Federal brasilera de 1988, en tanto en su artículo 7 enumera extensa y detalladamente todas las normas protectoras del trabajador y su familia, dentro de las cuales se encuentra la limitación de la jornada (puntos XIII y XIV), estableciendo expresamente la duración de la misma en 8 horas diarias y 44 semanales, salvo excepciones que enumera.

Esta protección impuesta a nivel constitucional se refleja fielmente en la legislación de ambos países.

En Uruguay la Ley 5350 artículos 1 y 3, establece para la industria una jornada de 8 horas diarias y 48 semanales y el Decreto-ley 14320 artículo 1 establece para el comercio una jornada de 8 horas diarias y 44 semanales, a lo que se agregan las disposiciones de los CIT 1 y 30 ratificados por Decreto-ley N° 8950.

En Brasil la Consolidación de las Leyes del Trabajo (en adelante CLT), establece en su artículo 58 que la duración de la jornada de cualquier empleado en cualquier actividad privada, no excederá de 8 horas diarias, salvo que se haya fijado expresamente otro límite.

Teniendo presente este marco legal, veremos que las sentencias analizadas fundan sus resoluciones en la prevalencia de esta normativa heterónoma dado su carácter de orden público.

Veamos

El Tribunal Regional de Trabajo de 4º Región en Acórdão 514-2008-002-04-00-1 RO, aplicó este criterio ante un reclamo de nulidad del régimen de compensación de jornada emanado de un convenio colectivo, que implicaba la afectación de los descansos semanales de trabajador.

El artículo 59 num. 2 de la CLT, establece que el empleador se podrá exonerar del pago de las horas extras, cuando por acuerdo o convenio colectivo el exceso de horas en un día sea compensado con su disminución en otro día, tomando como lapso de tiempo límite el período de un año. A esta acumulación de horas se la denomina “banco de horas”.

Esta facultad tiene tres límites, resaltados por el Tribunal, uno dado por la misma norma que establece que no podrán prorrogarse la jornada por más de 10 horas, otro, que surge de la imposibilidad de compensar con el descanso intermedio, en tanto se trata este último de una medida de higiene, salud y seguridad del trabajo, protegido por el artículo 7 num. XXII de la Constitución

Federal de 1988 y por el artículo 71 de la CLT y por último, tampoco se puede compensar con el descanso semanal, en tanto también es una medida de higiene, salud y seguridad del trabajo de especial importancia social.

Todas estas normas integran el sistema protector que caracteriza el Derecho del Trabajo.

Considera entonces el Tribunal brasileiro, que el “banco de horas” no es un salvoconducto para la extensión ilimitada de la jornada de trabajo, ya que es impensable un régimen de trabajo en el cual se prolongue la jornada sin concesión de descansos intermedios, bajo la premisa de que serán compensadas oportunamente por el empleador. Y ello porque la salud física y mental del trabajador no permite compensación que están amparadas por normas ineludibles de neto corte protector, que son de orden público.

Entonces, un régimen de compensación de jornada que infrinja estas normas de orden público no es admisible, debiendo condenarse al pago de horas extras.

También aplicó este criterio dicho Tribunal en la Acórdão 65-32.5.04.0451 RO, en la que se resolvió la reclamación de nulidad de un régimen de reducción de los descansos intermedios establecido por convenio colectivo.

Estos descansos intermedios están regulados por el artículo 71 de la CLT que establece (en lo que interesa al caso) que los mismos serán de una hora para jornadas que superen las 6 horas, y que su reducción solo procederá por acto del Ministerio de Trabajo, Industria y Comercio siempre que se compruebe que el empleador da servicio de comedor y que los trabajadores no están sometidos a jornadas superiores a la legal.

En este caso el empleador no probó que la empresa tuviera servicio de comedor, pero si se acreditó que el reclamante cumplía una jornada superior a la legal. Atento a ello el Tribunal consideró que fuera de las hipótesis del artículo 71 num. 3 de la CLT, es inviable que una simple previsión de intervalos menores a los establecidos legalmente, realizada en acuerdos colectivos de trabajo, tengan valor jurídico. Señala que no ignora que la negociación colectiva tenga ganada una destacada posición en la Constitución de 1988 mediante la garantía del “reconocimiento de las convenios y acuerdos colectivos de trabajo”, pero ese reconocimiento tiene un límite, y es que la autonomía de las voluntades colectivas no pueden incidir en el núcleo de derechos mínimos atribuidos al

trabajador por fuerza de la Ley.

Citando de Mauricio Godhino Delgado agrega que hay que armonizar las reglas jurídicas emanadas de la negociación colectiva con las reglas jurídicas provenientes de la legislación heterónoma estatal, de tal forma que solamente prevalecen las normas colectivas cuando establecen estándares de derechos superiores a los establecidos por las normas heterónomas.

En el caso a resolver, la norma colectiva estableció una reducción del descanso intermedio, que violenta las normas generales heterónomas, por lo que no corresponde su aplicación, por desatender derechos mínimos establecidos por la legislación vigente en el caso los artículo 7 párrafos XIII a XXVI de la Constitución Federal y artículo 71 num. 3 de la CLT.

Por su parte, la jurisprudencia uruguaya tiene el mismo criterio a la hora de dilucidar la norma a aplicar.

Así lo hace en la sentencia No. 115/11 el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1º Turno, al resolver el régimen de descansos semanales aplicable en el sector servicios.

Este sector de actividad no cuenta con regulación general expresa, que reglamente el tiempo de trabajo y de descanso. Se plantea en el caso, entonces, como primer objetivo establecer la norma aplicable, frente a lo cual hay dos posibilidades: aplicar la normas de la industria que establecen un descanso semanal de 24 horas (Ley 5350, CIT No.1) o la del comercio que impone un descanso semanal de 36 horas (Decreto-Ley 14320). Entiende el Tribunal a la hora de integrar la norma que debe aplicarse el principio protector en su proyección de la norma más favorable, y en consecuencia, corresponde integrar con el régimen establecido para el comercio por el Decreto-ley 14320 por ser más favorable, desde que establece un descanso semanal de 36 horas.

Ahora bien, la demandada alega la existencia de un convenio colectivo autorizado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, ante lo cual el Tribunal señala que “la autonomía colectiva halla el límite infranqueable de la Ley de orden público”, ya que no puede admitirse un contrato de trabajo que conculque el principio de irrenunciabilidad que informa todo el Derecho del Trabajo.

También el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 3º Turno, en sentencia No. 257/07, establece la preeminencia del orden público de la legislación que determina derechos básicos de los trabajadores, y en éste caso impone esta preeminencia frente a una convenio colectivo, aunque este haya sido recogido

en un Decreto emitido por el Poder Ejecutivo.

El caso: una profesional que es contratada en un régimen de 44 horas semanales, superaba las horas señaladas de labor, por lo que reclama horas extras. La accionada se defiende alegando que por ser profesional universitaria se encuentra incluida en las excepciones del Decreto N° 611/80, en tanto esta norma establece en su artículo 1 num. 4 que los profesionales universitarios o idóneos de alta especialización, y que cumplen tareas de tales, no se hallan comprendidos en la limitación de la jornada.

Pero el Tribunal entiende que la sola mención de un horario semanal en el contrato de trabajo, demuestra que al momento de la contratación no se la consideró incluida en dicha norma, lo que también surge del hecho de que no cumplía ninguna tarea para la que se requiriese alta especialización. Ante esta contradicción el Tribunal entiende que, siendo la legislación sobre horarios de trabajo de orden público, las excepciones al régimen deben interpretarse estrictamente, en tanto estas últimas, contienen restricciones a los derechos generales de los trabajadores. En aplicación de esta interpretación estricta, prevalece la norma heterónoma y más beneficiosa, frente a las previsiones contractuales realizadas por las partes.

Se puede apreciar, entonces, que la jurisprudencia de ambos países, otorga la categoría de normas de orden público a aquellas que establecen derechos fundamentales del trabajador, dentro de las cuales están las que imponen limitaciones a la jornada laboral. En efecto, desde que este derecho está amparado a nivel constitucional con un claro corte protector de aquellos que prestan su trabajo en una relación de dependencia, la autonomía de la voluntad se ve marginada. De tal forma, no podrán afectarse esos derechos fundamentales ni por la acción del legislador, ni por la mera renuncia, ni por acuerdos con el empleador ya sea en forma particular (contrato de trabajo) o general (convenio colectivo).

1.1.2 Trabajo a la orden o guardia de retén o “horas de sobreaviso”

Este tiempo “a la orden” o “de guardia”, llamado en Brasil, “horas de sobreaviso”, supone que el trabajador que no se encuentra dentro de su horario de trabajo legal, igualmente se encuentra sujeto a la voluntad del empleador, desde que esta supeditada su autonomía a la posibilidad de ser convocado a trabajar, por lo que la jurisprudencia de ambos países, es conteste en sostener

que estamos ante horas que deben considerarse efectivamente trabajadas.

Ahora bien ello no autoriza a considerar estas horas como extras o suplementarias, cuando superan la limitación legal o convencional de la jornada. Y ello porque se entiende que en estas situaciones el trabajador si bien pierde parcialmente la disponibilidad de su tiempo, desde que deberá estar siempre en comunicación con su empleador, dentro de la zona en que se trabaja, ya que puede ser convocado en cualquier momento, también goza de una libertad relativa, pudiendo descansar, pasear, leer, etc., mientras no sea convocado, lo que además, puede no pasar.

La Suprema Corte de Justicia en sentencia N° 43/99 y el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2° Turno en sentencia N° 497/11, han sostenido que no corresponde equiparar esta hipótesis al régimen remuneratorio de las horas extras establecido por el artículo 1 Inc. 2 de la Ley 15996, ya que este tiene por finalidad compensar el mayor esfuerzo, que se impone al trabajador al continuar su labor por un lapso de tiempo mayor al previsto legal o convencionalmente, porque se genera un mayor desgaste físico y/o mental del trabajador y vulnera su derecho a su tiempo libre. En cambio, en el caso de la guardia de retén o a la orden, este mayor esfuerzo o sacrificio, no se configura. Según la sentencia que estamos comentando, en estos casos, el trabajador si bien tiene que estar a disposición del empleador, puede estar en su casa, descansando, mirando televisión o leyendo, o incluso paseando por la zona, a la espera de ser convocado, convocatoria que puede llegar o no.

Es por ello que se concluye que si bien deben considerarse horas trabajadas, porque de acuerdo a la definición de tiempo efectivo de trabajo dada por el Decreto N° 29/10/57, artículo 6, y por el CIT N° 30 artículo 2, el trabajador no dispone libremente de su tiempo manteniendo una sujeción a su empleador, no puede considerarse que ese tiempo de trabajo se retribuya como hora extra, ya que no acompaña el fundamento o la ratio legis de este sistema remuneratorio, dado que la intensidad de las obligaciones asumidas es menor.

Mediante razonamiento similar el Tribunal Regional de Trabajo de la 4° Región, en Acórdão 676-73.2012.5.04.0029 RO, rechaza la reclamación de condena en horas de sobreaviso, realizada por un trabajador que debía permanecer en contacto con su empleador mediante teléfono celular, para atender los problemas que se suscitaran en los equipos de refrigeración del comercio empleador, y cuyo tarea en ese horario era específicamente recibir la llamada y derivarla a un equipo de trabajadores preestablecido, para que éste

fuera al lugar a reparar la avería.

Entendió el Tribunal que el reclamante no cumplía horas de sobreaviso, ya que su única función era recibir la llamada desde la empresa ante algún problema y derivar la misma a otros trabajadores que era los que se trasladaba al lugar a hacer la reparación. Por tanto, quienes estaban cumpliendo horas de sobreaviso, ya que realizaban un trabajo efectivo que les impedía disponer de su tiempo libremente, era ese equipo de trabajo, pero no el reclamante que se limitaba a derivar la llamada y quien no veía afectada su libertad de locomoción ya que podía recibir y derivar las llamadas desde cualquier lugar.

Por último, es de destacar que en ambos países se carece de legislación específica respecto de las horas de retén u horas de sobreaviso, por lo que los tribunales han resuelto estos puntos a través de un proceso de integración del derecho.

1.2 Criterios jurisprudenciales no coincidentes

Existen algunos puntos relativos al régimen de jornada de trabajo que se resuelven en forma diferencial en ambos países. Se destacan en este punto tres temas que analizaremos a continuación.

1.2.1 Reducción de la jornada y reducción salarial

El Tribunal Regional de Trabajo de la 4ª Región por Acórdão 113500-27.2009.5.04.0023 estableció la imposibilidad de reducir el salario en forma proporcional al tiempo trabajado, cuando se reduce la duración de la jornada de labor.

El caso en examen trata de una trabajadora bancaria que trabajaba 8 horas abonándosele determinada remuneración. De acuerdo al artículo 224 de la CLT los trabajadores bancarios tienen una jornada de 6 horas, por lo que esta trabajadora solicitó judicialmente la reducción de la jornada, a lo que se le hizo lugar condenándose al empleador a abonar las horas excedentes como horas extras. Ante esta resolución judicial el empleador reduce el salario de la trabajadora alegando que la remuneración percibida anteriormente estaba directamente relacionada a la jornada de 8 horas y por tal razón reduce el salario

en la proporción correspondiente.

Sometido a consideración del Tribunal en mismo concluye que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 7, núm. VI de la Constitución Federal de 1988, que establece la irreductibilidad del salario. Por otra parte, la sentencia comentada también se funda en el artículo 468 de la CLT que sólo autorizan alteraciones en las condiciones del contrato de trabajo cuando se realizan por mutuo consentimiento o desde que no resulten en perjuicio para el trabajador, bajo la pena de nulidad de la cláusula que viole esta garantía.

En este sentido, el reducir el salario por voluntad unilateral de empleador supuso una alteración del contrato en perjuicio de la trabajadora, y por lo tanto, la nulidad. El hecho que haya mediado una reducción lícita de la jornada de labor, por aplicación del cumplimiento de la jornada máxima del sector de actividad en el que desarrollaba sus tareas la trabajadora, no altera dicha conclusión ya que, en aplicación del principio de estabilidad económica y de los principios constitucionales y legales señalados, el empleador no puede por su simple voluntad alterar *in peius* las condiciones del contrato de trabajo. En otras palabras, no puede reducir la jornada de trabajo con rebaja salarial proporcional en forma unilateral, aunque su decisión pretenda fundarse en la disminución proporcional consecuencia de ajustar la jornada de trabajo a la duración máxima legalmente impuesta.

En la jurisprudencia uruguaya, no se ha encontrado sentencias que resuelvan casos similares al planteado anteriormente. Sin embargo, el criterio de la disminución proporcional del salario respecto de la reducción de la jornada, se encuentra entre los criterios que se han manejado en Uruguay.

1.2.2 Reducción o supresión de horas extras: indemnización

En la sentencia No. 0114300-43.2008.5.04.0006 del Tribunal Regional de Trabajo de la 4ª Región, se hace referencia a una jurisprudencia del Tribunal Superior del Trabajo de Brasil, recogida en la Súmula 291³ que determina que cuando el empleador decide suprimir las horas extras, debe indemnizar al trabajador que pierde de ganar el salario que en forma habitual venía cobrando por dicho concepto.

Esta posición jurisprudencia no se encuentra en la jurisprudencia uruguaya. Por el contrario, el criterio predominante en la jurisprudencia uruguaya

3 Resolución 1/1989 Diario Judicial de 14 de abril de 1989.

es que en base al carácter potestativo de las horas extras éstas pueden ser suprimidas por el empleador en cualquier momento y circunstancia, sin que esta decisión genere para el trabajador derecho a reclamar el mantenimiento de las horas extras o el pago de una compensación o indemnización.

La jurisprudencia uruguaya parte de la base que el empleador en ejercicio del *jus variandi* puede modificar, dentro de los límites de esta potestad, algunas condiciones laborales del trabajador.

En este sentido y con referencia al concepto de jornada o tiempo de trabajo, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º Turno en sentencia No. 49/2008, parte de la base que la determinación del horario de trabajo se encuentra dentro de los poderes de dirección del empleador. Es por esta razón que, en tanto no se pruebe que medio mala fe o intención de dañar en la decisión del empleador, el cambio de horario es considerado válido por la jurisprudencia uruguaya citada.

En este marco y sin perjuicio de lo dicho anteriormente, se ha planteado como criterio de ponderación jurisprudencial de la prueba, la necesidad de cotejar los dos intereses en juego; por un lado, el interés del empleador por establecer el cambio en cuestión y por otro lado, el interés del trabajador que en este caso, implica considerar el perjuicio que le pueda generar el cambio de horario indicado por su empleador. Para mediar en este dilema de ambos intereses, en aplicación de un criterio jurídico que en este caso no parece tener un alcance adecuado, la jurisprudencia ha referido al principio de razonabilidad. (Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3º en Sentencia No. 272/2008). En otro caso sometido a decisión judicial, se ha dicho que el ejercicio de la potestad empresarial de reducir o suprimir las horas extras, no violenta la jornada laboral legal o convencional, sino que por el contrario, es una demostración de respeto de la misma. (Juzgado Letrado de Primera Instancias del Trabajo de 8º Turno, Sentencia No. 104/2010).

Es evidente que las sentencias comentadas aportan soluciones distintas en supuestos de hecho donde se genera la reducción del tiempo habitual de trabajo.

Por la proyección práctica que posee el criterio de la jurisprudencia brasilera, daremos cuenta brevemente de sus principales aspectos.

La sentencia del Tribunal Regional del Trabajo de la 4ª Región confirma la jurisprudencia del Tribunal Superior del Trabajo brasilero que indica en una parte su argumentación, que lo que da soporte a la indemnización por supresión

de horas extras es el llamado principio de la estabilidad financiera. Según esta jurisprudencia, esta idea general, estaría perfectamente justificada en la necesidad que el trabajador cuente con un ingreso estable y predecible, de manera de poder ordenar sus gastos en relación a su salario.

El hecho que el trabajador reciba el pago de horas extras en forma continua y permanente por un período prolongado, genera el derecho a ser protegido en su ingreso o como ocurre con el alcance dado al concepto en la Súmula 291, a ser reparado en el perjuicio sufrido. La jurisprudencia brasilera ha optado por la reparación del daño, indicando como criterio que el trabajador afectado reciba una indemnización por sufrir la pérdida o reducción de ingresos, generada por la decisión unilateral del empleador.

Según esta jurisprudencia, tanto el salario básico como el marginal son pasible de recibir la misma protección, lo que se traduce en que el salario cualquiera que sea su tipo, no puede ser reducido por el empleador y para el caso que ello ocurriera deberá pagar la indemnización, calculada en la forma que establece la jurisprudencia del Tribunal Superior del Trabajo brasileiro.

La supresión de las horas extras genera el derecho a la indemnización bajo dos condiciones: a) las mismas deben realizarse en forma continua y b) la continuidad debe prolongarse por lo menos durante un año⁴.

La jurisprudencia del TRT de la 4ª Región, agrega a estas dos condiciones que para que se genere el derecho a la indemnización las horas extras suprimidas debieron ser cobradas por el trabajador. Parecería que este requisito no cuenta con mayores fundamentos, pero sin embargo, en una decisión que puede ser criticada, ha servido de argumento para que el Tribunal citado, le negara a la reclamante el derecho al cobro de la indemnización por supresión de horas extras.

En otro orden de cosas, según la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia (Súmula Nº 291), el cálculo de la indemnización correspondiente debe ser realizado a razón del valor de las horas suprimidas en un mes, multiplicado por cada año o fracción de año igual o superior a seis meses de prestación de servicios. La jurisprudencia mencionada agrega que para el cálculo se tomará en cuenta el promedio de las horas extras efectivamente trabajadas en los últimos

4 Si bien el plazo es menor al anteriormente planteado por la Súmula No. 76 de 1978, que fue revisada por la Súmula No. 291, antes se ponía el límite de dos años; en esta última se establece la reparación por equivalente, en cambio en la anterior se establecía que el valor de las horas extras pasaba a integrar el salario del trabajador a todos los efectos legales.

12 meses, multiplicado por el valor de la hora extra del día de la supresión.

En las decisiones judiciales comentadas, los fundamentos están estructurados sobre la base de considerar que el trabajador tiene derecho a una estabilidad salarial, aún tratándose de un ingreso que se devenga por el pago del trabajo extraordinario.

Sin lugar a dudas que la jurisprudencia brasileira que ha adoptado este criterio desde hace varios años, es innovadora respecto a su similar de Uruguay. Esta última es proclive a considerar que el carácter extraordinario del trabajo lo hace aleatorio y que, por lo tanto, no es asimilable al concepto de estabilidad, lo que genera una posición jurisprudencial contraria a que el trabajador tenga derecho a esa porción de salario aunque la haya percibido desde largo tiempo atrás en forma continua y permanente.

1.2.3 El tiempo de traslado a cargo del empleador o tiempo in itinere y el concepto de jornada de trabajo

En este punto, también es diferente la jurisprudencia de ambos países.

Cabe señalar que tanto en Uruguay como en Brasil existen disposiciones normativas generales que regulan el tiempo que insume el traslado del empleado desde su lugar de residencia a su lugar de trabajo y que esta normativa, establece las condiciones que debe tener el traslado para poder considerarse tiempo de trabajo.

Así en Uruguay, el artículo 9 del Decreto del 29/10/57 establece tres requisitos para que el tiempo de traslado se considere tiempo de trabajo a todos los efectos legales y reglamentarios: a) el lugar de trabajo se debe encontrar a más de un kilómetro del ferrocarril⁵ o centros poblados más cercanos, b) el transporte debe ser proporcionado por el empleador y c) el traslado debe durar más de una hora.

Por su parte, el artículo 58 núm. 2 de la CLT de Brasil, establece como requisitos que: a) el lugar de trabajo sea de difícil acceso o no se pueda acceder por transporte público y b) que el traslado sea de cargo del empleador.

A los dos requisitos establecidos en la Consolidación de Leyes del

5 Sería correcto considerar esta referencia como análoga a transporte público colectivo.

Trabajo, en el derecho brasileiro debe agregarse lo dispuesto en la Súmula 90⁶ del Tribunal Superior del Trabajo de ese país, que ha agregado a los requisitos establecidos en el artículo 58 antes citado, dos condiciones adicionales, que el Tribunal utiliza como fundamentos para concluir que el tiempo de traslado sea considerado como tiempo trabajado.

Las condiciones que incluye esta jurisprudencia son: a) que exista incompatibilidad de los horarios del transporte público con los horarios de comienzo y/o finalización de la jornada de trabajo y b) que el transporte público solo cubra parte del trayecto y la distancia restante se realiza en transporte ofrecido por el empleador; en este caso solo, según el Tribunal, solo se computará como tiempo de trabajo el que demanda el trayecto realizado con transporte suministrado por el empleador. Aclara esta Súmula que la mera escasez de transporte no habilita a considerar el tiempo del viaje como trabajado. En cuanto a la naturaleza jurídica que el Tribunal atribuye a éste tiempo de traslado, considera que de exceder la jornada convencional debe ser catalogado de hora extra y abonado con el recargo correspondiente a las mismas.

Es apreciable que en la primera de las condiciones que incluye el Tribunal Superior del Trabajo brasileiro, se produce una ampliación del criterio jurídico que permite incluir el tiempo de traslado en el concepto de tiempo de trabajo o jornada de trabajo. Según la jurisprudencia citada, para descartar que no estemos dentro del concepto de tiempo de trabajo, es necesario que además de existir transporte público, el mismo tenga horarios sincronizados con la hora de comienzo y finalización de la jornada. De acuerdo con este criterio jurisprudencial, en la medida que el trabajador no puede utilizar el transporte público en horarios o frecuencias adecuadas para llegar a su trabajo en hora coincidente con el comienzo de sus actividades, el empleador no podrá excusarse en la existencia de transporte público.

Todos los requisitos y condiciones que sirven de argumento a la jurisprudencia de cada país, aunque son diferentes en su formulación, tiene similar fundamento.

Veamos una síntesis de los argumentos utilizados:

a) no hay transporte público o en caso de que el mismo exista, los horarios del transporte público no son compatibles con los horarios de comienzo

6 Resolución No. 129 Diario judicial, del 5 de abril de 2005.

y finalización de la jornada de trabajo del trabajador.

b) el trabajador debe utilizar para su desplazamiento un transporte proporcionado por su empleador, lo que implica que el trabajador queda sometido a la disponibilidad del empleador y por lo tanto pierde la disponibilidad de su tiempo.

c) el traslado durar más de un determinado tiempo (una hora en la norma uruguaya).

d) Debe existir una cierta distancia en el recorrido del traslado. (Un kilómetro en la norma uruguaya).

En estos dos últimos aspectos tanto la norma como la jurisprudencia que la aplica hacen funcionar el principio de razonabilidad como forma de aportar criterios basados en situaciones objetivas que refieren a tiempo prolongados dedicados al traslado.

Veamos ahora alguna de las sentencias que se han analizado comparativamente donde efectivamente se reconocerán algunos de los criterios jurídicos que hemos adelantado en los párrafos anteriores.

Por Acórdão N° 0000227-79.2011.5.04.0741 RO, el 5º Turno del Tribunal Regional de Trabajo de la 4ª Región, se interpreta que la Súmula No. 90 exige dos condiciones y que las mismas deben configurarse simultáneamente. Como hemos visto, las condiciones son: a) que el local de trabajo sea de difícil acceso y b) que no exista transporte público hacia el mismo. En base a estos elementos, y entendiendo que no se logró probar que en el caso se dieran estas condiciones, el Tribunal concluye que el tiempo de transporte que brindaba el empleador, no puede considerarse como tiempo de trabajo.

En el mismo sentido, por Acórdão N° 0001084-40.2010.5.04.0522 RO, el 9º Turno de dicho Tribunal, consideró que el demandado, para librarse del pago del tiempo de traslado, debió acreditar que ofrecía transporte a sus empleados por mera liberalidad, prueba que se lograba mediante la demostración de que existía transporte público apto, durante el horario de trabajo.

En la jurisprudencia brasilera cuando el traslado ofrecido por el empleador se hace por mera liberalidad o conveniencia de éste, no se considera tiempo de trabajo siempre que se pruebe que el lugar de trabajo no era de difícil acceso y que existe transporte público hacia el lugar de trabajo en horario

adecuado para que el trabajador pueda cumplir con su jornada de trabajo.

En base a una legislación más concreta, la jurisprudencia uruguaya relevada ha generado otros contenidos.

Debe advertirse que en Uruguay el sector de actividad en el que últimamente se ha planteado este tema es el forestal. Aquí es normal que los trabajadores deban trasladarse varios kilómetros a las zonas forestadas hasta llegar a la zona donde desarrollan sus actividades. Por tratarse de zonas rurales donde no existe transporte público es el empleador el que proporciona el medio de locomoción, hecho que genera el reclamo de los trabajadores por la remuneración del tiempo de traslado.

En estos casos, la jurisprudencia ha entendido (teniendo presente el concepto de trabajo efectivo), que el trabajador se encuentra sujeto a la voluntad del empleador y a su poder de dirección, por lo que, si bien no está cumpliendo su tarea específica, se considera tiempo a la orden y por tanto tiempo efectivo de trabajo.

La jurisprudencia uruguaya ha establecido que el trabajador no tiene libertad de acción al encontrarse confinado en el medio de transporte. Los empleadores demandados han esgrimido como defensa, que el trabajador durante el traslado puede leer, escuchar música, comer etc., por lo que no está cumpliendo una orden de trabajo. La jurisprudencia ha indicado que lo que se valora a la hora de establecer esa sujeción es la libertad de acción, la libertad de movimiento, concluyendo que durante el trascurso del viaje el trabajador no puede hacer lo que quiere, sino que está sujeto a la voluntad del empleador dentro del transporte que lo lleva a su lugar de trabajo. Esta situación de sujeción es lo que lleva a la jurisprudencia a considerar que este tiempo de traslado, cuando supera el horario legal o convencional, debe ser catalogado de horas extras.

Ahora bien, atendiendo a los requisitos exigidos por el artículo 9 del Decreto del 29/10/57 antes citado, la jurisprudencia, unánimemente, exige que se acredite que el traslado brindado por el empleador ha insumido más de una hora y aunque en el caso jurisprudencia planteado en el comentario, no se controvierte que la distancia es mayor a un kilómetro, también es un requisito de la legislación uruguaya que el traslado sea superior a un kilómetro de distancia.

Así el Tribunal de Apelaciones de 1º Turno por sentencias N° 48/2010 y 138/2010, señala que de la prueba aportada en el expediente surge acreditado que el tiempo de traslado insumía más de una hora a la ida y lo mismo a la vuelta, por tanto, excediéndose en el caso la limitación de la ley laboral, se

deben considerar como tiempo trabajado y como hora extra y por lo tanto, remunerarse con el recargo correspondiente. Igual posición sustenta el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 2º Turno en sentencia N° 195/2009.

También aclara este Tribunal en sentencia No. 199/2008, que la norma no exige que se supere la hora tanto a la ida como a la vuelta, sino que basta que en uno de los viajes se supere la hora para que ésta sea computada como trabajada.

Observando ambas jurisprudencias, podemos advertir una divergencia importante. En efecto, la jurisprudencia uruguaya considera que por el solo hecho objetivo que el empleador asuma el traslado del trabajador, si este excede de una hora de duración y el trayecto es mayor a un kilómetro es considerado tiempo de trabajo, sin importar si ello beneficia al trabajador, ya que se parte de la base de que existe una motivación de conveniencia para empleador, que se asegura que sus trabajadores estén a tiempo en el lugar de trabajo. Mientras tanto, para la jurisprudencia brasileira, el tiempo que dure el traslado no es relevante, y sí lo es el acceso difícil al lugar de trabajo y la falta de transporte público, condiciones que deben existir conjuntamente. De lo contrario el criterio sustentado es que el traslado a cargo del empleador es una mera liberalidad del empleador, que no genera pago extraordinario por no ser considerado tiempo de trabajo.

Conclusiones

En materia de tiempo de trabajo es evidente que ambas jurisprudencia han desarrollado conceptos que se apoyan en el carácter de orden público de las normas vigentes en cada país.

Coincidentemente, ambas jurisprudencias distinguen el tiempo de trabajo efectivo y el tiempo a la orden o a disposición del empleador, para aplicar el criterio de horas extras.

Es destacable que la jurisprudencia brasileira ha adoptado decisiones innovadoras que en alguna medida cumplen con el objetivo tuitivo del derecho del trabajo. La misma hace referencia al principio de estabilidad económica como fundamento de la decisión judicial que opta por favorecer la predictibilidad del salario y por proteger el ingreso salarial del trabajador dependiente, generando un concepto que muestra una tendencia a dejar atrás dos ideas que en la jurisprudencia uruguaya parecen estar muy presentes. Nos referimos a la idea del contrato de trabajo como instrumento de regulación de la relación laboral y al

concepto de *jus variandi*, radicado en el ejercicio de la potestad de dirección del empleador.

Por último, las circunstancias en que se desarrollan las actividades en algunos sectores productivos, ha determinado que el alcance del concepto de jornada o tiempo de trabajo llegue a abarcar situaciones en las que el trabajador no ha comenzado a trabajar pero que por las circunstancias en las que se desarrolla el trabajo, le imponen al trabajador estar una situación de pérdida de libertad. El hecho que el trabajador no pueda disponer de su tiempo en beneficio propio es determinante en esta jurisprudencia, para encuadrar dentro del concepto de jornada de trabajo, el tiempo que insume el traslado al lugar de trabajo. La jurisprudencia comentada, confirma que el carácter conmutativo de la relación laboral no se calibra en base a un criterio aritmético sino considerando la situación de libertad del hombre que trabaja.

Accidentes de Trabajo en la Jurisprudencia Uruguaya y Brasileña

Rodrigo Trindade de Souza^{1*}

Introducción. 1 Modalidades Resarcitorias. 1.1 Seguro de Accidente de Trabajo. 1.2 Responsabilidad Subjetiva. 2 Nociones y Grados de Culpa. 3 Pluralidad de ofensores. Delimitación de responsabilidad. 4 Cálculo de la pensión. 5 Estabilidad laboral por accidente. Consideraciones finales.

Introducción

La historia del Derecho del Trabajo se entrelaza con la lucha por la prevención y reparación de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales. Gran parte de las luchas por la formación de la legislación social, en Brasil y en Uruguay, radicaba en la necesidad de que el trabajador no soportara en solitario los riesgos de lesiones por su actividad, el peso de su infortunio.

Las relaciones laborales en Uruguay y Brasil poco difieren en cuanto a la lucha de los obreros por condiciones laborales más seguras y sanas. También, por desgracia, se asemejan en la continuidad de la cultura de la mala condición de trabajo, en la preferencia indemnizatoria a la preventiva.

Los dos países, sin embargo, poseen como punto de contacto la formación de tejido normativo bastante suficiente – aunque diferente en muchos aspectos – en la instrumentalización de la opción comunitaria de buscar proporcionar al dañado resarcimiento y amparo.

En el amplio estudio internacional sobre la regulación del trabajo realizado en 2004, se percibe que Brasil y Uruguay, países clasificados como de Derecho de origen francés, poseen indicadores similares. Así, podemos ver en la siguiente tabla:

^{1*} Juez del trabajo en el Tribunal Regional del Trabajo de la 4ª Región (Rio Grande do Sul), máster en Derecho por la Universidade Federal do Paraná (UFPR) y experto en Derecho Material y Procesual del trabajo por la Universidade do Brasil (Unibrasil). Alumno de postgrado en la Universidad de La Republica (Montevideo, Uruguay). Profesor de Derecho Material y Procesual del Trabajo.

País	Employment laws index	Collective relations laws index	Social security laws index	Log GNP per capita 1997
Brazil	0,5676	0,3780	0,5471	8.4638
Uruguay	0,2762	0,3542	0,6778	8.7641
Median	0,4749	0,4554	0,6774	8.0163

Fonte: BOTERO et al., 2004

El breve estudio a seguir no tiene el objetivo de agotar las cuestiones que giran alrededor del gran tema de la infortunística laboral y su tendencia indemnizatoria, sino que busca, subrayar algunos importantes puntos de contacto y de alejamiento de las experiencias jurídicas uruguaya y brasileña en este tema tan complejo.

1 Modalidades Resarcitorias

El ordenamiento uruguayo presenta un sistema dual de proporcionar indemnizaciones para accidentes de trabajo. Una modalidad es de responsabilidad objetiva, con indemnización tarifada pagada por órgano de seguro. El segundo tipo se basa en la responsabilidad subjetiva, pagada por el empleador, con un valor establecido judicialmente, según la exacta extensión de los daños y que ocurre en las situaciones de conducta dolosa o culpa grave del empleador.

El sistema brasileño también tiene dualidad en las prestaciones originadas en accidente de trabajo o enfermedades equiparadas. La Constitución Federal establece en el artículo 7º, XXVIII² que hay una responsabilidad objetiva a través del seguro contra accidentes de trabajo, pagado por la Seguridad Social. En

2 Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado quando incorrer em dolo ou culpa. N.d.T Art. 7º. Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que tengan por objetivo el mejoramiento de sus condiciones sociales: [...] XXVIII-seguro contra accidentes de trabajo, a cargo del empleador, sin excluir la indemnización a la cual éste está obligado cuando incurre en dolo o culpa.

paralelo hay responsabilidad subjetiva del empleador, en el caso de dolo o culpa.

1.1 Seguro de Accidente de Trabajo

En los países, las modalidades de responsabilidad objetiva aplican la teoría del riesgo integral, por el cual el deber de indemnizar resulta del propio daño, sin consideración de cualquier hipótesis excluyente del nexo (hecho de un tercero, culpa de la víctima, caso fortuito y fuerza mayor).

El primer modelo uruguayo de resarcimiento tiene características de responsabilidad objetiva y se basa en el riesgo de autoridad, cuyas indemnizaciones son pagadas directamente por el seguro. Se trata de un tipo de indemnización tarifada y que posee finalidad esencialmente social: garantizar la reparación inmediata de las consecuencias del daño producido en la integridad física del trabajador.

Se prevé en el artículo 140 del C.G.P. y en la Ley 16.074, la obligatoriedad de las empresas de contratar seguro por accidentes de trabajo³. El artículo 1º declara obligatorio el seguro por accidentes de trabajo. Es transferido al Banco de Seguros la obligación de abonar la asistencia médica y las indemnizaciones que correspondan a los trabajadores comprendidos en la ley⁴, y sólo en el valor del seguro⁵.

En el caso brasileño, la responsabilidad objetiva está limitada a la situación de fijación de la obligación del órgano de seguridad social de alcanzar prestación propia por accidente de trabajo. Se agota, por lo tanto, como seguro obligatorio, pagado por el empleador y dirigido al órgano de seguridad social oficial.

Hay, sin embargo, una diferencia notable en los dos sistemas nacionales. En Brasil, tras un período de incertidumbre, la jurisprudencia ha establecido que no existe una relación de dependencia o perjuicio en las dos indemnizaciones

3 Art. 1º. Se declara obligatorio El seguro sobre accidentes del trabajo y enfermedades profesionales previsto en la presente ley.

4. Art. 8º. El Banco de Seguros del Estado prestará asistencia médica y abonará las indemnizaciones que correspondieran a todos los obreros y empleados comprendidos por la presente ley, con independencia de que sus patronos hayan cumplido o no con la obligación de asegurarlos. Ello sin perjuicio de las sanciones y recuperos a que hubiere lugar.

5 "El Banco de Seguros del Estado es responsable de acuerdo con el art. 7 de la ley 16.074, solo por el pago de la renta, temporaria o definitiva. No puede ser responsable directo de daño alguno en la medida que siquiera su acción incidió en la producción del accidente." Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Primer Turno. Sentencia definitiva 286/2009. Min. Redactor Rosina Rossi, juicio en 18/11/2009.

(la pagada por el sistema de seguridad social y la lograda por el empleador): se admite la superposición y por lo tanto no es adecuado limitar una sobre la otra. Aunque una eventual prestación de la seguridad social pueda cubrir posibles pérdidas por el evento dañoso, el empleado puede solicitar el reembolso de su empleador, si se prueba la culpa.

El modelo uruguayo permite que haya únicamente pago de indemnización tarifada, sin cualquier responsabilidad directa del empleador. Así ocurre cuando el valor alcanzado por el seguro es suficiente para soportar todos los perjuicios resultantes del evento dañoso. Sólo cuando en caso de dolo o culpa grave se podrá demandar la diferencia directamente al empleador.

Brasil cuenta con un seguro de accidente de trabajo, con el establecimiento de responsabilidad del órgano de seguridad social para ofrecer servicios de reparación. Así lo determina la Ley 8.213/91 y Decreto 2.172/97. Se aplica aquí la teoría de riesgo integral, por lo que ni siquiera las causas de exclusión del nexo causal – culpa de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o de fuerza mayor – alejan el derecho del empleado de recibir los fondos de seguridad social.

Sin embargo, existiendo dolo o culpa, el seguro contra accidentes de trabajo no exime la responsabilidad del empleador brasileño. La Constitución prevé la responsabilidad del empleador en caso de accidentes en el trabajo, siempre que resulte de conducta dolosa o culpable. No hay limitación o cualquier relación de pérdida entre el beneficio obtenido por la Seguridad Social y la lograda por el empleador.

1.2 Responsabilidad Subjetiva

La segunda modalidad de resarcimiento para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales es de tipo subjetivo del empleador y se basa en reglas del derecho común. Ambos los sistemas nacionales de responsabilidad subjetiva se difieren en los requisitos de grados de culpa que permiten su manejo. Mientras que el derecho brasileño permite que aun la culpa leve determine responsabilidad del empleador, la legislación uruguaya establece que sólo casos de dolo o culpa grave del empleador otorgan responsabilidad.

En Uruguay, la responsabilidad subjetiva tiene aplicaciones en las situaciones específicas de dolo o culpa grave en las obligaciones patronales de seguir normas de prevención y seguridad. Los accidentes producidos con culpa leve del empleador en el cumplimiento de las normas de seguridad y prevención,

permanecen exclusivamente reparados por la indemnización tarifada⁶.

Dicha responsabilidad subjetiva limitada sigue la disciplina del artículo 7º de la ley 16.074, fijando la obligación del empleador de cumplir las normas de seguridad. Asimismo, la Ley 10,004 establece en su primer artículo que el empleador es responsable civilmente por los accidentes que ocurran con sus empleados *“a causa del trabajo o en ocasión del mismo”*.

La aplicación de la responsabilidad subjetiva posee dos requisitos: la existencia de culpa grave o culpa del empleador y la existencia de perjuicios que ultrapasen los valores alcanzados por el seguro obligatorio⁷.

Conforme dispone los artículos 7º⁸ y 8º⁹ de la ley 16.074, hay una limitación

6 A título ilustrativo, Argentina posee sistema similar, pero con más limitaciones, La Ley de Riesgos Del Trabajo, art. 39, veda al afectado por los daños sufridos, el amparo de las normas generales sobre responsabilidad civil. Según enseña Vázquez, “la prohibición comprende tanto el marco de la responsabilidad contractual como la extracontractual, de factor subjetivo u objetivo de atribución. Ello, a excepción de que se configure el supuesto de dolo del art. 1072 del Código Civil”. Dicha autora, sin embargo, critica esa opción, afirmando que “la ley de riesgos del trabajo, en particular expuesto, va a contrapelo de toda la tendencia que se ha desplegado en el derecho moderno y así lo ha puesto de relieve la doctrina”. (VÁZQUEZ, 2004, p. 82 e p. 95).

7 “Así cuando se pretenda la culpa del empleador y en consecuencia su responsabilidad directa bajo las reglas del derecho común, el trabajador deberá probar dos aspectos: uno, la acción u omisión ilícitas (incumplimiento en normas de prevención o seguridad) y otro, la relación de causalidad entre el daño y la culpa (en el grado de culpa grave o dolo) como factor de atribución. Serán aplicables pues, con las adaptaciones del caso, todos los elementos de la responsabilidad civil y en particular de la responsabilidad contractual” (Sentencia Definitiva n.º 214/2009. Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Primer Turno. Ministro Redactor: Dra. Rosina Rossi. 26/2009).

8 Artículo 7º.- Las personas amparadas por la presente ley, y en su caso, sus derecho-habientes, no tendrán más derechos como consecuencia de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, que los que la presente ley les acuerda, a menos que en éstos haya mediado dolo por parte del patrono o culpa grave en el incumplimiento de normas sobre seguridad y prevención. En este caso además el Banco podrá aplicar las sanciones correspondientes (Pérdida del seguro, recuperaciones de gastos y multas).

Acreditada por el patrono la existencia del seguro obligatorio establecido por la presente ley, la acción deberá dirigirse directamente contra el Banco de Seguros del Estado, quedando eximido el patrono asegurado de toda responsabilidad y siendo aplicables por tanto las disposiciones del derecho común. Todo ello sin perjuicio de la excepción establecida en el inciso anterior.

9 Artículo 8º.- El Banco de Seguros del Estado prestará asistencia médica y abonará las indemnizaciones que correspondieran a todos los obreros y empleados comprendidos por la presente ley, con independencia de que sus patronos hayan cumplido o no con la obligación de asegurarlos. Ello sin perjuicio de las sanciones y recuperos a que hubiere lugar.

Las indemnizaciones que abonará el Banco a siniestrados dependientes de patronos no asegurados se calcularán tomando como base un salario mínimo nacional.

A aquellos funcionarios públicos dependientes de Organismos que no estén al día en el pago de las primas o no hayan asegurado a sus funcionarios, sólo se les brindará asistencia médica.

El Banco de Seguros del Estado deberá exigir en todos los casos del patrono no asegurado, la constitución del capital necesario para el servicio de renta y el reembolso de los gastos correspondientes, conforme al procedimiento establecido en el artículo 36.

Constituido el capital correspondiente y pagados los demás gastos anexos por el patrono, o convenida con el Banco de Seguros del Estado una fórmula de pago, se efectuarán las reliquidaciones que

del derecho que reclama indemnización directamente al empleador. La empresa queda eximida de responsabilidad si la cobertura del seguro de accidentes de trabajo es suficiente para proveer la indemnización en la forma de valores o de asistencia médica.

En común, Brasil y Uruguay reconocen esta segunda modalidad resarcitoria como de tipo contractual. Radica en la obligación empresarial de proteger la salud y la seguridad de los empleados, previniendo la ocurrencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, por medio del cumplimiento de las normas de seguridad e higiene en el trabajo, así como la observancia de un standart mínimo de prudencia y diligencia.

El modelo brasileño de culpa subjetiva, sin embargo, no está limitado a las hipótesis de dolo o culpa grave del empleador, También la culpa leve es suficiente para la fijación de la responsabilidad de resarcimiento.

Actualmente, la jurisprudencia brasileña no establece restricciones a la acumulación de reparaciones civiles con los beneficios accidentarios¹⁰. La lógica de la acumulación está en el desplazamiento de la naturaleza contractual del asegurado del trabajo para un sistema de seguro social de solidaridad más amplia. Además, el trabajador y empresario contribuyen para la seguridad social como modo de financiar los beneficios accidentarios.

Se refuerza la separación de resarcimientos, porque de alguna manera, el beneficio de la seguridad social deriva de un otro tipo de premio de seguro.

2 Nociones y Grados de Culpa

Por tratarse de modalidad de responsabilidad subjetiva y para aplicación de la reglamentación indemnizatoria del derecho común, la jurisprudencia de los dos países subrayan que es el empleado quien debe demostrar la culpa patronal.

Así, le corresponde al trabajador primero comprobar el hecho de la acción o la omisión ilícitas, como el incumplimiento de normas de prevención o seguridad. También le corresponde presentar la relación de causalidad entre el daño y la culpa, como factor de atribución. Serán, consecuentemente, aplicables

correspondan.

10[STJ, RESP 402.833/SP, 4ª Turma, Rel. Ministro Aldir Passarinho, julgado em 06/02/2003] STJ, RESP 402.833/SP, 4ª Turno, Rel. Ministro Aldir Passarinho, juicio en 06/02/2003.

todos los elementos de responsabilidad civil y, en particular, de responsabilidad contractual.

Es común en la jurisprudencia uruguaya la preocupación de comparar la conducta del empleador – para averiguación de incumplimiento de sus deberes – con el tradicional modelo romano de buen padre de familia diligente. Se suele tener en cuenta un paradigma abstracto de persona prolija, vigilante, el hombre medio, prudente, precavido, atento¹¹. A partir de ese *standart*, se produce, en el caso concreto, una comparación entre el deudor y la conducta que se debería observar, la de “buen padre de familia” ante la misma situación. El concepto es adaptado por los magistrados con jurisdicción laboral para el modelo sugerido de “empresario diligente”.

Sin embargo, no existe en la Ley 16.074 un concepto de culpa. La consecuencia es el socorro en el derecho común, en específico en lo dispuesto en el artículo 1.344 del Código Civil, el cual establece que “*se entiende por culpa la falta del debido cuidado o diligencia*”. El segundo inciso dispone que es obligatorio el sujeto “*a toda la diligencia de un buen padre de familia, esto es a prestar la culpa leve*”.

La ley laboral uruguaya (artículo 7º de la Ley 16.074) no define culpa grave. El concepto a menudo se busca en la doctrina de responsabilidad civil, fijándola como aquella que es grosera e imperdonable, totalmente alejada del modelo que omite medidas elementales.

La noción de culpa también se asocia a la conciencia de peligro que debe tener el autor del daño y por lo tanto, se presupone una previsibilidad de alguna manera objetiva. Los juzgados demuestran que la conducta esperada es la que prevé lo que todos prevén y no omitir los cuidados más comunes.

En la culpa grave la violación de la reglamentación por parte del empleador no es intencional, pero ocurre con grosera imprudencia o negligencia emergente de la culpa consciente, o de la culpa con previsión.

El transporte de tales nociones al ambiente laboral permite a los jueces uruguayos evaluar las conductas, no solo teniendo en consideración una conducta diligente de empleador, sino analizando el procedimiento se observó el

11 En ese sentido, subraya el tratadista uruguayo Gamarra, incurre en culpa aquél sujeto que no emplea todo el cuidado o diligencia que habría usado el buen padre de familia. Es decir, el cuidado o diligencia del hombre medio común, ni excesivamente cuidadoso, ni excesivamente descuidado (GAMARRA, 2004, p. 213).

standart esperado del buen empleador.

A diferencia del vecino platino, la jurisprudencia brasileña admite la posibilidad de responsabilizar al empleador por accidente o enfermedad ocupacional en cualquier grado de culpa.

El socorro del derecho común para la identificación de las determinantes de la responsabilidad del empleador en casos de accidentes de trabajo también suele ocurrir en Brasil. Las indemnizaciones por daños materiales y morales derivan del reconocimiento del deber de indemnizar, en virtud de la existencia del acto ilícito que causó daño al trabajador, conforme lo determinan los artículos 186¹² y 927¹³ del Código Civil.

A raíz de la disposición constitucional presente en el art.7º, XXVIII, hay dos indemnizaciones por accidente de trabajo, autónomas y acumulables. Una de responsabilidad estatal, a través del órgano de seguridad social, y otra con deber soportado por el propio empleador.

La responsabilidad del empleador se fija, generalmente, a partir del elemento culpa o dolo. No obstante, se desarrolló en la jurisprudencia brasileña la posibilidad del reconocimiento de responsabilidad objetiva – sin cuestionamiento de culpa – cuando la actividad de la empresa, por su naturaleza, involucra demasiado riesgo.

Con respecto a las situaciones en que el accidente se produce fuera de la actividad empresarial de riesgo excepcional, la gran parte de la jurisprudencia nacional entiende que permanece la necesidad de demostrar la culpa del empleador. No hay cualquier exigencia de culpa grave para fijación del deber indemnizatorio patronal: es suficiente cualquier grado de culpabilidad, aunque leve. Campo mayoritario de la doctrina nacional ha estado acompañando este entendimiento¹⁴.

Hay, sin embargo, un rápido avance jurisprudencial hacia la comprensión

12 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. N.d.T. Art. 186. Aquel que, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, violar derecho y causar daño a otro, aunque exclusivamente moral, comete ato ilícito.

13 Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. N.d.T. Art. 927. Aquel que, por acto ilícito (arts. 186 e 187), causar daño a otro, se ve obrigado a repararlo.

14 “A indenização por acidente de trabalho tem como suporte principal a responsabilidade subjetiva, isto é, exige-se a comprovação da culpa do empregador, de qualquer grau, para nascer o direito à vítima. [...] A ocorrência do acidente ou doença proveniente do risco normal da atividade patronal não gera automaticamente o dever de indenizar, restando à vítima, nessa hipótese, apenas a cobertura

que existe, en casi todas las situaciones, condiciones de responsabilidad de la empresa. La tendencia que se nota en distintos juicios brasileños es la de reconocer el simple hecho del accidente – sin atribuirle la culpa a la víctima, fuerza mayor o caso fortuito – como fuerte elemento para que se fije la culpa al empleador, ya que no cumplió el deber general de suministrar un ambiente de trabajo seguro¹⁵.

También se refuerza la noción de culpabilidad presumida del empleador, ante la obligación legal de propiciar condiciones adecuadas de seguridad en el suministro de mano de obra^{16 17}.

Sobre el tema de la responsabilidad del empleador, vale la pena transcribir

do seguro de acidente do trabalho, conforme as normas da Previdência Social”. N.d.T “La indemnización por accidente de trabajo tiene como principal soporte la responsabilidad subjetiva, es decir, se exige la comprobación de la culpa del empleador, de cualquier grado, para que nazca el derecho de la víctima, en esa hipótesis, sólo la cobertura no genera automáticamente el deber de indemnizar, quedando a la víctima, en esa hipótesis, sólo la cobertura del seguro de accidentes de trabajo, según las normas de la Seguridad Social” (OLIVEIRA, 2005, p. 77-78).

“A indenização pela empresa deve ocorrer quando comprovada sua conduta dolosa ou culposa. Contudo, há regimes especiais que impõem a indenização pela empresa, independente de culpa.” N.d.T. “La indemnización por la empresa debe ocurrir cuando se comprueba su conducta dolosa o culposa. Sin embargo, hay regímenes espaciales que imponen la indemnización por la empresa, independiente de culpa” (DALLEGRAVE NETO, 2005, p. 181).

“[...] a regra geral mantém-se com a noção da responsabilidade subjetiva, mediante aferição de culpa do autor do dano [...]” N.d.T “[...]la regla general se mantiene con la noción de responsabilidad subjetiva, por medio de análisis de culpa del autor del daño [...]” (DELGADO, 2004, p. 620).

15 Assim se verifica no julgamento dos acórdãos: TRT-IV, RO 0123500-14.2005.5.04.0511, 3ª Turma, Relator Desembargador Carlos Alberto Robinson (explosão de câmara de pneu em borracharia); TST, RR 59300-11.2005.5.15.086, 3ª Turma, Relator Ministro: Rosa Maria Weber, julgado em 12/8/2011 (acidente de trânsito de entregador motociclista – motoboy); TST, RR - 108200-72.2001.5.04.0732 Data de Julgamento: 24/09/2008, Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, 3ª Turma, Data de Publicação em 24/10/2008 (atividade com aparelhos energizados); TST, RR 356000-95.2006.5.12.0027, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, julgamento em 14/05/2010 (doença respiratória em extração de carvão mineral); TST, RR 135400-84.2005.5.04.0030, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, julgamento em 21/05/2010 (doença lombar em carregamento e descarregamento manual de caixas). N.d.T. TRT-IV, RO 0123500-14.2005.5.04.0511, 3ª Turma, Relator Magistrado Carlos Alberto Robinson (explosão de lanta de pneumáticos em gomeria de; TST, RR 59300-11.2005.5.15.086, 3ª Turma, Relator Ministro: Rosa Maria Weber, julgado em 12/8/2011 (acidente de trânsito de entregador motociclista – mensajero); TST, RR - 108200-72.2001.5.04.0732 Data de Julgamento: 24/09/2008, Relator Ministro: Carlos Alberto Reis de Paula, 3ª Turma, Data de Publicação em 24/10/2008 (atividade com aparelhos energizados); TST, RR 356000-95.2006.5.12.0027, Relator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, julgamento em 14/05/2010 (doença respiratória em extração de carvão mineral); TST, RR 135400-84.2005.5.04.0030, Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, 3ª Turma, julgamento em 21/05/2010 (doença lombar em carga e descarga manual de caixas).

16 [Consolidação das Leis do Trabalho, art. 157. Cabe às empresas: I – cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; (...)] Consolidación de las Leyes del Trabajo, art. 157. Cabe a las empresas: I – cumplir y hacer cumplir las normas de seguridad y medicina del trabajo; (...)

17 “Em matéria de segurança do trabalho, a simples inobservância das normas pertinentes induz à culpa do empregador, na modalidade culpa contra a legalidade lato sensu” (TAMG Apelação n

parte de la sentencia dictada por el Tribunal Superior, que señala la presunción de culpa patronal en los accidentes:

[...]A la luz de dicho entendimiento, expresado desde hace tiempo por el Tribunal Supremo y confirmada por la jurisprudencia dominante de nuestros Tribunales, se presume la culpa del jefe, una vez demostrado que el empleado, vale decir, opera la inversión de la carga de la prueba. Para el Prof. Silvio Rodríguez, “así, en lugar de que la víctima tenga que probar la culpa in eligendo o in vigilando del patrono, sería éste, a causa de la presunción, que debiera probar su no culpabilidad” (Derecho Civil, Responsabilidad Civil, vol. 4, p. 58a, 16a ed.). Idéntico e magisterio del profesor. Washington de Barros Monteiro: “bajo estas condiciones, ya no le cabe más al ofendido probar la culpabilidad del patrón, en una acción por daños y perjuicios, le compete solamente demostrar la existencia de acto lesivo y que este se debe a la culpa del prepuesto. Constatada, emergerá, ipso facto, la culpabilidad del patrón, que sólo estará exento de responsabilidad si tiene a su favor alguna de las excusas legales”(Curso de Derecho Civil - Derecho de Obligaciones -- Parte 2, pág 401, 29ª ed). Por su parte, el profesor y Juez Sergio Cavalieri Filho enseña que “en el caso de presunta culpabilidad, el demandante sólo necesita probar el daño y la relación de causalidad entre dicho comportamiento y la conducta del agente. Se invierte la carga de la prueba en cuanto a la culpa. Habrá que demostrar que el acusado no tuvo la culpa, por ejemplo, en el caso del art. 1527 del Código Civil (Programa de Responsabilidad Civil, p. 42, ed. 1.996)¹⁸.

Se nota el direccionamiento de la jurisprudencia brasileña en el fortalecimiento de la noción de culpabilidad presumida del empleador en el accidente de trabajo. Como consecuencia, cabe a la empresa demostrar que trabajó con todas las medidas necesarias para la seguridad.

Como refuerzo a la exoneración de la carga del empleado en la demostración de culpa está la construcción jurisprudencial brasileña de responsabilidad objetiva del empleador en las situaciones de gran riesgo en la actividad. El Supremo Tribunal Federal y el Tribunal Superior del Trabajo entienden que la Constitución Federal prevé regla general de responsabilidad subjetiva del empleador, pero aceptan la hipótesis de excepción del artículo 927,

¹⁸ 351.727-1, 6ª Câmara Cível, Rel. Juiz Belizário de Lacerda, julgado em agosto de 2002.). N.d.T. “En términos de seguridad del trabajo, el mero incumplimiento de las normas pertinentes induce a la culpa del empleador, en la modalidad culpa contra la legalidad lato sensu” (TAMG Apelación n° 351.727-1, 6ª Câmara Civil, Rel. Juiz Belizário de Lacerda, juzgado en agosto de 2002.).

18 [STJ, Resp 96704, Rel. Min. Barros Monteiro, publicado em 20.05.02] STJ, Resp 96704, Rel. Min. Barros Monteiro, publicado en 20.05.02.

párrafo único¹⁹ del Código Civil de responsabilidad objetiva, en los casos de actividades de riesgo²⁰. La tesis que prevalece es la de que la limitación subjetiva constitucional no es insuperable, ya que se admite y estimula la mejoría de los derechos de los trabajadores.

El Código Civil de 2002 se refiere en su artículo 927 a la hipótesis de responsabilidad civil objetiva, pero la limita expresamente a las actividades desarrolladas normalmente por el autor del daño que impliquen, por su naturaleza, riesgos para los derechos del otro. Aclara, por lo tanto, que la actividad que lleve a la producción de perjuicios posea una característica de riesgo. Para que haya indemnización se necesita comparar el riesgo de la actividad que ha generado el daño con el nivel de exposición al peligro a la que normalmente se someten los demás miembros de la sociedad. Es decir, sólo cuando el riesgo al que se expone el trabajador está más allá del riesgo mediano de la colectividad, habrá de aplicarse dicha modalidad de responsabilidad objetiva.

La implementación de la responsabilidad civil objetiva o teoría del riesgo en el ámbito general de los infortunios laborales – según la opinión de gran parte de la doctrina brasileña – es simplemente una cuestión de tiempo y maduración legislativa e institucional. Actualmente, los órganos de jurisdicción brasileños propenden a analizar la situación dañosa caso a caso. Para enmarcar al autor del daño en la responsabilidad objetiva por el riesgo de la actividad normalmente desarrollada (con el nivel de exposición al peligro que estaba sometida la víctima) se la compara con el nivel en el que estaban expuestos los demás integrantes de la colectividad. En consecuencia, pasara a investigar si la actividad desarrollada ofrece demasiado riesgo²¹.

Sin embargo, aun en la modalidad de responsabilidad objetiva, se hace necesario un análisis de las excepciones de nexo causal (hecho de un tercero, culpa de la víctima, y fuerza mayor).

No se identifica en la jurisprudencia corriente uruguaya la misma

19 Art. 927. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. N.d.T. Art. 927. Párrafo único. Habrá obligación de reparar el daño, independentemente de culpa, en los casos especificados por ley, o cuando la actividad normalmente desarrollada por el autor del daño implicare, por su naturaleza, riesgo para los derechos de otro.

20 En este sentido las decisiones: TST, RR 22/204-011-05-00, 1ª Turno, Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa; RR 946/2006-025-12-00, 1ª Turno, Rel. Min. Vieira de Mello Filho; RR 1.538/2006, Rel. Min. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turno.

21 En ese sentido, el acórdão del proceso TRT-IV, 01647-2005-771-04-00-4 RO, Relator Desembargador Hugo Carlos Scheuermann, publicado en 27/4/2005.

construcción sistemática de la fijación de responsabilidad objetiva del empleador en las situaciones de actividad de riesgo acentuado. Hasta porque el elemento culpa grave es imprescindible para que se obtenga una indemnización complementaria a la alcanzada por el seguro obligatorio.

3 Pluralidad de ofensores. Delimitación de responsabilidad

Brasil y Uruguay experimentan un avance de organización de actividades empresariales pautadas por la tercerización de servicios. Por consiguiente, se vuelven comunes las situaciones en las que el empleador sufre accidente trabajando en ambiente de otra empresa. El fundamento de responsabilidad de las dos entidades empresarias involucradas en la tercerización es, en ambos países, tomado de los códigos civiles y también en la tesis de *culpa in eligendo*: la falta de la debida diligencia en la contratación de la empresa que suministró servicios, la cual habría contribuido también para el suceso dañoso²².

En situaciones en las que no es posible detectar que haya más de un responsable por la producción de los sucesos dañosos, la jurisprudencia uruguaya aplica el artículo 1331 del Código Civil, el cual determina la división de obligaciones²³. Parcela de las decisiones, divide la responsabilidad en partes iguales de ofensores, determinando que si hay dos ofensores, la coparticipación causal en el suceso dañoso parte porcentualmente la obligación de resarcir: cada uno se hará responsable por 50%. Sin embargo, mayoritariamente la jurisprudencia fija la responsabilidad solidaria indivisible y exigible en el todo²⁴.

La jurisprudencia brasileña reconoce aun la posibilidad de identificación de más de un ofensor y, consecuentemente aumenta la lista de responsables por los resarcimientos. Casi en su totalidad, la opción jurisprudencial ha sido la de no establecer fijación de responsabilidades estanques, aisladas. Con base en el artículo 942 del Código Civil²⁵, los tribunales nacionales establecen

22 En la doctrina uruguaya no es unánime la amplia responsabilidad de las empresas involucradas en tercerización: "[...] el sistema anterior, en el inciso segundo del artículo 2o. de la Ley 10.004, se preveía con relación a los trabajos realizados con la intervención de sub-contratistas, la responsabilidad solidaria de éstos con los contratistas. Esta disposición claramente protectora del trabajador, en forma inexplicable no aparece en la nueva Ley, por lo cual y de acuerdo a la derogación expresa de la Ley 10.004, debe concluirse que ha sido derogada" (MANGARELLI, 1991, p. 355).

23 Art. 1331. Si un delito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas responde solidariamente por el daño causado.

24 SENTENCIA N° 17. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Cuarto Turno. Ministra Redactora Dra. Ana M. Maggi, juicio en 16/02/2009.

25 Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente

responsabilidad solidaria integral: ambos agresores responden por toda la deuda.

4 Cálculo de la pensión

En situaciones de perjuicios permanentes, con reducción de la capacidad de trabajo, o incluso muerte, hay el regular cálculo pensión y condenación en pagos de pensión.

En los dos países, se usa comúnmente para identificar el valor que debe ser calculado que se observe el valor integral de la remuneración del trabajador, incluyendo horas extras y otras sumas pagas por el trabajo en la época del suceso (vacaciones, aguinaldo navideño, etc.).

No obstante, los limitadores de cálculo son distintos.

En Uruguay, los jueces suelen establecer las pensiones tomando por base la edad de la víctima e incluso la estimativa de vida laboral útil. De modo general, se resta la edad estimada máxima de trabajo (65 años) por la edad del trabajador en el momento de la exigibilidad de la prestación. Así, si el empleado tenía 27 años cuando se accidentó, el cálculo de la pensión observará la edad límite de 38 años ($65 - 27 = 38$)²⁶.

La opción de la jurisprudencia brasileña no ha sido de limitación al plazo final esperado de la vida de trabajo. Se sigue lo determinado en el artículo 948,II, del Código Civil²⁷, la obligación del pago mensual se acaba cuando se completa la probable sobrevivencia que la víctima tendría. El cálculo se establece usando el estudio estadístico oficial, el cual indica la expectativa de sobrevivencia en años para cada edad. Usando como ejemplo lo dicho anteriormente, para un trabajador brasileño lesionado con 27 años la esperanza de vida sería 45,1 años²⁸. Es decir,

pela reparacão. N.d.T. Art. 942. Los bienes del responsable por la ofensa o violación del derecho de otra persona están sujetos a reparación del daño causado; y, si la ofensa tiene a más de un autor, todos responderán solidariamente por la reparación.

26 Esa ha sido la exacta forma utilizada en el cálculo de indemnización Sentencia T.A.T. 3º T., n.º 437/01, LJU CASO 14408, fecha 05/12/2001. Molinari – Gómez – Piatniza.

27 Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: [...] II – na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima. N.d.T. Art. 948. En el caso de homicidio, la indemnización consiste, sin excluir otras reparaciones: [...] II – en la prestación de alimentos a las personas a quien el muerto se los debía, llevándose en consideración la duración probable de la vida de la víctima.

28 Tabla de mortalidad publicada en 2003, sexo masculino, por el Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

el cálculo de la pensión perduraría hasta que la víctima completara 72,1 años.

5 Estabilidad laboral por accidente

Los dos sistemas jurídicos nacionales reconocen no sólo la fragilidad del empleado que vuelve al trabajo tras accidente laboral, sino también la necesidad de que no se los demita sin motivo.

Ambos países, no prevén que el trabajador quede ceñido al puesto de trabajo. Se prohíbe el despido sin causa, pero se permite el despido por falta grave. También tienen en común la previsión de derecho de regreso al trabajo y a la readaptación a las actividades que sobreviene a la disminución de la capacidad laboral.

La garantía de empleo del trabajador accidentado está prevista en el ordenamiento uruguayo en el artículo 69 de la Ley 16.074²⁹. El trabajador víctima de accidente de trabajo o enfermedad profesional tienen el derecho a la readmisión en el mismo cargo, una vez que esté recuperado. En el caso de incapacidad parcial, tendrá la oportunidad de ser reincorporado en cargo compatible con su situación actual. Reingresando, el empleado tendrá el derecho a la garantía de no ser despedido sin justa causa por 180 días. En caso que la empresa no providencie el reingreso del trabajador, este tendrá derecho a una indemnización de despido que corresponde al triple de lo que establece la ley.

El Derecho brasileño reglamenta la situación en el artículo 118 de la Ley 8.213/91³⁰. Se otorga al trabajador que ha sufrido un accidente de trabajo la

²⁹ Art. 69. El trabajador víctima de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, si así lo solicita, deberá ser readmitido en el mismo cargo que ocupaba, una vez comprobada su recuperación. Si el trabajador queda con una incapacidad permanente parcial, tendrá derecho a solicitar su reincorporación al cargo que ocupaba, si está en condiciones de desempeñarlo, o a cualquier otro compatible con su capacidad limitada.

Readmitido el trabajador, no podrá ser despedido hasta que hayan transcurrido por lo menos ciento ochenta días a contar de su reingreso, salvo que el empleador justifique notoria mala conducta o causa grave superviniente.

El trabajador deberá presentarse a la empresa para desempeñar sus tareas dentro de los quince días de haber sido dada de alta. Si la empresa no lo readmitiera dentro de los quince días siguientes a su presentación tendrá derecho a una indemnización por despido equivalente al triple de lo establecido por las leyes laborales vigentes.

³⁰ Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantia, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente. N.d.T. Art. 118. El asegurado que sufrió accidente de trabajo tiene la garantía, por un plazo mínimo de 12 meses, al mantenimiento de su contrato de trabajo en la empresa, tras el cese del subsidio enfermedad accidentaria, independientemente de percepción de subsidio-acidente.

garantía de empleo por un plazo mínimo de doce meses. Como requisito está la necesidad de que el trabajador haya recibido un beneficio social propio por accidente de trabajo (subsidio de enfermedad accidental), aunque no reciba la prestación propia de secuela con disminución de la capacidad laboral (subsidio por enfermedad). La jurisprudencia consolidada del Tribunal Superior del Trabajo considera que es suficiente que ocurra un accidente de trabajo (independiente del recibimiento del beneficio social) para que se determine la estabilidad³¹.

Por lo que se percibe, la ley brasileña concede período de estabilidad mucho mayor (12 meses, frente a los 6 meses de la legislación platina). Parte de la jurisprudencia Uruguaya comprende que el trabajador injustamente despedido tiene el derecho no sólo de recibir los sueldos del periodo de estabilidad, sino también a la indemnización por el despido³².

Consideraciones finales

Las legislaciones de Brasil y Uruguay poseen preocupaciones en común, aunque puestas en práctica, en algunas situaciones, con opciones distintas.

El principal punto de divergencia de los dos sistemas parece ser la (in) compatibilidad de resarcimientos brindados por el servicio social (a partir de un sistema de seguro obligatorio) y la indemnización lograda directamente por el empleador. La opción uruguaya de una indemnización tarifada, independiente de la culpa, puede tener utilidad en las situaciones en las que el empleador no presenta condiciones económicas de indemnizar el accidente. El sistema brasileño, que suma una indemnización de seguridad social de responsabilidad objetiva con otra por cualquier grado de culpa del empleador, se muestra más completo en las ocasiones en las que las pérdidas superan las garantías del seguro. Parece haber también un mayor beneficio para el empleado, ya que no

31 En cuanto a la materia, el Tribunal Superior del Trabajo consolidó el criterio consagrado en la Súmula 378, II, de que: "São pressupostos para a concessão da estabilidade o afastamento superior a 15 dias e a consequente percepção do auxílio-doença acidentário, salvo se constatada, após a despedida, doença profissional que guarde relação de causalidade com a execução do contrato de emprego." N.d.T. "Se presupone para la concesión de la estabilidad el alejamiento superior a 15 días y la consecuente percepción del subsidio-enfermedad accidental, salvo si se constata, tras la despedida, enfermedad profesional que guarde relación de causalidad con la ejecución del contrato de empleo."

32 En ese sentido las decisiones T.A.T. 1º Turno Sentencia n° 28, de 21/5/1997 y T.A.T. Sentencia n° 49, de 21/3/2001. Una bien producida síntesis de la divergencia jurisprudencial uruguaya sobre la compatibilidad entre las indemnizaciones tarifadas y otros resarcimientos fijados judicialmente para dispensas abusivas puede ser vista en Sentencia Definitiva n° 457/2011, Tribunal Apelaciones Trabajo de 2º Turno, Ministro Redactor Dr. Jose Echeveste Costa, juicio en 26/10/2011.

se requiere la existencia de culpa grave para responsabilizar al empleador.

El período más largo de estabilidad, la forma de cálculo de pensión practicada por la jurisprudencia brasileña y compartir de manera solidaria la responsabilidad de coautores del delito, parece comportar mayores beneficios y garantías a los trabajadores accidentados. Por otro lado, la opción de parte de la jurisprudencia uruguaya por sumar indemnizaciones de despido tarifado reforzado con sueldos de periodo de estabilidad aumenta el beneficio del trabajador y parece reprimir iniciativas empresariales de fraudar la estabilidad.

Los análisis comparativos hechos permiten comprender que no hay nada definitivo y acabado en la intención principiológica de los pueblos uruguayo y brasileño de proveer protección a los accidentados. En cambio, las diferentes opciones permiten reflexionar sobre la necesidad de aproximación de las experiencias y seguir con el proceso de integración comunitaria. Como está bien definido por SARTHOU, sirven para que se busque, a partir de un base empírica conveniente, reflexionar de forma constructiva y prospectiva sobre la necesidad y posibilidad de uniformizar mínimamente la normativa laboral, por medio de un proceso gradual, flexible y participativo (SARTHOU, 2002, p. 49).

Referencias Bibliográficas

BOTERO, Juan C. et al. The regulation of labor. The Quarterly Journal of Economics, Cambridge, MA, v. 119, n. 4, nov. 2004, p. 1339-1382.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Responsabilidade civil no direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2005.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 2004.

GAMARRA, Jorge. Tratado de derecho civil uruguayo. N. XVII, vol. 1. Montevideo: MBAT, 2004.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. São Paulo: LTr, 2005.

MANGARELLI, Cristina. Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. In: LA SEGURIDAD social en el Uruguay. Montevideo: FCU, VV.AA., outubro de 1991.

SARTHOU, Hélios. El derecho del trabajo en la integración regional. In:

DIREITO do trabalho na integração regional. São Paulo: Observador Legal, 2002.

VÁZQUEZ, Gabriela Alejandra. El regreso al derecho civil para la protección del trabajador. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Católica Argentina, 2004.

Subordinación

Estudio comparado de jurisprudencia Uruguay-Brasil

Rosina Rossi Albert^{1*}

María del Carmen Corujo Milán^{2**}

Sumario: I El tema de investigación y metodología. II La subordinación. III El marco normativo. 1 Brasil. 2 Uruguay. 3 El Derecho Internacional del Trabajo. IV Indicadores de la dependencia en la jurisprudencia Uruguay – Brasil. 1 Naturaleza de los indicadores. 2 Tendencias de la jurisprudencia. 2.1 Retribución. 2.2 No participación en los riesgos. 2.3 Trabajo realizado a través de vínculos con terceros entablados por el sujeto beneficiario del trabajo humano. 2.4 Sujeción a horario. 2.5 Formalización del vínculo. 2.6 Prestación personal de la tarea. 2.7 Prolongación del vínculo durante años. 2.8 Inserción del trabajo prestado por quien trabaja en la organización de la empresa de quien lo recibe o se beneficia de él. V Aspectos probatorios. 1 Valoración en conjunto de todos los factores; uno solo en sentido contrario no alcanza para descalificar la naturaleza laboral del vínculo. 2 Principio de primacía de la realidad. 3 Principio “in dubio pro operario”. 4 Carga de la prueba respecto de hechos modificativos de la pretensión. Conclusiones.

I El tema de investigación y metodología

La calificación del vínculo jurídico que se crea y desarrolla en torno al trabajo humano es el tema central de la presente investigación.

El *objeto* sobre el cual se ha realizado la investigación jurídica consiste en sentencias dictadas por tribunales brasileiros y uruguayos. Las sentencias brasileiras fueron seleccionadas por participantes del curso y las uruguayas por

1* Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Ministro de Tribunal de Apelaciones de 1er. Turno. Uruguay.

2** Juez Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 5to. Turno. Uruguay.

una de las autoras de este análisis.³

El *criterio de selección* ha consistido en la inclusión de sentencias representativas de los elementos más o menos constantes manejados por la jurisprudencia cruzada – Uruguay-Brasil – que apreciados desde una perspectiva global podrían marcar una tendencia.

El *objetivo de la investigación* se concreta en la determinación de las similitudes y diferencias del tratamiento jurisprudencial en torno a la calificación del vínculo jurídico cuando está comprometido trabajo humano para presentarlo sistemáticamente a los magistrados con competencia en materia laboral de modo de aportar elementos estimuladores del espíritu creativo imprescindible a la hora de resolver diferendos de esta temática.

Los *resultados de la investigación* se presentan a través de los siguientes puntos: **II La subordinación**, que aborda el concepto teórico de dependencia que incluye la trascendencia sobre la determinación, los valores y principios que entran en colisión y la importancia de la labor jurisprudencial. **III Marco normativo aplicable.** **IV Indicadores de la dependencia en la jurisprudencia Uruguay-Brasil**, que por un proceso deductivo extrae las pautas que habitualmente utiliza la jurisprudencia consultada de los dos países para encartar o descartar la relación de trabajo. **V Aspectos probatorios**, que reseña ciertas constantes relevadas principalmente respecto de criterios de evaluación de la eficacia probatoria.; y **Conclusiones**.

II La subordinación

El tema de investigación despierta especial interés por cuanto, la calificación jurídica de un vínculo es el elemento determinante de la rama jurídica – coincidente - que regirá las relaciones que de aquel nacen: desde su constitución, a su ejecución a su finalización.

Ahora bien. La posición en la que se halla la persona que entrega los frutos de su fuerza de trabajo a favor de otra que los hace suyos desde su gestación; quien dirige, controla, administra y lo evalúa y busca beneficiarse con él o, sin tales actividades simplemente lo toma con el mismo objetivo, ha sido el motor del nacimiento del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica

3 Rosina Rossi Albert realizó la selección de jurisprudencia. Sobre el concepto de investigación jurídica, Barbagelata, Héctor Hugo. La investigación en Derecho del Trabajo. Cuadernillos de la Fundación Electra. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 2011. Pag. 6.

autónoma y desgajada del derecho común.⁴ La especial situación vulnerable del “hombre-trabajador para otro”, despertó en sus orígenes el sentimiento social y como consecuencia la formulación de un conjunto de reglas que, imponiéndose a la voluntad de ambos, actuara de contrapeso en el desequilibrio de poder.⁵

El Derecho del Trabajo nace desgajándose del Derecho Civil como consecuencia de estar pautado por tres aspectos: un hecho social particular, un designio inmediato y otro mediato. El hecho social, la desigualdad entre los sujetos que se vinculan en torno al trabajo. El designio inmediato o instrumental del segundo, el desequilibrio normativo impuesto a los sujetos que se relacionan. El designio mediato, la aspiración de igualdad real de los mismos sujetos. Vale decir, la desigualdad como instrumento de concreción de la igualdad.⁶ Así el Derecho del Trabajo como disciplina jurídica nace a la vida de la decisión axiológica de la heteronomía con fórmulas de desigualdad compensatoria para caminar hacia la igualdad real.

De allí que se edifica sobre la idea de protección del hombre que trabaja para otro; la protección del trabajo dependiente.

Necesariamente se desgaja del Derecho Civil por cuanto el punto de partida de éste, que lo contrapone al Derecho del Trabajo, consiste en la igualdad de los sujetos y por tal condición la libertad para negociar y crear las reglas a las que se someterán.⁷

En su etapa inicial, su ámbito de aplicación se ciñó al hecho social del trabajo subordinado y por cuenta ajena. El concepto de subordinación, en el sentido de dependencia o sujeción plena y directa del trabajador al poder de dirección del empleador que controla, dirige y se aprovecha el trabajo humano, se presentó como decisivo y determinante del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo.⁸ Y en general la doctrina latinoamericana aceptó la subordinación

4 Como expresa la Recomendación de OIT n. 198 , “[...] la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la Organización Internacional del Trabajo de conformidad con los principios establecidos en la Declaración de OIT relativa a principios y derechos fundamentales en el trabajo, 1998 , y el Programa de Trabajo decente.

5 Barbagelata, Héctor Hugo. Curso sobre evolución del pensamiento juslaboralista. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo , octubre 2009 pag. 125 y sgtes. Plá Rodríguez, Américo . “La evolución del Derecho del Trabajo uruguayo en los últimos cuarenta años ” en rev. Derecho Laboral n. 150 pag. 156

6 Ermida Uriarte, Oscar. Meditación sobre el Derecho del Trabajo. Cuadernillos de la Fundación Electra. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, 2011 pag. 6.

7 Plá Rodríguez, Américo. Curso de Derecho Laboral T. I. Vol 1. Ed. Idea 1991 Pag 72 . Barbagelata, Héctor Hugo. Derecho del Trabajo T. I Vol.I Parte 1 cap.I. Ed. Fundación de Cultura Universitaria. 2002 pag. 96

8 Rivas, Daniel. La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo. Montevideo 1996 pag.

como un elemento fundamental para la existencia de la relación de trabajo y consecuentemente para la aplicación del Derecho Laboral.⁹

Empero, el trabajo humano fue tomando nuevas modalidades en su prestación. De allí que el concepto eje de la subordinación fue quedando estrecho para un importante elenco de situaciones de trabajo en las que la dependencia se presentaba en forma diversa a la habitual. En puridad, los cambios y desarrollos tecnológicos y de organización de la producción, el auge de las corrientes de pensamiento neoliberales, fueron alterando las necesidades y modalidades de prestación del trabajo humano, y determinaron que no solo criterio clásico diferenciador de la subordinación quedara obsoleto, sino también, el jaque al Derecho del Trabajo todo. El Derecho del Trabajo se vio cercado por las economías neoliberales que hacían culto la libertad y autonomía de la voluntad, que aunque viciada y pautada por el rol de un contratante con libertad formal pero no sustancial, habilitaban la exclusión de la disciplina en la regulación de múltiples formas de prestación de trabajo humano. Pero estas nuevas formas – extrañas al ámbito de aplicación clásico del Derecho del Trabajo – también requerían de protección. De allí que el afán protector condujo al re dimensionamiento del concepto de subordinación especialmente por vía de dar mayor incidencia a los otros elementos típicos de la relación de trabajo, o más bien, dándole un contenido deductivo de aquellos. Vale decir, extrayendo la idea de la subordinación de la presencia de al menos uno de los otros elementos. Y así, logrando un corrimiento o ensanchamiento de las fronteras del Derecho del Trabajo.¹⁰

Así, el concepto clásico de subordinación dejó paso al concepto neoclásico que si bien no lo excluyó, puede entenderse re dimensionado a través de la especial consideración de la incidencia de antiguos elementos sintomáticos de la presencia de la relación de trabajo, como la *inserción* y la *ajenidad*. No se trata

34. Plá Rodríguez, Américo. "Curso.." op.cit. T. I Vol.1 pag. 19. Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Álvarez, Oscar. "Crítica de la subordinación" en rev. Derecho Laboral n. 206 pag. 228 ; Raso Delgue, Juan. La contratación atípica del trabajo. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo 2009 pag. 23.

9 Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Álvarez, Oscar. Op. Cit. "Crítica..." pag. 228.

10 Plá Rodríguez, Américo. "Sobre las fronteras del Derecho del Trabajo" en Estudios en Homenaje a Rafael Caldera. Caracas, 1997 citado por Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Álvarez, Oscar. "Crítica de la subordinación" en rev. Derecho Laboral n. 206. Montevideo . pag. 226. Ermida Uriarte, Oscar. "El futuro del Derecho del Trabajo y las relaciones laborales" en Sindicalismo latinoamericano entre la renovación y la resignación. Caracas 1995 pag. 48; La flexibilidad. Montevideo, 2000. Pag. 21; Castello, Alejandro. "De la fuerza expansiva a la reducción del círculo de sujetos protegidos por el derecho laboral . Una nueva tendencia a fines del siglo XX" en rev. Derecho Laboral n. 190 pag. 295. Fernández Brignoni, Hugo. "Reflexiones sobre las formas de contratación del trabajo en los años 90" en rev. Derecho Laboral n. 190 pag. 342; Raciatti, Octavio. "El derecho laboral ante los cambios en el mundo del trabajo" en rev. Derecho Laboral n. 190 pag. 564 y sgtes.

del abandono del concepto de subordinación como criterio determinante de la relación de trabajo sino de darle contenido a través de la especial consideración que le aportan la inserción de la actividad del trabajador en la actividad de la empresa así como la ajenidad del mismo tanto en las ganancias como en las pérdidas de la misma.

La *inserción* en el sentido de inclusión del concreto trabajo humano en la cadena organizativa de la producción, con independencia del lugar físico de prestación y de la más o menos inmediata y detallada dirección (sujeción en cuanto a horarios, órdenes, etc) y evaluación.

En las primeras décadas del siglo XX se desarrolló especialmente en Alemania, la denominada teoría institucional de la empresa que concebía a ésta como una institución existente en la sociedad y que cumplía dentro de la misma objetivos precisos, configurando un particular mundo de relaciones en el cual cada uno de los sujetos participantes desempeñaba para el cumplimiento de tales objetivos, funciones previamente determinadas. Esta concepción sostiene que la inserción la organización empresaria es el hecho que otorga al trabajador no solo su condición de tal, sino que le proporciona la titularidad de los deberes y derechos que dentro de esta organización corresponde a los trabajadores y que además, le hace sujeto de la especial tutela proporcionada por el Derecho Del Trabajo. No prescinde del concepto clásico de subordinación sino que lo plantea como una consecuencia de la inserción: el trabajador ocupa un rol pautado por la sujeción personal a la señoría del empleador y de la empresa. En su formulación más extrema, esta concepción llega a señalar que la relación de trabajo, como vinculación jurídica entre el empresario empleador y sus trabajadores, se conforma en función de las circunstancias fácticas de la incorporación del trabajador a la empresa y no de los acuerdos celebrados entre trabajador y empleador en ejercicio de la libertad negocial.¹¹

En tal sentido, la constatación de hechos reveladores de la inserción del trabajador en la actividad de la empresa ,podrá operar como pauta ilustrativa del estado de subordinación , aunque el trabajo se preste a distancia o con cierta autonomía por parte del trabajador o no esté sujeto a directo control del sujeto de la relación jurídica que directa o indirectamente se beneficia de él.

Resulta interesante advertir que la jurisprudencia de Brasil se encuentra en una etapa más consolidada que la de Uruguay, respecto de la especial determinación de la subordinación a través de la consideración de los elementos inserción y ajenidad. Quizás ello sea producto de que la doctrina ha desarrollado

11 Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Álvarez, Oscar. Op. Cit. "Crítica..." pag. 241 y 242.

la idea de la *subordinación objetiva o funcional* que reconoce ciertas premisas : el trabajo del trabajador no se separa la persona de su prestador, existiendo sin embargo , una relación de inmediatez con el trabajo, pero no con el prestador de servicios; la intervención del poder jurídico del empleador en la conducta del empleado se justifica exclusivamente en razones de mantenimiento de la actividad del empleado a favor de la empresa; el límite del ejercicio del poder de dirección se ubica en la adecuación de la actividad del empleado a la actividad de la empresa; el trabajo del empleado es ejercido mediante actos autónomos, únicamente orientados por el empleador; lo que se integra a la empresa es la actividad del empleado y no el empleado mismo; la actividad del empleado es imprescindible para la actividad de la empresa resultando un acoplamiento de ellas en virtud de las expectativas recíprocas y anteriores de las partes; la inserción ocurre de actividad a actividad y no de persona a persona. Expresa el autor además que el elemento constante que define la posición el trabajador en la empresa no es la subordinación sino la participación integrativa más o menos intensa de su actividad en la actividad de ésta.¹²

Este concepto de subordinación objetiva o funcional ha sido complementado por el de “subordinación estructural” expresada en el “leading case” proceso nº RO-00059-2007-011-03-00-0, TRT da 3ª Região, cuyos requisitos se concretan en los siguientes: el trabajador debe prestar su servicio para una organización productiva ajena; los frutos de su trabajo no le pertenecen, sino que le pertenecen a la empresa; el trabajador no posee una organización empresarial propia , no es un empresario; y el trabajador no asume los riesgos de la ganancia o pérdida por el riesgo del negocio. Como se advierte, esta nueva concepción persigue incluir la protección regulatoria del derecho del trabajo también a aquellos trabajadores que están insertos en el ámbito de repercusión de las decisiones de la empresa, o sea que pretende integrar a los trabajadores desprotegidos por un sistema de acumulación flexible.

Por su parte, la ajenidad en los riesgos – elemento caracterizante de la relación de trabajo de otrora- pasó a sobredimensionarse y a tener una incidencia decisiva en la calificación del vínculo al amparo del Derecho del Trabajo. Dejó de ser un agregado para pasar a ser un elemento estelar, y además el único justificativo ético-jurídico del trabajo humano administrado, dirigido y para otro. Si la riqueza se produce de la conjunción de capital y trabajo, la única justificación ético-jurídica para que el trabajador no tenga su parte en las ganancias, es que tampoco las tenga en las pérdidas. Y esto se alcanza por la asunción total de

12 Paulo Emilio Ribeiro. “Relação de emprego: estrutura legal e supostos. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 473, traducción de las autoras del presente análisis)

los riesgos por parte del empleador; es decir la ajenidad.¹³ En realidad, este elemento ha tenido especial relevancia en la doctrina española; autores como Alonso Olea consideran a la ajenidad como el elemento esencial y diferenciador del contrato de trabajo y por en el hito fundamental que marca la frontera del Derecho del Trabajo con otras disciplinas. Expresa este autor que la dependencia no es un dato de carácter autónomo sino derivado o corolario de la ajenidad.¹⁴

Este nuevo concepto de subordinación re elaborado por la doctrina en el que se integran ajenidad e inserción, fue marcando la senda no solo en la determinación de la relación de trabajo al amparo del Derecho del Trabajo, sino también en la tarea de distinción entre las formas típicas (plena de derechos) y las atípicas (con especialidades o modalidades que en general suponen o bien disminución o bien alteración de derechos).¹⁵

En puridad el nuevo concepto doctrinario de subordinación es el recogido

13 Ermida Uriarte, Oscar. Álvarez Hernández, Oscar. Op.cit. "Crítica..." pag. 240 donde expresan que "Si la riqueza se produce por la conjunción de capital y trabajo, la única justificación ético-jurídica para que el trabajador no tenga su parte en las ganancias, es que tampoco las tenga en las pérdidas. Y esto se alcanza por la asunción total de los riesgos por el empleador, es decir por la ajenidad." De todos modos los autores expresan que tampoco el énfasis en la ajenidad es suficiente para atrapar aquellas situaciones en las que el trabajo humano aparece disfrazado con otras formas jurídicas (situaciones fugadas), justamente con el objetivo de eludir la aplicación del Derecho del Trabajo. Como el trabajo humano con forma de empresa unipersonal, de socio cooperativista, de co contratante civil o comercial. Y en consecuencia, proponen como remedio, el ensanchamiento de las fronteras de la disciplina como forma de atrapar a los fugados.

14 Alonso Olea, Manuel. "Trabajo libre y trabajo dependiente" en Estudios sobre Derecho Individual de Trabajo en homenaje a Mario Deveali. Ed. Heliasta. Bs. As. 1979 pags. 156 y 157. Citado por Ermida Uriarte, Oscar y Hernández Álvarez, Oscar. Op . cit "Crítica..." pag. 240.

15 Raso, Delgue, Juan. Op.cit "La contratación..." pag. 37. En la sentencia n. 308/2012 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno (Uruguay), en un caso en el que el demandante califica el vínculo como un contrato de trabajo típico y sin plazo pretendiendo la condena en indemnización por despido, y el demandado se defiende calificándolo como atípico y para obra determinada sosteniendo entonces la exclusión legal del beneficio, ha expresado que: "Sin perjuicio del elenco de reglas interpretativas que plantea el ordenamiento jurídico, en primer término corresponde interpretar la convención a la luz de las reglas del Código Civil sistematizadas y en conexión lógica con los principios que particularizan la disciplina y por ende, constituyen la guía en la aplicación de todas las normas. Tanto las heterónomas como las autónomas. Entre las segundas, el contrato. Esto significa ni más ni menos que, la tarea del hermeneuta estará pautada, siempre y cardinalmente, por el principio constitucional de protección del trabajo. Ello importa que salvo en el caso de que este principio se oponga a otro de la misma jerarquía, y éste haga ceder al primero, el producto de la interpretación inexorablemente, deberá guardar un sentido protector.

En segundo término el contrato – que, en el caso es escrito – debe ser interpretado en sus elementos textuales y extratextuales, como edicta el art. 1291 del C.Civil, y estos últimos podrán extraerse entre otros medios, de los actos del los contratantes posteriores a la convención como indica el art.1301 del mismo cuerpo normativo sin distraer los efectos del típico estado de subordinación en el que se halla el trabajador. (Gamarra, Jorge. Tratado de Derecho Civil Uruguayo T. XVIII pag 242; Rodríguez Russo, Jorge. La interpretación de contrato. Pag.206)

En tercer término, no puede soslayarse que el contrato de trabajo es un contrato de adhesión: el empleador es quien lo produce y el trabajador es quien adhiere. La desigualdad negociol sobredimensiona la incidencia de la regla hermenéutica prevista en el art. 1304 inc. 2do. del C.Civil; esto es, la interpretación contra quien lo extendió si la ambigüedad proviene de su falta de

por la Recomendación n. 198 de OIT sobre determinación de la Relación de trabajo cuando refiriéndose a los índices específicos indica:

a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador a la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona, que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo sea de cierta duración y tenga cierta continuidad, o requiera la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de materiales, herramientas, y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo.

Cuanto viene de señalarse arroja tanto la trascendencia del tema en sí mismo - la calificación del vínculo jurídico como objeto y bajo las fronteras de aplicación del Derecho del Trabajo-, como de la labor de la jurisprudencia cuando se enfrenta a resolverlo - la sentencia que, o bien dará paso a la protección especial del trabajo humano aplicando reglas de derecho objetivo que tratarán en forma desigual a los sujetos involucrados, o bien le cerrará su paso, abriéndolo en cambio a otras que los tratarán como iguales-. Pasada la etapa declarativa de la sentencia, una y otra calificación traerán consigo la apreciación de la pretensión bajo la lupa y respectivamente, o bien del principio de protección del trabajo humano, o bien, del principio de libertad en su expresión contractual de autonomía de la voluntad, respectivamente.

III Marco normativo definidor del concepto de subordinación Uruguay-Brasil

La jurisprudencia actúa particularmente determinada por el derecho objetivo. De allí que en el mundo comparado se puede sistematizar en forma paralela a la previsión normativa de resolución del conflicto presentado en torno

explicación. Este principio interpretativo establece una distribución equitativa del riesgo contractual, lo que significa que la parte adherente, al no participar en la elaboración del contrato, no tiene por qué compartir los riesgos de defectuosa declaración contractual. Si no se puede averiguar el sentido de una cláusula por otros medios, se presumirá que el correcto es el que favorezca a la parte que no lo redactó para evitar que quien lo hizo y pudo haber actuado con mayor diligencia pueda aprovecharse indebidamente de su propia negligencia. (Rodríguez Russo, Jorge. Op.cit. pag. 240-241)"

a la naturaleza del vínculo jurídico. En tal sentido existen sistemas en los que se releva la presunción legal de laboralidad o la clara definición de los conceptos de subordinación o dependencia como sugiere a los Estados miembros la Recomendación n. 198 de OIT (arts.9 lit.b y 12; otros que por vía legislativa aportan pautas objetivas de indagatoria y análisis como el brasileiro y finalmente otros como el uruguayo en que independientemente del principio constitucional del protección del trabajo humano, en el ordenamiento inferior – legislativo y reglamentario heterónomo y autónomo - creador de derechos para quien se encuentra en una relación de trabajo dependiente, no se relevan ni presunciones ni pautas, sino el silencio del legislador.

1 En Brasil

El concepto de subordinación puede entenderse definido por los arts. 2 y 3 de la Consolidación de Leyes del Trabajo.

El artículo 3 de la Consolidación de Leyes de Trabajo dispone: : *“Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”*.

Y, el art. 2 del mismo cuerpo normativo, define el concepto de empleador indicando que *“considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”*.

2 En Uruguay

Uruguay en cambio, acompañando la tendencia general latinoamericana¹⁶, no cuenta con una definición legislativa de la subordinación ni con una definición general de los aspectos principales característicos de la relación de trabajo. (trabajador, empleador, salario, etc). El ordenamiento jurídico presenta sin embargo, disposiciones que indirectamente inciden en la delimitación del concepto y que puede aglutinarse en tres grupos: unas, que califican todos o algunos de los aspectos característicos limitando su alcance a algún instituto en

16 Ermida Uriarte, Oscar. Hernández Álvarez, Oscar. Op. Cit. “ Crítica...” pag. 228.

particular¹⁷, otras, que reglamentan la responsabilidad laboral ¹⁸ y otras, generales ubicadas en sede de interpretación de los contratos en el Código Civil.¹⁹

De todos modos, tal reglamentación del ordenamiento inferior está iluminada y sostenida por la norma-principio constitucional que garantiza la protección del trabajo humano (art. 53) que da cuenta del hecho social de la desigualdad entre los sujetos que se vinculan en torno al trabajo humano ; empero ésta convive con el principio de igual fuente y jerarquía , de libertad de los sujetos (art. 10) que parte de la idea de igualdad de los mismos y por ende se contrapone a la primera.

A ello se agrega que la inclusión como fuente de integración de la imprevisiones constitucionales, de las doctrinas generalmente admitidas que prevé el art. 332 de la Carta²⁰, da ingreso a la Recomendación n. 198 de OIT como expresión de la opinión de la conciencia jurídica universal derivada tanto de las mayorías necesarias para su aprobación en el seno de la Conferencia Internacional del Trabajo, como del carácter tripartito de la integración de ésta. ²¹

En Uruguay, el silencio legislativo tanto acerca de la determinación del concepto de subordinación como de los otros elementos típicos de la relación de trabajo, enfrenta al juzgador , cuando resuelve un diferendo en torno a la calificación del vínculo jurídico – relación de trabajo versus otra de naturaleza diversa – a encarar un choque de principios constitucionales: por un lado, el de protección del trabajo humano (art. 53 y sgtes. de la Carta) y por otro el de

17 Por ej, el concepto de salario es distinto en la ley de accidentes de trabajo – 16.074 – que en la que reglamenta el aguinaldo – ley 12.840-.

18 Por ej. las leyes de tercerización – 18.099 y 18.251 – que reglamentan la responsabilidad de los sujetos intervinientes indirectamente amplían el concepto de dependencia.

19 Por ej. Los arts. 1301 y 1304 que indican, el primero que los hechos posteriores de los contrayentes son los que permiten explicar la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato y el segundo, que las cláusulas ambiguas deben interpretarse contar quien las redactó y que, siendo el contrato de trabajo de adhesión significaría interpretarlas contra el empleador.

20 El art. 332 de la Constitución expresa que “Los preceptos de la presente constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas , no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva , sino que esta será suplida recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”.

21 Beaudonnet, Xavier. “La utilización de las fuentes universales del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales” en rev. Derecho del trabajo. Ediciones La ley Bs. As. , julio 2006 y en Normas internacionales del trabajo para magistrados , juristas y docentes en derecho. Dossier de Formación. 11-15 de abril de 2011. Montevideo, Uruguay. Pag. 102. Expresa que no existen diferencias entre el valor jurídico de un convenio de la OIT no ratificado y una recomendación y refiere a ciertos tribunales laborales que refieren a ellos como expresivos de reglas de equidad.

autonomía de la voluntad (art. 10 de la Carta) .

Así, la existencia de un estatuto constitucional especialmente protector del trabajo humano, completado por la edificación de una compleja red de disposiciones del ordenamiento inferior que se imponen a los sujetos sobre los cimientos del principio de irrenunciabilidad, enfrentado al principio de libertad en su expresión de la libertad contractual, determinan acudir a la técnica de la ponderación. En el caso, la ponderación se concretará en que el juzgador solo pueda marginar el estatuto protector si identifica una causa razonable que explique las razones por las cuales un ser humano titular de una garantía de protección, resuelve despojarse de ella. Vale decir, la identificación de las ventajas que le reporta el triunfo de la libertad sobre la protección garantizada de antemano, desde fuera del propio vínculo jurídico y sin que sea necesaria negociación alguna.

La ponderación entre los dos principios constitucionales, actuada bajo la guía de la explicación razonable, ha venido sido invocada, aisladamente por algunas sentencias por lo que no puede sustentarse aún la configuración de una tendencia jurisprudencial.

En tal sentido la sentencia n. 251/2010 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er Turno , resolvió un diferendo en que el reclamante sostuvo que se ocupaba de vender discos y revistas editados por el demandado mientras que filmaba eventos y fiestas. Y demandó rubros laborales invocando su condición de trabajador dependiente. El demandado en cambio si bien aceptó los hechos calificó el vínculo como una relación comercial ya que el actor obtenía una ganancia de la diferencia por la reventa, esto es entre el precio de compra y venta al público. La sentencia indicó que

[...] el primer punto que debe plantearse o cuestionarse el tribunal, es el relativo a la libertad que tienen los sujetos para contratar o comprometer trabajo humano; en tanto el Derecho del Trabajo y el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos contienen una serie de normas de evidente corte protector para quien presta o compromete su fuerza de trabajo. De ahí el carácter de orden público de las normas laborales, puesto que en virtud de tal carácter, nadie podría verse marginado de la protección prevista, ya sea por obra del legislador, por renuncia, o bien por acuerdo con quien se sirve de la fuerza de trabajo.

Sostiene además que el problema a resolver podría situarse en

[...] si es posible dejar librado a la voluntad de los sujetos la forma contractual y como consecuencia directa, el desplazamiento de la protección constitucional. Esto es, situar la cuestión en la etapa de la creación del vínculo jurídico. ¿Pueden los sujetos válidamente pactar trabajo humano bajo cierta forma jurídica que desplace la regulación del Derecho del Trabajo cuando éste contiene un estatuto protector del sujeto que sirve ese trabajo?.

Indica que resulta indudable que en tales diferendos

[...] entran en juego o en tensión por un lado el estatuto protector del trabajo dependiente y por otro, el principio de autonomía de la voluntad, que perfectamente habilitaría para que los sujetos contrataran bajo otra forma jurídica que no importara o implicara relación de dependencia y provocara en los hechos, el desplazamiento de la protección estatutaria.

Sostiene el Tribunal, que en tales casos la labor del juez es muy exigente y se encuentra al máximo comprometida, puesto que el oficio deberá más que nunca arribar a una decisión fundada, en tanto la solución que se adopte y la ineludible tensión entre los principios en juego, deben justificarse sólidamente por cuanto su decisión determina el régimen normativo aplicable. El triunfo de uno u otro principio estará pautado “por el criterio de la justificación racional para el caso concreto”. Esto significa que “[...] un principio podrá desplazar al otro solo cuando se pueda detectar una explicación racional que lo justifique”, o lo que es lo mismo, que la decisión de los sujetos de colocarse fuera de la protección constitucional para el trabajo dependiente (artículos 53, 54 y ss de la Constitución) es legítima, si se detectan claras razones o ventajas compensatorias a favor del sujeto cuya protección especial se verá marginada.

Para ello deberá apreciarse no sólo la voluntad o intención de los contrayentes al momento de celebrar el contrato (artículo 1298 del Código Civil), sino los hechos posteriores a la celebración del acuerdo o contrato (artículo 1301 del C.C).

En definitiva, en el caso la voluntad de las partes habrá de tenerse en cuenta, pero el contenido del vínculo obligacional entablado entre ellas, no sólo surgirá de lo pactado, sino también y fundamentalmente de la forma que se desarrolló y desarrolló en el tiempo el mentado vínculo, es decir; se deberán apreciar los hechos posteriores de los contrayentes (artículo 1301 del Código

Civil). Esto ni más ni menos significa, que no alcanzará con examinar lo que quisieron las partes al vincularse, sino que será fundamental apreciar lo que hicieron...”

En la misma línea argumental, la sentencia n.89 del 1.12.2011 del Juzgado Letrado de Primera Instancia de Rivera de 4to. Turno. En el caso, la promotora indicó en su demanda que laboró para la demandada como licenciada en enfermería y como técnica podóloga, tareas ambas que cumplió en régimen de subordinación, y en los horarios y demás condiciones que la institución de asistencia médica demandada le había pautado. Afirmó que ingresó como licenciada en enfermería 1/2/1996 y egresó por despido el 28 /5/2009; en tanto que en relación a su labor de técnico podóloga, señaló que ingresó el 21/4/2006 y egresó por despido el 14/7/2009. Por su parte, la demandada Cooperativa Médica de Rivera si bien admitió la existencia de la relación laboral con la actora en relación a la labor cumplida por ésta como licenciada en enfermería, desconoció abiertamente que la tarea de podóloga hubiera sido prestada por la accionante en régimen de subordinación, indicando que en este caso, había existido un arrendamiento de servicios, y en definitiva concluyendo, que la actora por esta tarea no estaba subordinada jurídicamente, sino que labor era cumplida bajo la modalidad del ejercicio liberal de su profesión.

Indica la sentencia que

[...] surge probado en autos, que la actora fue contratada por la mutualista para desempeñarse como podóloga, luego de una propuesta que ésta realizara a la dirección técnica de la institución, a raíz de haber obtenido el título de podóloga; hecho admitido por la accionante en su declaración de parte (fs. 612). De la referida propuesta que fuera agregada por la mutualista demandada y que luce glosada de fs. 136 a 146, emerge que la iniciativa de la accionante para el ofrecimiento de su trabajo como podóloga, se enmarcó y se le dio un rol preponderante a la atención o cuidado del pie diabético[...]

Indica también que

[...] como surge de la prueba testimonial recibida infolios, la actora cumplía su labor de podóloga tanto en su consultorio particular atendiendo pacientes socios de la institución demandada y también pacientes particulares, así como atendía a los usuarios de la cooperativa en las policlínicas que la institución demandada tenía y tiene en las localidades del interior del departamento, tales como Vichadero, Tranqueras, y Minas de Corrales.

Releva que

[...] Contrariamente a lo sostenido por la parte accionada, de infolios no hay prueba que demuestre que el precio o remuneración prevista por dicha labor a la agonista haya sido fijada unilateralmente por ésta como se postula en la contestación de la demanda.

La sentencia releva dos elementos decisivos: uno, la modalidad de liquidación de los servicios de podólogo -le abonaba por un sistema de tickets u órdenes que eran liquidados en forma mensual por la mutualista a la accionante y que figuraban en su recibo de salario como nurse bajo el título “viáticos y otros”. Otro, la ausencia de explicación racional que justifique que la actora hubiera optado por una modalidad de contratación menos protectora, además de no apreciarse, las claras razones o ventajas que la hubieran inducido a contratar bajo la modalidad del arrendamiento de servicios, cuando de infolios emerge que ni siquiera podía afiliarse por ejemplo a la Caja Profesional por no estar incluida la tecnicatura de podólogo dentro de las profesiones incluidas en dicha caja paraestatal (información de fs. 580); por lo que ni siquiera puede argumentarse que podría eventualmente beneficiarse con otra jubilación bajo otro sistema de aportes.

Cabe indicar finalmente, que la imprevisión normativa general acerca de pautas para encartar o descartar la calificación de un vínculo como relación de trabajo, han sido determinantes en la elaboración jurisprudencial no sistemática sino que se extrae por deducción, de un elenco de hechos que considera indicadores de la dependencia laboral.²²

3 En el Derecho Internacional del Trabajo

En esta reseña del marco normativo de cada sistema jurídico, no puede faltar la consideración de una regla de derecho objetivo que dibuja una línea transversal en ambos: la ya mencionada Recomendación n. 198 de OIT.

Ésta parte de la consideración que la protección de los trabajadores constituye la esencia del mandato de la Organización Internacional del Trabajo y de las habituales dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros derechos y obligaciones respectivos de

22 Rivas, Daniel. “Los indicios del trabajo subordinado en la jurisprudencia laboral” en rev. Judicatura n. 36 pag. 73.

las partes interesadas, cuando se ha intentado encubrir la relación de trabajo o cuando hay insuficiencias o limitaciones en la legislación en su interpretación o en su aplicación o cuando los acuerdos contractuales pueden tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a que tienen derecho.

Recomienda a los Estados miembros en el sentido de que la legislación determine la naturaleza y alcance de la protección, el ámbito de aplicación y la responsabilidad que involucra y los alerta a buscar mecanismos de diferenciación entre la relación de trabajo encubierta y verdaderas relaciones civiles y comerciales.

Indica la especial consideración de los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador con independencia de la calificación contractual o acuerdo – de cualquier naturaleza- en contrario.

Relaciona una serie de indicios sugiriendo a los Estados miembros su definición y consideración para la determinación de la relación de trabajo:

- + que el trabajo se realice según las instrucciones y bajo el control de otra persona

- + que implique la integración del trabajador en la organización de la empresa;

- + que sea efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona;

- + que deba ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo;

- + que el trabajo sea de cierta duración y continuidad,

- + que requiera la disponibilidad del trabajador,

- + que implique el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo,

- + que se pague una remuneración periódica al trabajador;

- + que dicha remuneración constituya la única o la principal fuente de ingresos del trabajador;

- + que incluya pagos en especie tales como alimentación, vivienda,

transporte, u otros;

- + que se reconozcan derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales;

- + que la parte que solicita el trabajo pague los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo;

- + que no existan riesgos financieros para el trabajador.

La Recomendación de OIT como fuente normativa, si bien no requiere de ratificación y como su nombre lo indica no ostenta fuerza vinculante para los Estados miembros - como lo son Uruguay y Brasil – es exponente de la opinión jurídica de la mayor parte de ellos ya que del mismo modo que el convenio internacional de trabajo nace en el seno de la Conferencia General²³ y genera la obligación de sumisión a la autoridad competente para que le de forma de ley o adopte otras medidas.²⁴

En los últimos veinte años, se ha dado una importante evolución respecto de la utilización por los tribunales nacionales del derecho internacional de los derechos humanos en general y del derecho internacional del trabajo en particular contribuyendo tanto al reconocimiento de derechos como a la protección judicial efectiva.²⁵

Como se podrá apreciar, el abordaje de jurisprudencia que sigue da cuenta que Uruguay y Brasil se inscriben en esta tendencia en el ámbito de la resolución de diferendos en torno a la calificación del vínculo jurídico cuando está involucrado el trabajo humano. Concretamente, a través de la guía interpretativa que aporta la Recomendación n. 198 de OIT²⁶ que redimensiona el concepto de subordinación nutriendolo muy especialmente de la ajenidad de la prestación del trabajador y de la inserción de aquella – aunque no necesariamente de la

23 El art. 19 de la Constitución de la OIT indica que para la adopción de un convenio o una recomendación será necesaria una mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los delegados presentes.

24 Art. 19 numeral 6 literal b de la Constitución de la OIT.

25 Beaudonnet, Xavier. La utilización del derecho internacional del trabajo por los tribunales nacionales: noticia de una evolución en marcha. rev. Derecho Laboral n. 238 pag. 245.

26 Sobre otros instrumentos internacionales utilizados por la jurisprudencia uruguaya , Rivas Goycoechea, Ana “Aplicación de los Convenios Internacionales de Trabajo en la jurisprudencia uruguaya” en rev. Derecho Laboral n. 244 pag. 693.

persona del trabajador – en la actividad de la empresa.

IV Indicadores de la dependencia en la jurisprudencia Uruguay – Brasil

1 Naturaleza de los indicadores

Ciertos hechos, considerados en conjunto y enlazados por un razonamiento lógico son calificados por la jurisprudencia como indicadores de la naturaleza de un vínculo creado en torno a la prestación del trabajo humano.

Ello conlleva a la necesidad de que tales hechos constituyan hechos del proceso. En tal sentido, o bien los hechos invocados por las partes y no controvertidos (vale decir, no cuestionada su ocurrencia) o bien, controvertidos pero ilustrados por la prueba. De allí que en este último caso, la determinación de los hechos del proceso pasará por la evaluación de la eficacia de los medios probatorios producidos.

Cabe indicar que el elenco de hechos indicadores se deduce de su consideración más o menos constante por las sentencias que resuelven diferendos en torno al punto en análisis.

2 Tendencias de la jurisprudencia

2.1 Retribución

La existencia de una retribución como contraprestación por poner la fuerza de trabajo en favor de otro que lo recibe y se beneficia de él.

A su vez esta puede ser fija o variable.

La sentencia dictada en el proceso 0001435-2011 5.04.0005 Poder Judiciario Da Uniao Justica do Trabalho da 4ta Regiao 5ta Vara do Trabalho de Porto Alegre RS destaca el elemento retribución fija como decisivo en la calificación del vínculo.

A su vez las comisiones por ventas son tenidas en cuenta como elemento definidor y exponente de la relación de trabajo dependiente en la sentencia

dictada en el proceso 0022700-77.2009 5.04.0402 RO.

De todos modos, la inexistencia de remuneración, no descarta la calificación como relación de trabajo, como lo señala la sentencia n. 530/2011 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno,

[...] el hecho de que no se reclamara el salario, resulta inocuo a los ojos del Derecho del Trabajo que no admite la irrenunciabilidad, ni expresa ni tacita a los beneficios mínimos que el estatuto laboral le asegura a quien trabaja en forma dependiente. De allí que deba hilarse muy fino cuando se aprecia el elemento onerosidad ya que la ausencia de pago, puede obedecer antes bien que a un indicador de ausencia de relación de trabajo, a una situación de incumplimiento patronal en presencia de una relación de trabajo.

En la misma línea argumental la sentencia n. 645/2012 dictada por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay califica el vínculo como relación de trabajo dependiente a pesar de reconocer que en el caso, no se probó la subordinación ni la onerosidad ni que el club deportivo demandado le impartiera órdenes directas a la trabajadora reclamante, fundándose en la prueba de que había prestado un servicio personal por cuenta ajena, consistente en lavar la ropa deportiva de quienes jugaban fútbol para aquel. Agrega la sentencia que la ropa limpia era entregada al plantel por fallecido esposo de la reclamante – trabajador dependiente de la demandada según ésta misma admitiera – , quien se desempeñaba en la categoría de canchero que no incluía la tarea de lavado. De allí que, indica la Suprema Corte de Justicia, mal podía considerarse que la reclamante lavaba la ropa por mera colaboración con su esposo, sino en directo beneficio del club deportivo demandado. La prueba medular de ello surge además de que quien asumiera las tareas del canchero al fallecer, no se ocupaba de lavar la ropa sino que el club tuvo que gestionarlo a través de otra persona.

2.2 No participación en los riesgos

Complementa el indicador anterior que el servidor de trabajo no participe ni en las ganancias ni en las pérdidas de la gestión de quien recibe o se beneficia con el trabajo humano.

Ello puede verse reflejado por ejemplo en la utilización de los insumos, y materiales necesarios para el desarrollo del trabajo proporcionados por el

receptor del servicio: escritorios, teléfonos, papelería, uniforme , el vehículo de la empresa, los sistemas de gestión, registros informáticos, el acceso a la base de datos con los clientes de la empresa. Tal el caso del proceso 0022700-77.2009.5.04.0402 RO en el que se expresa

[...] había necesidad de que todos los corredores comparecieran en la sede del Banco, vendían tarjetas de este. Para la actividad utilizaban la estructura del Banco, los materiales de trabajo. El sistema informatizado de los registros de los clientes, y se utilizaba la mano de obra de los corredores para conseguir los objetivos empresariales.

Así mismo del proceso 0001435-75.2011.5.04.0005 en el que se analizan entre otros, el uso del uniforme, y el hecho de que el trabajador no participaba en los lucros y pérdidas de la empresa.

2.3 Trabajo realizado a través de vínculos con terceros entablados por el sujeto que es beneficiario del trabajo humano

En el proceso 0022700-77.2009.5.04.0402 – RO el demandante realiza tareas como corredor de seguros atendiendo clientes del Grupo económico demandado.

2.4 Sujeción a horario

La sujeción a un horario determinado constituye un índice mas a considerar. Sin embargo la no sujeción o flexibilidad no descarta la dependencia., pues el hecho de no someterse a un control estricto o rígido de horario no revela de por si la falta de subordinación, tampoco lo hace la circunstancia aislada de que no fuera sancionado por las faltas incurridas como indica la sentencia dictada en el proceso 001435-75.2011.5.4.0005 del Tribunal Regional do Trabalho da 4ta Região.

2.5 Formalización del vínculo

El objetivo inicial de las dos partes o la forma en que se inició el vínculo no resultan elementos decisivos en la calificación del vínculo. En tal sentido la

sentencia No 380/2010 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno refiere a que “ la voluntariedad en el comienzo del vínculo así como la

intención gratuita de la actividad , resultan inocuas a la decisión del debate , [...] Porque no importa si se acercaron o si se les propuso la tarea , no importa como se gesta el vínculo, sino como se ejecuta.

2.6 La prestación personal de la tarea

La sentencia dictada en el proceso 0022700-77.2009.5.04.0402 – RO indica que el requerimiento de presentarse personalmente a la sede de la empresa, en forma regular por ejemplo para vender sus productos, se evalúa como un indicador de la relación de trabajo dependiente.

2.7 Prolongación del vínculo durante años

La nota de continuidad, estabilidad en contraposición con la transitoriedad, accidentalidad o de provisorio, son elementos que coadyuvan en la determinación de la subordinación, Así el caso del trabajador eventual o changador, En la sentencia No 9 del 5.3.2012 dictada por el Juzgado Letrado de Instancia única del Trabajo de 5to Turno, se establece que las tareas transitorias de corta duración que se producen por un aumento excepcional de tareas, determinan la ocasionalidad o transitoriedad , del vinculo, es provisorio o imprevisto, contingente, esporádico o eventual, todo lo que determina la inexistencia del vinculo.

Por su parte la ya citada sentencia 645/2012 de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay establece “que aún en ausencia de prueba en cuanto a que se le impartieran directivas a la actora, la demandada obtuvo durante muchos años el beneficio de la tarea desarrollada por la accionante”.

2.8 Inserción del trabajo prestado en la organización de la empresa que lo recibe o se beneficia con él

Aspectos como constituir un eslabón o aún parte de un eslabón del proceso productivo encaminado a obtener los objetivos de la empresa que se beneficia indirectamente con el trabajo humano; o que la tarea prestada por el prestador del servicio sea de la misma índole que la que realiza la empresa; o que quien trabaja dependa en la ejecución de la labor de superiores que a su vez son dependientes de la empresa que se beneficia indirectamente con el trabajo

humano; integran el concepto más amplio de inserción como indicativo de la relación de trabajo amparada por el Derecho del Trabajo.

Para la jurisprudencia de Brasil en tendencia consolidada como expresión de la teoría de la subordinación objetiva o en su posterior desarrollo, estructural; para Uruguay por aplicación de la regla de Derecho Internacional del Trabajo que representa la Recomendación de OIT n. 198 en el sentido de que prioriza la inserción del trabajador en el proceso productivo respecto de los clásicos índices de subordinación como impartir órdenes, ejercer el poder de dirección o el poder sancionador.

En Uruguay exponentes de ello resultan las sentencias nros. 530/2011 y /2012 del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno. La primera indica que *“[...] los actores trabajaron cumpliendo servicios en la obra, en forma onerosa, en beneficio de la demandada y ocupando un lugar en la organización de la actividad de la empresa demandada, satisfaciendo un requerimiento contractual...consistente en la custodia de la obra”*. La segunda hace lo propio destacando que el reclamante prestó servicios como encargado de distintas obras de construcción llevadas a cabo por la empresa demandada, cuyo giro principal, coincidentemente era la construcción. Agregó a tal circunstancia la ausencia de explicación razonable para que el actor aceptara comprometerse a través de una relación de arrendamiento de servicios como postuló la demandada.

En el mismo sentido la sentencia No 43 del Juzgado Letrado de Instancia Única del Trabajo de 5to Turno que expresa que la que realiza la limpiadora es una labor que *integra, obviamente, el giro normal de la empresa del demandado, y es necesaria al mismo*.

En Brasil , la sentencia dictada en el proceso 001435.75.2011.5.4.0005 expresa que

[...] en cuanto trabaja, el hombre (su condición de ser humano) está sometido a una estructura de organización empresarial destinada a um objetivo, del cual el trabajo que él presta, forma parte conjuntamente con los otros elementos, de la empresa. La diferencia está en que ese trabajo es parte de su condición humana . De ella, él no se separa. Por eso la inserción del trabajo humano en el rol de los elementos concatenados para una finalidad empresarial genera subordinación objetiva. Una subordinación que no es personal – porque jurídicamente es afecta al trabajo humano pero no a las demás condiciones que identifican al ser humano.

Y más adelante concluye en que

La concepción moderna de la subordinación permite que las formas de precarización o pulverización de manifestaciones aparentes de esta relación jurídica sean fácilmente aplastadas por el efecto de la aplicación de las reglas atinentes a la especie adecuada de relación de trabajo con la cual linda. En otras palabras, comprender la subordinación objetiva como inserción de la actividad en el emprendimiento, en la finalidad empresarial, implica identificarla inclusive en los casos en que el capital se pulveriza (tercerizando o cuarterizando la relación, dividiéndose entre varias empresas dentro del grupo, etc).

Este criterio también ha sido decisivo en la sentencia dictada en el proceso 0022700-77.2009.5.04.0402 RO, de la 7ma. Turma en el que declara la existencia de relación de empleo entre un trabajador que desempeña actividad como corredor de seguros y un grupo económico que se dedica a la venta de éstos que lo había calificado como vendedor autónomo. También, para hacer lo propio en un diferendo planteado por una trabajadora que se ocupaba de vender los servicios financieros de un banco y pretendió la declaración de empleada bancaria con fundamento en que a pesar de su forma de contratación, llevaba a cabo actividad típicamente bancaria para aquel. La sentencia hace hincapié en la presencia de los requisitos exigidos para la calificación de dependencia estructural que se advierten del análisis de los hechos probados que ilustran la prestación de servicios en beneficio exclusivo del banco.

V Aspectos probatorios

El análisis comparativo revela que la jurisprudencia de ambos países a la hora de fundar las decisiones hace hincapié en los criterios empleados en la valoración de los hechos. En efecto. En tanto, como se ha señalado precedentemente, los indicadores de la subordinación resultan de los hechos del proceso, las decisiones tienen en su base en éstos y de allí, como uno de los primeros puntos a resolver las razones por las cuales seleccionan un elenco de ellos sobre los cuales edificarán el fallo. Esto es las razones por las que entienden que tales o cuales hechos constituirán el fundamento de hecho de la decisión. En tal sentido, abordan los criterios de valoración de la prueba

producida en respaldo de los hechos planteados por las partes.²⁷

1 Valoración en conjunto de todos los factores; uno solo en sentido contrario no alcanza para descalificar la naturaleza laboral del vínculo

La sentencia No 645/2012 de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay es exponente de este criterio en tanto indica que

si bien el vínculo de subordinación es un elemento relevante a la hora de la enunciación jurisprudencial de los elementos típicos del contrato de trabajo, característico de la relación de trabajo, existen otros criterios complementarios o sustitutivos, idóneos para poner de manifiesto la subordinación, [...] tales como la continuidad entendida como la permanencia o estabilidad de la relación, la profesionalidad, entendida como el empleo u oficio que cada trabajador tiene y ejerce públicamente a cambio de un salario, la ajenidad de los frutos del trabajo que le corresponden al empleador, y la ajenidad del trabajador en cuanto a la propiedad de los medios de producción y organización empresarial.

Y dice además

[...] si bien no se logró acreditar el elemento subordinación, el mismo no deviene excluyente a la hora de valorar la relación laboral, en tanto del resto del material probatorio emerge que la reclamante prestaba un servicio personal por cuenta ajena en cual nunca fue remunerado.

La sentencia dictada por el Tribunal Regional do Trabalho de la 4ta. Región (6ta. Turma) en el proceso n. 52.8100-67.2006.5.02.0081 se recoge la misma idea en tanto se sostiene que

[...] las circunstancias relatadas por la reclamante en cuanto a que no estaba sometida a un control rígido de horario no revela la inexistencia de subordinación jurídica porque es evidente la existencia de los demás elementos de la relación de trabajo: recibía salario fijo,

27 No puede dejar de indicarse que en Uruguay se encuentra vigente un nuevo sistema laboral procesal desde el mes de octubre de 2009 que ha desplazado el Derecho Procesal común salvo cuando exista vacío, cuando no existan normas laborales más favorables, y habilitándose permearlo cuando además sus soluciones sean compatibles con los principios del Derecho del Trabajo. La reciente vigencia del nuevo sistema así como la imprevisión general expresa acerca de las reglas probatorias, determina que la jurisprudencia reciente aún no haya sido dictada conforme a éste sino al régimen anterior.

su actividad estaba directamente relacionada con la finalidad de la empresa. Estos factores señalizan la inserción de la obrera en el núcleo de la dinámica empresarial, con sujeción al direccionamiento ejercido por las reclamadas sobre el emprendimiento y por vía de consecuencia, sobre la forma de desenvolvimiento de la prestación del trabajo.

2 Principio de primacía de la realidad

El principio de primacía de la realidad, respecto de las formas, principio que extravasa las fronteras del Derecho del Trabajo, resulta el fundamento de algunos fallos que califican el vínculo como relación de trabajo dependiente. Este elemento indicador de la relación de trabajo dependiente es elocuentemente destacado en el voto disorde de la sentencia n. 248/2010 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6to Turno.²⁸ El caso refiere a un chofer de una dependencia del Estado – Administración Nacional de Educación Pública (ANEP)– quien si bien admite haber pactado un contrato de arrendamiento de servicios a través de la empresa unipersonal de su titularidad - se auto calificó como trabajador dependiente. Su posición en debate con la de la demandada que defendió la figura del arrendamiento de servicios pactado con una empresa unipersonal. Expresa el voto disorde que

[...] Probablemente, haya pocos casos tan claros como el presente, donde se configuran todas las notas del trabajo subordinado, encubiertas bajo un contrato con una empresa unipersonal.

La clave para la dilucidación del caso está en examinar las afirmaciones sobre cómo se manifestó en la realidad la relación y no en la forma en que las partes la formalizaron...” “En el caso, la empresa del actor únicamente tenía el nombre de empresa, pues es claro que el trabajador estaba sujeto al poder de dirección de la ANEP, tenía que prestar el servicio cómo y cuándo la ANEP se lo indicaba. Esta premisa fue avalada por la prueba de los siguientes extremos que dan cuenta de la subordinación existente:

1) Debía cumplir un horario” “...2) El carácter “intuitu personae” del vínculo. Como se afirmó en la demanda –y no se controvertió- no se admitía la prestación del servicio por un suplente.

28 Ministro disorde Dra. Selva Klett.

3) La “empresa” del actor no tenía dependientes.4) La “empresa” del actor únicamente tenía su fuerza de trabajo, pues los vehículos que utilizaba eran de la ANEP, cargaba nafta con vales de la ANEP, etc. (todos estos extremos no fueron controvertidos).

Agrega que

[...] del cúmulo de indicios que surgen del expediente resulta claro que el actor era un trabajador subordinado desde el primer día que se vinculó con la ANEP, pese a que el vínculo se formalizó por medio de la “empresa unipersonal. Evidentemente, por estas razones, el BPS observó los contratos presentados para su registro, una y otra vez.

Dice además que

Hay que preguntarse que cambió en la realidad desde que al actor se lo contrató mediante contrato de función pública y dejó de prestar el servicio en su calidad de “empresario unipersonal”. Y la respuesta es que no cambió nada. El actor siguió conduciendo los mismos vehículos de la ANEP, cargando combustible con los vales de la ANEP, y haciendo exactamente las mismas tareas. Lo único que cambió es la forma jurídica que se escogió. Pero, como se expresó, la forma jurídica en materia laboral es irrelevante si no se compadece con la realidad.

El abuso en la contratación de verdaderos dependientes con el ropaje jurídico de empresas unipersonales ha sido relevado por la jurisprudencia laboral y por la jurisprudencia de la Corte. Estos órganos jurisdiccionales han sostenido que, cuando hay una clara relación de dependencia, debe regir el estatuto del trabajador subordinado y que resultan aplicables las normas del Derecho laboral privado, a pesar de que el empleador sea una entidad estatal [...]

En similar sentido la sentencia de Brasil dictada en el proceso 0001435-75.5.04.0005 analiza los hechos a la luz de los principio desenmascarando una relación de trabajo encubierta bajo la forma de una supuesta cooperativa que el reclamante integraba según la versión de los hechos de la parte demandada. En efecto. Para fundarlo cita la Recomendación de OIT n 193 en tanto expresa que “...velar por que no se puedan crear o utilizar cooperativas para evadir la legislación del trabajo ni ello sirva para establecer relaciones de trabajo encubiertas, y luchar contra las seudo-cooperativas, que violan los derechos de los trabajadores, velando por que la legislación del trabajo se aplique en todas

las empresas”. Y agrega, que es exactamente la hipótesis que se analiza en el caso.

3 Principio protector: “in dubio pro operario”

El principio protector del trabajo reconoce tres reglas : “in dubio pro operario”, la preferencia por la norma más favorable , la persistencia de la condición más beneficiosa.²⁹

La regla “in dubio pro operario” cuyo enunciado indica que a la hora de interpretar una norma el intérprete habrá de elegir entre varios sentidos posibles, aquel que sea más favorable al trabajador. Se trata de una herramienta del aplicación del derecho objetivo que re orienta el principio de protección del derecho civil “favor pro reo” , por cuanto en la relación de trabajo el sujeto más débil no es el deudor – empleador – sino el trabajador.³⁰

Si bien, la jurisprudencia uruguaya tiene en cuenta el principio a la hora de interpretar normas jurídicas, pocas sentencias lo han aplicado para la valoración de la prueba y bien podría decirse que todas, lo exilian a la hora de valorar la prueba de los hechos cuando el objeto del proceso recae en la calificación del vínculo jurídico.

La doctrina releva posiciones discrepantes en cuanto a la aplicación del principio para valorar la eficacia de los medios probatorios en los procesos laborales, pero lo exilia totalmente a la hora de decidir si una persona es dependiente o no. Ello con fundamento en que justamente lo que controvierte es la existencia o no de la relación laboral.³¹ Este temperamento lo recoge frecuentemente la jurisprudencia uruguaya siguiendo una sentencia de la Suprema Corte de Justicia que indica el argumento reseñado.³² En puridad, si el “in dubio pro operario “ constituye un principio que se deduce del Derecho del Trabajo aplicable a las relaciones de trabajo, constituye una petición de principios pretender aplicarlo cuando, justamente lo que está en debate es la configuración o no de una relación de trabajo.

29 Plá Rodríguez, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo. Depalma . 3ra. Edición . 1998 pag.84 y sgtes.

30 Plá Rodríguez, Américo. Op. Cit. Los principios ..., pag. 85.

31 Plá Rodríguez, Américo. Op. Cit. Los principios... pag. 99.

32 Sentencia publicada en el Anuario de Derecho Laboral 194-1995 caso 1031.

4 Carga de la prueba de la demandada respecto de hechos modificativos de la pretensión

La carga de la prueba corresponde a quien invoca un hecho impeditivo o modificativo de la pretensión del actor. Esto es cuando la parte demandada controvierta la relación de trabajo calificada por el reclamante, invocando en su lugar otra – arrendamiento de servicios, trabajo autónomo, conformación de una cooperativa, trabajo voluntario, etc – es ella la gravada con la carga de la prueba de su demostración. Esta idea es desarrollada por la sentencia dictada en el proceso 0001435-75.5.04.0005 que hace referencia a que la Cooperativa demandada afirma que los servicios desarrollados por la trabajadora favorecían a la otra co-demandada, haciendo hincapié en lo que la otra no probó, cuando tenía la carga de acreditar sus dichos en tanto había invocado un hecho impeditivo.

En el Uruguay, el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno da cuenta de un número importante de sentencias que resuelven diferendos como el que se analiza que adoptan decisión valorando especialmente lo que el demandado estaba llamado a probar y no probó. Entre ellas la n. 412/2010 en la que la demandada había repelido la pretensión alegando una forma jurídica distinta a la planteada por el actor.

Conclusiones

A modo de conclusiones, presenta interés extraerlas de la consideración de dos aspectos: la modalidad de la investigación y el tema investigado.

En cuanto a la modalidad, el abordaje de jurisprudencia importa adentrarse en el Derecho Jurisprudencial, fuente – material, conforme el ordenamiento de Brasil y Uruguay – que es espejo de la vida misma de una sociedad en un tiempo, en un lugar. En efecto. El Derecho Jurisprudencial es espejo de la vida de una determinada sociedad visualizada a través de los conflictos que está llamada a resolver.

En cuanto al tema investigado, el Derecho Jurisprudencial sobre la calificación del vínculo jurídico cuando se debaten la relación de trabajo y otra de diversa índole, despierta un interés adicional. Principalmente por dos motivos: uno, que es revelador de la labor especialmente creativa del juez que resuelve el conflicto; otro, que las decisiones individualmente consideradas y las tendencias que puedan deducirse de la apreciación del conjunto, pueden redundar en el

pulmón o en la reducción de las fronteras del Derecho del Trabajo.

Justamente, por ese rol de artesano que juega el juez que resuelve un conflicto en torno a la calificación de vínculo, el contrapunto de jurisprudencia emitida en nuestros países, aporta tanto a quienes investigamos como quienes analicen la investigación, un insumo más en este fino hilado de indicios y razonamiento, que conformarán la decisión.

Ahora bien. Del cotejo de ambas jurisprudencias surge claramente que el objetivo de ambas está en la realización de la tutela efectiva del justiciable ya que, se esfuerzan por develar la verdad de los hechos prescindiendo, si es necesario, de las formas jurídicas a través de las que aquellos se presentan en el proceso.

Puede apreciarse cómo las dos jurisprudencias intentan introducirse en los nuevos serpenteados caminos de las formas de prestación del trabajo humano que han provocado los cambios tecnológicos, culturales y aún políticos. La jurisprudencia de Brasil, a través de la figura de la “subordinación objetiva o estructural”, co elaborada con la doctrina. Interesante enseñanza para la jurisprudencia uruguaya que recién tímidamente y en casos salpicados que aún no hacen tendencia, empieza a respaldarse en la Recomendación n. 198 de OIT para potenciar la incidencia de la ajenidad y la inserción del trabajo humano prestado en la actividad de quien lo recibe o se beneficia de él. O, como indica la señera sentencia de la Suprema Corte de Justicia n. 645 multicitada, que se despoja del mito de la prueba eficaz de la subordinación – en su versión clásica – , sustituyéndola por la decisiva incidencia de la consideración de la actividad personal y la ajenidad. Si bien la sentencia no lo plantea expresamente, su razonamiento fundante viene a seguir el camino marcado por la doctrina y la Recomendación n. 198 de OIT: la subordinación inferida de la ajenidad en la prestación de la actividad humana.

Y bien, el contrapunto de jurisprudencia, sobre la determinación de la relación de trabajo, nos permite concluir que los jueces brasileros y uruguayos transitamos el mismo camino: la eficacia del servicio de justicia a través de la efectividad de la tutela del hombre que trabaja.

Estudio Comparado acerca de la Jurisprudencia sobre Tercerización o Subcontratación: Brasil y Uruguay

Valdete Souto Severo^{1*}

Resumen: Este artículo tiene como objetivo realizar un estudio comparativo de la jurisprudencia brasileña y uruguaya sobre la tercerización o subcontratación con el objetivo de acercar estas realidades próximas y hacer posible que sus intérpretes aplicadores trabajen con un tema tan preocupante para aquellos que creen en el Derecho del Trabajo, como es la intermediación de la mano de obra.

Tabla de contenido: Introducción, 1. La tercerización o subcontratación en la legislación brasileña y uruguaya 2. La tercerización en la jurisprudencia, Conclusión, Referencias

Introducción

La tercerización o subcontratación es un proceso de administración empresarial que tiene como objetivo disminuir los costos de producción, en evidente compromiso con la visión económica del derecho. Se caracteriza por el traspaso de parte del emprendimiento², a terceros con el fin de limpiar la “máquina administrativa” y así obtener más ganancia. Han servido a la fragilidad y la supresión de los derechos laborales fundamentales. Se define como “la técnica administrativa, el efecto del modelo de producción posfordista, que exige

1* Jueza del Trabajo, Máster en Derechos Fundamentales por la PUC/RS

2 Dado el alcance de este artículo, no se abordan algunas cuestiones clave, como la propia noción de “esencialidad” en la relación de empleo. En realidad, la tercerización pone en crisis la propia noción de relación laboral, tal como se presenta en un contexto capitalista de producción.

la reducción del tamaño de la empresa y la transferencia de parte de la empresa de servicios a otras empresas.”³

El Ministro Maurice Godinho Delgado, a su vez, lo define como “un fenómeno en el cual se disocia la relación económica de trabajo de la relación juslaborista correspondiente”⁴. Provoca “una relación trilateral en virtud de la contratación de la fuerza laboral en el mercado capitalista: el obrero, el proveedor de servicios, que realiza sus actividades materiales e intelectuales con la empresa que contrata los servicios; la empresa tercerizante, que contrata a este trabajador, firmando con él los vínculos jurídicos laborales pertinentes, la empresa que recibe los servicios, que recibe el suministro de mano de obra, pero no asume la posición clásica de empleadora del trabajador en cuestión”⁵.

Aunque está ampliamente aceptada y practicada, la tercerización no está

3 DELGADO, 2006, p. 439.

4 DELGADO, 2006, p. 439.

5 Art. 2º - Trabalho temporário é aquele prestado por pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou à acréscimo extraordinário de serviços. Art. 9º - O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora de serviço ou cliente deverá ser obrigatoriamente escrito e dele deverá constar expressamente o motivo justificador da demanda de trabalho temporário, assim como as modalidades de remuneração da prestação de serviço. Art. 10 - O contrato entre a empresa de trabalho temporário e a empresa tomadora ou cliente, com relação a um mesmo empregado, não poderá exceder de três meses, salvo autorização conferida pelo órgão local do Ministério do Trabalho e Previdência Social, segundo instruções a serem baixadas pelo Departamento Nacional de Mão-de-Obra. Art. 11 - O contrato de trabalho celebrado entre empresa de trabalho temporário e cada um dos assalariados colocados à disposição de uma empresa tomadora ou cliente será, obrigatoriamente, escrito e dele deverão constar, expressamente, os direitos conferidos aos trabalhadores por esta Lei. Parágrafo único. Será nula de pleno direito qualquer cláusula de reserva, proibindo a contratação do trabalhador pela empresa tomadora ou cliente ao fim do prazo em que tenha sido colocado à sua disposição pela empresa de trabalho temporário. Art. 12 - Ficam assegurados ao trabalhador temporário os seguintes direitos: a) remuneração equivalente à percebida pelos empregados de mesma categoria da empresa tomadora ou cliente calculados à base horária, garantida, em qualquer hipótese, a percepção do salário mínimo regional. Art. 16 - No caso de fálência da empresa de trabalho temporário, a empresa tomadora ou cliente é solidariamente responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, no tocante ao tempo em que o trabalhador esteve sob suas ordens, assim como em referência ao mesmo período, pela remuneração e indenização previstas nesta Lei. Art. 18 - É vedado à empresa do trabalho temporário cobrar do trabalhador qualquer importância, mesmo a título de mediação, podendo apenas efetuar os descontos previstos em Lei. N.d.T. Art. 2º - Trabajo temporal es el que es realizado por una persona física a una empresa, para que atienda a la necesidad transitoria de reemplazamiento de su personal regular o permanente o al aumento extraordinario de servicios. Art. 9º- El contrato entre la empresa de trabajo temporal y la empresa tomadora de servicio o cliente debe ser obligatoriamente por escrito y en él debe constar expresamente la razón que justifica la demanda de trabajo temporal, así como el modo de pago por la prestación del servicio. Art. 10 - El contrato entre la empresa de trabajo temporal y la empresa tomadora del servicio o cliente, para un mismo empleado, no podrá exceder a tres meses, a menos que reciba permiso de la oficina local del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con las instrucciones pasadas por el Departamento Nacional de Mano de Obra. Art. 11 – El contrato de trabajo celebrado entre la empresa de trabajo temporal y cada uno de los trabajadores a disposición de una empresa tomadora del servicio o cliente será se hará obligatoriamente por escrito y debe contener expresadamente los derechos que les confiere la Ley. Párrafo único. Será nula de pleno derecho cualquier disposición de reserva, prohibiendo la con-

reglamentada en el orden jurídico brasileño, salvo en dos hipótesis específicas sobre las cuales hablaremos en el siguiente tema. En Uruguay, hay ley que trata específicamente de la posibilidad de subcontratación o tercerización. Las consecuencias de este “fenómeno social” se sienten de manera similar en ambos países y, asimismo, en prácticamente todo el mundo occidental.

El presente estudio comparado que se presenta es el resultado de una recopilación de las decisiones adoptadas en conjunto por los jueces gauchos y uruguayos, con el fin de ver como el Estado-Juez se enfrenta a la materia. Los temas que se tratan se refieren a la licitud de la entrada de mano de obra a través de empresa interpuesta, a responsabilidad de empleadora, y su extensión, en las hipótesis de acciones laborales propuestas por empleadores cuya fuerza de trabajo revirtió en favor de dos o más empresas.

Las decisiones nos permiten, sin embargo, una reflexión más profunda acerca de la necesidad de superar o enfrentar esa supuesta ‘realidad inexorable’, con el objetivo de rescatar el concepto de relación de trabajo que justifica y caracteriza el modelo capitalista de producción.

Primeramente se tratará de manera breve las legislaciones brasileña y uruguaya sobre el asunto, y luego, en la segunda parte de este estudio, se analizarán algunas jurisprudencias que revelan cómo la materia es tratada en la práctica.

⁶¹1. La tercerización o sSubcontratación en la legislación brasileña y

tratación del trabajador por la empresa tomadora del servicio o cliente al final del plazo en el que se haya colocado a su disposición por la empresa de trabajo temporal. Art.12 – A los trabajadores temporales se les garantizan los siguientes derechos: a) Compensación equivalente a la percibida por los empleados de la misma categoría de la empresa tomadora o cliente, calculados en base horaria, garantizado, en todo caso, la percepción de sueldo mínimo regional. Art. 16 - En el caso de quiebra de la empresa de trabajo temporal, la empresa tomadora o cliente es solidariamente responsable por el pago de los aportes a la seguridad social, en relación con el tiempo que el trabajador estuvo bajo sus órdenes, así como con lo que se refiere al mismo periodo, por la remuneración e indemnización prevista por la Ley. Art. 18 - Está prohibido a la empresa de trabajo temporal cobrarle cualquier valor al trabajador, incluso como mediación. Sólo se pueden hacer los descuentos previstos en la Ley.

6 Art.1º É vedado o funcionamento de qualquer estabelecimento financeiro onde haja guarda de valores ou movimentação de numerário, que não possua sistema de segurança com parecer favorável à sua aprovação, elaborado pelo Ministério da Justiça, na forma desta lei. § 2º O Poder Executivo estabelecerá, considerando a reduzida circulação financeira, requisitos próprios de segurança para as cooperativas singulares de crédito e suas dependências que contemplem, entre outros, os seguintes procedimentos: III – dispensa de contratação de vigilantes, caso isso inviabilize economicamente a existência do estabelecimento. Art. 10. São considerados como segurança privada as atividades desenvolvidas em prestação de serviços com a finalidade de: I - proceder à vigilância patrimonial das instituições financeiras e de outros estabelecimentos, públicos ou privados, bem como a segurança

La tercerización o subcontratación no está reglamentada en Brasil, sino por pocas leyes que abordan la posibilidad de una relación de trabajo “interpuesta” por empresas de servicio temporales (Ley 6.019/74)⁷ o de una relación de vigilancia, en la que la empresa de vigilancia hace que los trabajadores realicen sus tareas de protección al patrimonio en la sede de sus clientes (Ley 7102/83)⁸.

La Constitución brasileña de 1988 garantiza, en su artículo séptimo, el derecho de los trabajadores a la relación de trabajo (sección I), sin referencia alguna a la posibilidad de intervención de terceros en esta relación⁹. La CLT

de pessoas físicas; II - realizar o transporte de valores ou garantir o transporte de qualquer outro tipo de carga.

N.d.T. Art. 1º Queda prohibido el funcionamiento de cualquier institución financiera donde haya custodia o manejo de valores o movimiento de numerario, que no tenga sistema de seguridad con un parecer favorable a su aprobación, elaborado por el Ministerio de Justicia, en conformidad con esta Ley. § 2º El Poder Ejecutivo, teniendo en cuenta la limitada circulación financiera, establecerá requisitos propios de seguridad para las cooperativas singulares de crédito u sus dependencias que contemplen, entre otros, los siguientes procedimientos:

7 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. N.d.T. Son derechos de los trabajadores urbanos y rurales, además de otros que tienen por objetivo la mejoría de su condición social: I – relación de empleo protegida contra el despido arbitrario o sin justa causa, en los términos de la ley complementaria la que preverá indemnización compensatoria, entre otros derechos.

8 Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço. § 1º - Equiparam-se ao empregador, para os efeitos exclusivos da relação de emprego, os profissionais liberais, as instituições de beneficência, as associações recreativas ou outras instituições sem fins lucrativos, que admitirem trabalhadores como empregados. § 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas. Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

N.d.T. Art. 2º - Se considerada la empresa empleadora, individual o colectiva, que, asumiendo los riesgos de la actividad económica, admite, remunera y dirige la prestación de un servicio personal. Son equiparadas al empleador, para fines exclusivos de la relación de trabajo, los profesionales liberales, las instituciones sin fines de lucro, que admiten trabajadores como empleados. § 2º - Siempre que una o más empresas estén bajo la dirección, control o administración de otra, constituyendo grupo industrial, comercial o de cualquier otra actividad económica, estarán para fines de empleo, solidariamente responsables a la empresa principal y a cada una de las subordinadas, aunque cada una de las empresas posea personalidad jurídica propia. Art. 3º - Se considera empleado a toda persona física que brinde servicios que no sean eventuales al empleador, bajo la dependencia de éste a través de sueldo. Párrafo único – No se hará distinción con relación al tipo de empleo y la condición del trabajador, tampoco entre el trabajo intelectual, técnico y manual.

9 Art. 455 da CLT - Nos contratos de subemprego responderá o subemprego pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de

opta por definir las figuras del empleado y del empleador en lugar de contener una definición de lo que constituye la relación de empleo¹⁰. Aclara, sin embargo, que se trata de un vínculo entre dos personas (no tres). Siquiera se necesitaría decirlo, puesto que deriva de la dinámica de la explotación capitalista del trabajo humano, que la producción de mercancías o la prestación de servicios sea realizada por los seres humanos cuya mano de obra se usa con el fin de hacer viable el emprendimiento. Por lo tanto, aquél que *emplea* mano de obra humana será necesariamente el *empleador* y, por ello, responsable directo de la satisfacción y del respeto de los derechos fundamentales de ese individuo.

Pese a eso, la tercerización es ampliamente practicada en Brasil, con el sello del Poder Judiciario, que editó en 1986 la Súmula 256, cuyo contenido era: “Salvo en los casos de trabajo temporal y el servicio de vigilancia, previstos en las Leyes ns. 6.018, de 3 de enero de 1974, y 7.102, de 20 de junio de 1983, es ilegal contratar a trabajadores por empresa interpuesta, haciendo el vínculo laboral directamente con quien toma el servicio”.

La entrada, sin embargo, fue cancelada en 2003, tras la Constitución de 1988, y sustituida por la Súmula 331 del TST, cuya redacción actual es la siguiente:

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. LEGALIDAD (nueva redacción del ítem IV e insertados los ítems V y VI a la redacción) - Res. 174/2011, DEJT divulgado en 27, 30 y 31.05.2011

I – La contratación de trabajadores por empresa interpuesta es ilegal, pues se establece el vínculo directamente con quien contrata el servicio, salvo cuando el trabajo es temporario (Ley nº 6.019, de 03.01.1974).

reclamação contra o empregador principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. Parágrafo único - Ao empregador principal fica ressalvada, nos termos da lei civil, ação regressiva contra o subempregador e a retenção de importâncias a este devidas, para a garantia das obrigações previstas neste artigo.

N.d.T Art. 455 de la CLT - En los contratos de subcontrata el subcontratista será el responsable por las obligaciones derivadas del contrato de trabajo celebrado, dejando, sin embargo, los trabajadores, el derecho a reclamar contra el contratista principal por incumplimiento de las obligaciones por parte del primero. Párrafo único - El contratista principal queda resguardado, en conformidad con la ley civil, la acción regresiva contra el subcontratista y la retención de importes que se deban a éste, con el objetivo de garantizar las obligaciones previstas en el presente artículo.

10 DEJOURS, Christophe. A banalização da injustiça social. São Paulo: LTr, 2010.

II – La contratación de trabajadores en situación irregular, a través de empresa interpuesta, no genera relación laboral con los órganos de la Administración Pública directa, indirecta o fundacional. (art. 37, II, de la CF/1988).

III – No entablan una relación de trabajo con el tomador la contratación de servicios de vigilancia de (Ley nº 7.102, de 20.06.1983) y de mantenimiento de limpieza, así como servicios especializados relacionados a la actividad complementaria de la entidad tomadora, siempre que no sea un empleado y que tampoco haya subordinación directa.

IV – El incumplimiento de las obligaciones laborales por parte del empleador, implica la responsabilidad subsidiaria de la entidad contratante de los servicios en lo que se refiere a dichas obligaciones, siempre que haya participado de la relación procesal y que conste aun del título ejecutivo judicial.

V – Los miembros de la Administración Pública directa e indirecta responden subsidiariamente, en las mismas condiciones del ítem IV, si se demuestra su conducta negligente en el cumplimiento de las obligaciones de la Ley nº 8.666, de 21.06.1993, sobre todo en el cuidado del cumplimiento de las obligaciones contractuales y legales de la prestadora de servicio como empleadora. Dicha responsabilidad no surge de mera omisión de las obligaciones laborales contraídas por la empresa regularmente contratada.

VI – La responsabilidad subsidiaria del tomador de servicios cubre todos los importes derivados de la condenación que se refiere al periodo de la prestación laboral.

No es difícil percibir el empeoramiento de la crisis de las instituciones que se ha establecido hoy en Brasil, ya que la súmula 331 establece la real norma que busca disciplinar temas que no están regulados por el legislador. El poder Judicial, por lo tanto, traspasando sus funciones, publicó reglas que permiten la tercerización o subcontratación en actividades de limpieza o “actividades complementarias”, creando conceptos que no se consolidan en la jurisprudencia y tampoco en la norma prescrita por la ley. Esta actitud proactiva (en el sentido abiertamente negativo, ya que la tercerización constituye una forma clara de precarizar/flexibilizar las relaciones laborales) usada por el Poder Judicial del

Trabajo revela la magnitud del problema que decidimos tratar.

En Brasil, por lo tanto, la tercerización es, por regla general, ilegal, estando legalmente permitida sólo en los casos citados. Sin embargo, en la práctica laboral ha sido ampliamente practicada, con el sello del Poder Judiciario, que “regula” la materia a través de Súmula que, como luego podremos observar, en última instancia, es la base de las decisiones sobre la materia.

Es importante subrayar, que la inexistencia de previsión expresa de la posibilidad de tercerización no impide la declaración de la responsabilidad de la tomadora de los servicios, ya sea cuando la intermediación de la mano de obra es considerada ilícita, o cuando es tolerada como práctica regular por la Justicia Laboral en Brasil.

La responsabilidad de la entidad tomadora de servicios por los créditos laborales, debe ser basada en la ley civil, precisamente por la ausencia de legislación propia. En la Consolidación de las Leyes de Trabajo hay sólo reglas que se pueden invocar por analogía, tal como la que establece solidaridad en las relaciones entre trabajador, pequeños contratistas y subcontratistas¹¹.

En el Código Civil, a su vez, se encuentran las reglas generales sobre la responsabilidad, cuya aplicación es totalmente compatible con los principios que instruyen el Derecho del Trabajo. El artículo 927 del Código Civil en la regla general acerca de la teoría de la responsabilidad en las relaciones privadas en Brasil, afirma que “el que, por acto ilícito, agravio, cause daño a otros, está obligado a repararlo.” El párrafo único de este dispositivo añade que “existe la obligación de reparar el daño, independientemente de la culpa, en los casos previstos por la ley, o cuando la actividad desarrollada habitualmente por el autor del daño implica, por su propia naturaleza, el riesgo a los derechos de los demás

Esto es lo que la doctrina llama teoría de riesgo en la que la responsabilidad se identifica no por razón de culpa o fraude, sino por razón de la simple asunción del riesgo de resultado dañoso. En la parte general del mismo Código civil, el artículo 187 dice que responde por el daño quien ejerce sus derechos “excediendo claramente los límites impuestos por su fin ya sea económico, o social”.

Este es otro dispositivo de gran valor para el Derecho del Trabajo, puesto que fija la responsabilidad más allá de la culpa, por el simple hecho de superar el fin social que, en el caso de la empresa, es precisamente el propósito de “ofertar

11 BAUMAN, Zygmunt. Vida para Consumo. A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2008, e . Sociedade individualizada. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010

empleo”.

Debemos considerar asimismo, en el Derecho brasileño, el artículo 932 del Código Civil, según el cual también son responsables por la reparación civil: “III – El empleador o contratante, por sus empleados, sirvientes, y representantes/apoderados, en la realización del trabajo que les compite, o por su causa. El tomador de servicios es aquí calificado como comitente, en el caso en el cual se reconozca la legalidad de la subcontratación.

Por último, el artículo 942, también del Código Civil, establece que los bienes de la persona responsable del agravio o violación del derecho” están sujetos a reparar el daño causado, y si la ofensa tiene más de un autor, cada uno será solidariamente responsable por la reparación”. Y dice claramente, en su párrafo único, que “son solidariamente responsables con los autores los coautores y las personas mencionadas en el art. 932”.

En Brasil, por lo tanto, la responsabilidad de la tomadora de servicios por los créditos del trabajador es solidaria. La responsabilidad subsidiaria no existe como instituto propio. Es mera creación de la Súmula 331 del TST, que como orientación jurisprudencial, no puede legislar o sobresalir sobre el comando legal vigente. En realidad, la única hipótesis de subsidiariedad, llamado ‘beneficio de orden’ prevista en el ordenamiento jurídico brasileño, afecta sólo a la figura del garante y del socio (ambos legitimados como responsables solidarios, en la forma de la ley civil).

La disposición legal es que “el garante, cuando embargado, podrá nombrar a embargo bienes libres y desembargados del deudor” (art. 595 del Código de Procedimiento Civil). En cuanto al socio, el Código de Procedimiento Civil también establece que “los bienes particulares de los socios no responden por las deudas de la sociedad salvo en los casos estipulados por la ley; el socio, demandado por el pago de la deuda, tiene derecho a exigir que sean primero embargados los bienes de la sociedad”(Art. 596). El mismo artículo dice que “cumple al socio, alegar el beneficio de este artículo, nombrar bienes de la sociedad, sitios en el mismo distrito, libres y desembargados, que sean suficientes para pagar la deuda”.

Esta es la base jurídica sobre la que debe basarse la súmula llamada de responsabilidad “subsidiaria” y que, en la práctica forense se está aplicando como un nuevo instituto, como si las orientaciones jurisprudenciales tuvieran legitimidad para crear institutos jurídicos. Se puede percibir, no obstante, que

esa interpretación extensiva del dispositivo civilista, en la contramano del principio basilar de la protección, implica en la subversión injustificable de las normas laborales, cuyas consecuencias sociales (algunas de las cuales están bien retratadas en las decisiones colacionadas) se pueden sentir en Brasil.

El ordenamiento jurídico brasileño, al tratar de la responsabilidad solidaria, con o sin beneficio de orden, da al acreedor la posibilidad de elegir hacia quien dirigirá su reclamación. Al tratar del litisconsorcio, el Código de Proceso Civil brasileño dice que solo hay litisconsorcio necesario cuando “por disposición de ley o por la naturaleza de la relación jurídica, el juez tiene que decidir para hacer frente de manera uniforme para todas las partes”, (Ar.47). No es esa la hipótesis de la acción laboral que trabaja con las relaciones laborales de subcontratación. La sentencia no será necesariamente igual para la prestadora y para la tomadora. Por lo tanto, se trata de hipótesis de litisconsorcio facultativo. Eso se aclara más cuando dicho Código pone, en el artículo 77, que es admisible el llamado proceso de tercero, de todos los deudores solidarios, cuando el acreedor exija de uno o de algunos de ellos, parcial o totalmente, la deuda común (inciso III). La posibilidad (y no la obligatoriedad) de llamar a las actas indica claramente que se trata de hipótesis de litisconsorcio facultativo.

Eso resulta de la disposición legal contenida en el Código Civil, según la cual “el acreedor tiene el derecho de exigir y recibir de uno o de algunos deudores, parcial o totalmente, la deuda común; si el pago haya sido parcial, todos los otros deudores siguen obligados solidariamente por el resto” (Art.275). El párrafo único de ese mismo dispositivo dice que “no importará renuncia de la solidaridad a interposición de la acción por el acreedor contra uno o algunos deudores”.

Aun así, la Súmula 331 del TST exige la presencia de la tomadora en el polo pasivo de la acción laboral, como condición para que se declare su responsabilidad. Lo hace, por lo tanto, nuevamente subvirtiendo la legislación vigente a favor de la tomadora, en actitud incompatible con la protección que justifica y orienta el Derecho del Trabajo.

La jurisprudencia, se verá en el siguiente apartado, salvo raras y honorables excepciones, rinde homenaje al entendimiento sumulado, ignorando las disposiciones legales acerca de la materia, hecho que acarrea manifiesto perjuicio al trabajador.

Importante tener en cuenta también el uso por la jurisprudencia mayoritaria de la regla contenida en la Ley 6019 (Ley de trabajo temporal), por analogía, a todas las relaciones en la que la tercerización lícita es reconocida. El artículo

12 de la presente ley otorga a los trabajadores temporales el derecho a “igual remuneración percibida por los empleados de la misma categoría de la empresa tomadora o cliente calculada en una base horaria, garantizada, en cualquier hipótesis, la percepción del salario mínimo regional.” Esta paridad salarial se extiende a todos los trabajadores contratados, incluido en el entendido cristalizado en la Orientación Jurisprudencial n. 383, SDI1 del TST, que dice:

TERCERIZACIÓN. EMPLEADOS DE LA EMPRESA PROVEDORA DE SERVICIOS Y DE LA TOMADORA. ISONOMÍA. ART. 12, “A”, DE LA LEY N.º 6.019, DE 03.01.1974 (DEJT divulgado en 19, 20 y 22.04.2010). La contratación irregular del trabajador, a través de empresa interpuesta, no genera vínculo de empleo con ente de la Administración Pública, sin embargo, no excluye, por el principio de la isonomía, el derecho de los empleados subcontratados a los mismos presupuestos laborales legales y normativas aseguradas a aquellos contratados por el tomador de los servicios, siempre que presente la igualdad de funciones. Aplicación análoga del art. 12, “a”, de la Ley n.º 6.019, de 03.01.1974.

Esa orientación, aunque protectiva al trabajador, nada resuelve acerca de la verdadera discriminación que identificamos en una relación laboral intermediada. Sueldo igual no significa idéntica condición de trabajo, ni siquiera la aplicación de idénticas normas colectivas.

En este sentido, si bien no es posible profundizar en el tema, a causa del objetivo de este artículo, vale poner de relieve la existencia de numerosos estudios que revelan que la subcontratación está causando lo que el autor francés Christophe Dejours llama “banalización de la injusticia social”¹² y a lo que Baumann identifica como la invisibilidad de los seres humanos sometidos a la subcontratación¹³. Mucho más que salarios diferentes, estos trabajadores

12 Artículo 1º.- Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra, será responsable solidario de las obligaciones laborales de éstos hacia los trabajadores contratados, así como del pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad previsional que corresponda, de la prima de accidente de trabajo y enfermedad profesional y de las sanciones y recuperos que se adeuden al Banco de Seguros del Estado en relación a esos trabajadores.

13 Artículo 4º. (Información sobre el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social).- Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra tiene derecho a ser informado por éstos sobre el monto y el estado de cumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales, así como las correspondientes a la protección de la contingencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que a éstos correspondan respecto de sus trabajadores. A esos efectos, queda facultado a exigir a la empresa contratada la exhibición

reciben un trato diferente. No acuden al mismo comedor, ni usan el mismo uniforme. No son reconocidos como compañeros de trabajo, ni como empleados. Son invisibles en sus ambientes de trabajo. La tomadora, prefiere no saber sus nombres, para evitar cualquier tipo de relación, ni siquiera el vínculo humano más elemental de solidaridad y de reconocimiento mutuo.

A diferencia de lo que ocurre en Brasil, Uruguay optó por regular la subcontratación, editando en un primer momento, en 2007, la Ley 18.099¹⁴, modificada posteriormente por la Ley 18251 de 2008. Esta última ha establecido que la empresa tiene el deber de supervisar para solicitar informaciones a la proveedora acerca del cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social¹⁵.

La ley conceptúa las figuras que participan de una relación “tercerizada”, estableciendo en su artículo 1° que:

existe subcontratación cuando un empleador, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona física o jurídica, denominada patrono o empresa principal, cuando dichas obras o servicios se encuentren integrados en la organización de éstos o cuando formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento, principal o accesorio (mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia), ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo.

de los siguientes documentos: A) Declaración nominada de historia laboral (artículo 87 de la Ley Nº 16.713, de 3 de setiembre de 1995) y recibo de pago de cotizaciones al organismo previsional. B) Certificado que acredite situación regular de pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad previsional que corresponda (artículo 663 de la Ley Nº 16.170, de 28 de diciembre de 1990). C) Constancia del Banco de Seguros del Estado que acredite la existencia del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales. D) Planilla de control de trabajo, recibos de haberes salariales y, en su caso, convenio colectivo aplicable. Asimismo, podrá requerir los datos personales de los trabajadores comprendidos en la prestación del servicio a efectos de realizar los controles que estime pertinentes.

14 Artículo 6º. (Responsabilidad del patrono o empresa principal). Cuando el patrono o la empresa principal hiciere efectivo el derecho a ser informado establecido en el artículo 4º de la presente ley, responderá subsidiariamente de las obligaciones referidas en el artículo 1º de la Ley Nº 18.099, de 24 de enero de 2007, con la limitación temporal allí establecida y el alcance definido en el artículo 7º de la presente ley. Cuando no ejerza dicha facultad será solidariamente responsable del cumplimiento de estas obligaciones.

15 En este sentido, ver: DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Flexissegurança nas relações de trabalho. Que bicho é esse? Revista trabalhista direito e processo, ano 7, n. 25, São Paulo, p. 49-53, jul./2008; y SARTHOU, Helio. A flexibilização e o direito do trabalho uruguaio. Cadernos de estudo sobre processo e direito do trabalho da AMATRA IV, Porto Alegre, n.7, p. 79-88, abr./jun. 2008 .

Establece, aún, que el intermediario es el empresario que “contrata o interviene en la contratación de trabajadores para que presten servicios a un tercero. No entrega directamente los servicios u obras al público, sino a otro patrono o empresario principal”. Por fin define como empresa “suministradora de mano de obra” la que suministra “servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona física o jurídica (empresa usuaria), que determine sus tareas y supervise su ejecución”.

La nueva ley, que parece ser más protectora, ya que requiere una fiscalización por parte de la parte tomadora, de hecho inaugura – en la línea de entendimiento jurisprudencial dominante en Brasil – la posibilidad de la responsabilidad “subsidiaria” de la tomadora, siempre que se pruebe la efectiva fiscalización¹⁶.

Por lo tanto, existe una clara diferencia en el enfoque adoptado por Uruguay en relación a Brasil. Allí, la técnica de la tercerización, con consecuencias perjudiciales para todo el contenido que informa la relación de empleo (central al Derecho del trabajo), fue disciplinada. En ese caso, hay la ventaja del reconocimiento de responsabilidad, incluso solidaria, de la tomadora, por ley propia, así como la asignación específica de carga de la prueba en los casos de demanda laboral. Por otro lado, no hay duda de que la positivación del fenómeno implica la renuncia a la lucha contra lo que todavía se entabla en el ámbito del derecho del trabajo en Brasil.

Es una forma completamente diferente de abordar el *problema* de la precarización de las relaciones laborales a través de la subcontratación, que en Europa se llamó de flexiseguridad¹⁷. La idea de flexibilizar garantizando un cierto nivel de seguridad a los trabajadores (que Souto Maior llama “mal menor”¹⁸) surgió en Europa, y en algunos aspectos es representado en el “Libro Verde sobre las relaciones de trabajo de la Unión Europea”, cuyo propósito es fortalecer

16 SOUTO MAIOR, Jorge Luis. Curso de direito do trabalho. v.1. São Paulo: LTr, 2011

17 Nesse sentido: RO 00650-2009-373-04-00-4 (Brasil); RO 0162800-78.2009.5.04.0662 (Brasil); RO 0000398-59.2010.5.04.0292 (Brasil); RO 0177600-76.2009.5.04.0221 (Brasil); RO 0000258-20.2011.5.04.0541 (Brasil); sentença 0093100-76.2009.5.04.0771 (Brasil); SENTENCIA Nº 30, Dra. Ana Rivas; SENTENCIA Nº 195 de 2011, Dra Ana Rivas; Sentencia Nº 58.de 2011, Dr. José Pedro Rodríguez. N.d.T. En ese sentido: RO 00650-2009-373-04-00-4 (Brasil); RO 0162800-78.2009.5.04.0662 (Brasil); RO 0000398-59.2010.5.04.0292 (Brasil); RO 0177600-76.2009.5.04.0221 (Brasil); RO 0000258-20.2011.5.04.0541 (Brasil); sentença 0093100-76.2009.5.04.0771 (Brasil); SENTENCIA Nº 30, Dra. Ana Rivas; SENTENCIA Nº 195 de 2011, Dra Ana Rivas; Sentencia Nº 58.de 2011, Dr. José Pedro Rodríguez.

18 CASTELLO, Alejandro. Alcance de la Responsabilidad Laboral en caso de Subcontratación. Derecho Laboral. Tomo LV. Nº 247. jul./sept. 2012.

la competitividad económica y está basado en lo que se llama el Consenso de Washington, también seguido por América Latina.

Presentado el panorama legal acerca del asunto, ahora pasaremos al examen de la jurisprudencia del mismo.

¹⁹2. La tercerización en la jurisprudencia

La primera observación que se hizo tras el examen de jurisprudencias uruguaya y brasileña sobre la tercerización, es en el sentido de que en ambos países, las tomadoras de servicio ofrecen defensa negando cualquier responsabilidad. Alegan ilegitimidad pasiva y quieren que su exclusión del hecho¹⁹. La tercerización, por lo tanto, disciplinada o no en normativo legal, sigue teniendo, en la realidad social, su eficacia reconocida sólo para efectos legales. En otras palabras, para emprender la empresa fácilmente opta por la transferencia de mano de obra a terceros. Sin embargo, cuando es demandada, no acepta la responsabilidad por el riesgo que tomó al hacerlo.

En ambos países, acaba siendo del Juez del Trabajo la tarea de declarar la responsabilidad y el pago de créditos. En este sentido, la legitimidad del “fenómeno” por la edición de la ley que lo reglamenta no parece haber tenido el efecto de generar una responsabilidad social. Es en el ámbito procesal y, por lo tanto, sólo con la intervención del Estado-Juez, que la tomadora responde.

Y la jurisprudencia ha respondido a esa misión, reconociendo la obligación de la tomadora de responder por los créditos laborales, siempre que se reconozca a la empleadora formal como insolvente.

En Uruguay, las jurisprudencias analizadas revelan discusión sobre la naturaleza de la responsabilidad de la tomadora y su inclusión como responsable, a partir de la lista de actividades sujetas a la tercerización, enumeradas en la Ley.

El argumento es interesante, porque entender como tajante la lista legal para las actividades que pueden ser tercerizadas, debería tener el efecto de declarar el fraude en la intermediación de mano de obra en relación con otras tareas. Ahora bien, en el proceso en estudio, el objetivo de la empresa era eximirse de cualquier responsabilidad. En la sentencia final n. 527/2011, de redactada por el Ministro Redactor Dr. Julio Alfredo Posada Xavier, del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Primer Turno, fechada en 16 de noviembre de

19 Art. 595 y 596 del CPC, ya citados en este artículo.

2011, subraya que la lista legal no es é tajante, incluyendo todas las actividades pasibles de que fueran tercerizadas, aunque no estén en el dispositivo legal.

Se trata de discusión entablada también en ámbito doctrinal.. En un reciente artículo publicado en Derecho del Trabajo, número 247, Alejandro Castillo, Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, se refiere a la interpretación de la ley de forma estricta, con el fin de permitir la exploración de la fuerza laboral sin responsabilidad. □

Señala que la Ley 18.251, ya en su exposición de motivos aclara la intención de definir su ámbito de aplicación a las relaciones contractuales que originan las relaciones de trabajo triangulares, en forma de Recomendación n.198 de la OIT. Esta Recomendación establece que debe ser objetivo de los países miembros:

Luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas en el contexto de, por ejemplo, otras relaciones que puedan incluir el uso de otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación legal, teniendo en cuenta que una relación de trabajo encubierta ocurre cuando un empleador considera a un individuo diferente de cómo trataría a un empleado con el fin de ocultar la verdadera situación jurídica de él o ella como un empleado, y estas situaciones pueden surgir cuando los acuerdos contractuales tienen el efecto de privar a los trabajadores de su debida protección

El autor pasa a mencionar, sin embargo, que, en su opinión, la lista de actividades contempladas en la ley es inflexible y dice que la transferencia de las actividades de “mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia.” El problema con esta interpretación es la conclusión, expresada por el autor, de que en las otras actividades, al no hablarse en subcontratación, tampoco hay la responsabilidad de la tomadora de los servicios. La Recomendación n. 198 de la OIT, sin embargo, es marcada la tendencia a mejorar las posibilidades de reconocimiento de enlace directo, lo que restringe la posibilidad de la transferencia de mano de obra, pero no el alcance de la responsabilidad de quienes se benefician de ella.

La jurisprudencia examinada, además de superar esa mirada restrictiva, firma una premisa importante para establecer la naturaleza de la responsabilidad (solidaria o subsidiaria) de la empresa tomadora. Refiere que la fiscalización

exigida por la ley específica debe ser efectivamente demostrada por la tomadora. No es suficiente, por lo tanto, haberle solicitado los documentos. La empresa tomadora de los servicios debe demostrar que efectivamente los ha obtenido y analizado con el fin de evitar daños a los trabajadores. Se transcribe la parte de la sentencia final donde se expone esa conclusión:

Sin dejar de reconocer que el punto es dudoso y opinable, nos inclinamos por sostener que para que sea procedente la aplicación de la responsabilidad laboral subsidiaria, la empresa principal o usuaria deberá no solamente requerir la exhibición o presentación de la documentación, sino demostrar que ha realizado un examen razonable (control) de la misma. En efecto, consideramos que el fundamento para transformar la responsabilidad laboral solidaria en subsidiaria, radica en que la empresa principal demuestre haber actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios en la elección y mantenimiento de sus proveedores de obras, servicios y mano de obra. En tal sentido, no obraría diligentemente si de la documentación exhibida por estos últimos se desprendiese que existen irregularidades fácilmente constatables, las cuales pasaron inadvertidas para la empresa principal por haberse limitado a requerir la documentación, sin haber realizado un estudio o examen normal o razonable de la misma....Así, a vía de ejemplo, dicha circunstancia surgirá debidamente probada en los casos en que se haya intimado al intermediario, subcontratista o suministrador de mano de obra a regularizar su situación, o se haya rescindido tempestivamente el contrato civil o comercial a causa del incumplimiento.

Del mismo modo, la sentencia final n.30, de 18 de abril de 2012, afirma que el tomador “será responsable subsidiario si ejerce su derecho a ser informado por parte del subcontratista sobre el monto y cumplimiento de las obligaciones laborales, previsionales, así como la protección de contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional (art, 4 de la Ley N° 18251). En caso contrario, es decir, si no ejerce este derecho a ser informado, su responsabilidad será solidaria”. No basta, por lo tanto, alegar que haya solicitado documentos, se hace necesario verificar que haya ocurrido la efectiva fiscalización por la empresa tomadora, para que haya reconocimiento de la responsabilidad subsidiaria.

Es importante destacar que esta “naturaleza” diversa no subsiste

en el derecho brasileño, donde no hay ley disciplinando expresamente la subcontratación, ni por lo tanto, la responsabilidad del tomador. La Súmula 331 del TST, al referirse a la responsabilidad subsidiaria, se apropia de un término teórico relativo a las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil, que están destinados a los socios y fiadores³.

En la sentencia N ° 30, del 18 de abril de 2012, labrada por la Dra. Ana Gabriela Rivas, Juez Letrado, se enfrentan otras discusiones interesantes sobre la tercerización. Hay una referencia al debate jurisprudencial sobre la definición de lo que sería, para los efectos legales, la subcontratación laboral. Se entendía que la subcontratación sólo se caracterizaría cuando hubiera contrato comercial principal y un acuerdo complementario y también hubo un entendimiento de que cualquier forma de actividad contratada se podría caracterizar como un subcontrato con fines laborales. La sentencia cita, en este sentido, la doctrina de Rosenbaum y Castello (Subcontratación e intermediación, p. 141 y ss).

Con la promulgación de la Ley N ° 18251 la discusión carece de sentido, ya que el texto dice claramente que:

existe subcontratación cuando un empleador, en razón de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona física o jurídica, denominada patrono o empresa principal, cuando dichas obras o servicios se encuentren integrados en la organización de éstos o cuando formen parte de la actividad normal o propia del establecimiento, principal o accesoria (mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia), ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo". (art. 1º, A)

De acuerdo con esta concepción, señala la sentencia, la subcontratación existe aun cuando "hay un único contrato, de naturaleza comercial o civil, entre la empresa y el subcontratista y luego un contrato de trabajo entre el subcontratista y el trabajador". Siendo innecesaria la formalización de una subcontratación en la forma de la ley civil. La decisión pone de relieve que para efecto de responsabilidad laboral efecto, "el concepto de esporádico no es idéntico al concepto de "ocasional", siguiendo doctrina de Barbagelata, añade que "puede interpretarse que tareas ocasionales son aquellas de carácter excepcional, provisional o anormal, con relación al giro regular de la empresa y destaca la corta duración de las mismas (citado por Garmendia y Gauthier, en Tercerizaciones, p.

100)”. Tareas realizadas esporádicamente, por lo tanto, aún constituyen tareas subcontratadas que atraen la responsabilidad de tomadora de servicios.

La jurisprudencia brasileña debatida, también presenta elementos interesantes. En el proceso 0032800-13.2008.5.04.0601, reconoce la ilicitud de la subcontratación. Aunque admita la observancia de la súmula 331 del TST, el Ponente observa que el traslado de actividad principal afronta las disposiciones del Derecho del Trabajo en Brasil. La enmienda está así redactada:

CONDICIÓN DE BANCARIO. Hipótesis en la que se trata, inequívocamente, de subcontratación de mano de obra irregular, repudiada por el orden jurídico. La irregularidad de la contratación, en dicho caso, emerge de su finalidad de suplir la necesidad de mano de obra para la atención a la actividad principal de la empresa tomadora. Delimitación por las actividades efectivamente ejercidas. Apelación concedida.

El Ponente Alexandre Correa da Cruz destaca que se trata de típica hipótesis de configuración de subordinación objetiva, suficiente para caracterizar la existencia de la relación jurídica de empleo directa con la presunta empresa tomadora. Observa con perfección que según la doctrina autorizada Ribeiro de Vilhena, “las premisas básicas del concepto de subordinación objetiva o funcional” son:

(A) el trabajo no está separado de la persona del prestador, pero hay, sin embargo, relación de inmediatez con el trabajo y no el prestador de servicios, (b) la intervención del poder jurídico del empleador en la conducta del empleado está justificada exclusivamente debido al mantenimiento de la actividad del empleado en nombre de la empresa, (c) el límite de ejercicio del poder de la dirección y la adecuación de la actividad de prestador a la actividad de la empresa, (d) el trabajo del empleado se ejerce a través de los actos autónomos, aunque, en su conjunto, son guiados por el empleador, (e) lo que se integra en la empresa es la actividad del empleado y no su persona, (f) la actividad del empleado es indispensable a la empresa, ocurriendo su mutuo acoplamiento, en razón de las expectativas recíprocas anteriores de las partes, (g) la inserción se produce a partir de una actividad a otra y no de persona en persona

Por lo tanto, cuando la actividad se invierte a favor de un desarrollo que no le pertenece y no se queda con los frutos de su trabajo, ni asume el riesgo de la ganancia o pérdida neta por el riesgo del negocio, se trata simplemente explotación de fuerza laboral por el capital, siguiendo el modelo del capitalismo clásico y en la forma de los artículos 2º y 3º del Código del Trabajo. El ponente subraya el hecho de que la teoría de la subordinación objetiva propone, en realidad, una nueva concepción de la subordinación, preocupada en incluir en la protección regulatoria” del Derecho del Trabajo a los trabajadores que estén incluidos en el ámbito de repercusión de las deliberaciones de la empresa, es decir, tiene la intención de integrar a los trabajadores sin protección por el sistema de acumulación flexible”.

En otra decisión proferida en el proceso n. 00650-2009-373-04-00-4, por el Juez del Trabajo Almiro Eduardo de Almeida, también se reconoce la irregularidad de la tercerización, que se evidencia como una estrategia empresarial para enmascarar la existencia de una relación de trabajo, evitando así el pago de los derechos laborales que derivan de ellos. Se trata de la transferencia de tareas necesarias para la fabricación de calzado para los talleres a menudo contratados para trabajar en exclusiva para dos o tres empresas, de las cuales depende económicamente. Estos talleres, en la práctica, se caracterizan como líneas de producción de las fábricas de calzado.

La decisión establece que “todo el mundo sabe que la producción de calzados depende casi exclusivamente del trabajo manual. Es prácticamente imposible producir un par de zapatos sin el uso de un gran número de trabajadores. Y plantea la siguiente pregunta: ¿cómo podría la segunda reclamada producir un gran número de productos a un bajo costo? La respuesta encontrada por la segunda demandada parece evidente, y está muy por delante de nosotros en este mismo proceso.” La respuesta es la transferencia de fuerza de trabajo bajo forma de tercerización.

Y la sentencia continúa, exponiendo de manera brillante la realidad que es de conocimiento público en la región fabricante de calzados del sur del país, pero que la ‘técnica empresarial’ de la tercerización maquilla, con la benevolencia de la jurisprudencia mayoritaria:

La precarización de las relaciones laborales generada por la “tercerización” en el sector del calzado es tan grande que es difícil

saber exactamente quien trabajó para quien. Débora trabajó para Marizete y Juan, que también trabajó para Marizete y luego trabajó por su cuenta y cuya hija trabaja en su favor.

Caminando por ciertas calles se puede ver toda una “línea de producción montada en los garajes sin ninguna estructura. (...)”

Teniendo en cuenta lo expuesto, es evidente que la relación mantenida entre las reclamadas tuvo por objetivo, por lo tanto, enmascarar la real relación de trabajo existente, estableciendo fraude de los derechos laborales, razón por la cual las reclamadas deben responder de forma solidaria por los créditos debidos a la reclamante.

Hay, por último, otra sentencia de labra del mismo magistrado, en la que los fundamentos jurídicos positivados para el reconocimiento de la responsabilidad de la empresa tomadora de los servicios se explican con claridad, dejando en clara la necesidad de rescatar la verdadera motivación de las decisiones, más allá de la etapa en la que lamentablemente estamos en Brasil, de reducir la fundamentación a la mera cita de un entendimiento jurisprudencial consolidado.

El Juez Almiro Eduardo de Almeida dice que los fundamentos para la responsabilidad deben ser perseguidos en el Código Civil, incluso si partimos de la premisa, defendida por quienes “subcontratan”, de que entre las empresas que se benefician de la fuerza de trabajo hay una relación contractual. Alude que “de acuerdo con el artículo 932, inciso III, combinado con los artículos 933 e 942, párrafo único, todos del Código Civil, el comitente responde, independientemente de culpa, de forma solidaria con sus apoderados por los actos de estos. En el caso de la tercerización, la figura del comitente coincide con la del tomador de servicios, siendo la empresa prestadora, por él contratada considerada su apoderada.”

Y añade que:

La responsabilidad objetiva se da, por la aplicación del art. 927, párrafo único del Código Civil, puesto que al tercerizar la actividad la empresa tomadora, transfiriendo parte de su actividad para la realización por parte de otra empresa, aumenta el riesgo de que los trabajadores contratados por esta no reciban sus créditos laborales, o, en una proyección más optimista, de que tengan sus créditos

satisfechos de manera tardía, pero no sin que hubiera una ardua lucha procesual contra la ex empleadora y la tomadora de sus servicios, como suele suceder en las acciones laborales propuestas ante la Justicia especializada. No hay que olvidar, por cierto, que tanto la aplicación de la teoría del riesgo creado como mediante la aplicación de la teoría de los riesgos y beneficios, quien crea el riesgo y se aprovecha de la actividad económica debe responder por su coste. (...) Además, ante la función social del contrato, sus efectos no se limitan a las partes contratantes, creando obligaciones para con terceros (relativización del principio de los efectos interpartes de los contratos) Por lo tanto, la contratación de la empresa intermediaria en el proceso de externalización, aunque legítima, la empresa tomadora debe responder por los daños causados a los empleados de aquella, bajo pena de no quedar observado uno de los objetivos sociales del emprendimiento económico (art. 187 del Código Civil), que es la valoración del trabajo humano (art. 170 de la Constitución Federal).

Desafortunadamente, este no es el cuadro de la jurisprudencia vigente, que reconoce la mera responsabilidad subsidiaria y, como ya se ha mencionado, requiere la presencia de la tomadora en el polo pasivo de la reclamación, para que se viabilice la ejecución contra sus bienes. En este sentido:

RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA. TOMADOR DE MANO DE OBRA. El tomador de servicios es responsable subsidiario de cumplir con las cantidades de nómina en relación con el contrato de trabajo entre el demandante y la empresa de servicios de mantenimiento en el período en el que es el beneficiario de los servicios, en el caso de incumplimiento del deudor principal. Aplicación de la Súmula 331, IV, TST. (Sentencia 0177600-76.2009.5.04.0221)

Hay, sin embargo, decisiones para ampliar la protección de los trabajadores, ya sea, destituyendo la tercerización, por entender configurado la transferencia de actividad principal (necesario para la realización del proyecto) y la formación de un enlace directo con la prestataria, ya sea reconociendo la responsabilidad

solidaria:

TERCERIZACIÓN ILÍCITA. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. Hipótesis en la que las reclamadas concurren a la tercerización ilícita de servicios, razón de justificar la responsabilidad solidaria fijada en la sentencia. Inteligencia de los arts. 9º de CLT y 942, caput, de la CPC. Recurso al cual se niega su admisión. (Sentencia 0009500-44.2009.5.04.0841)

La opción brasileña en, por ahora, no legitimar el fenómeno a través de legislación propia, la existencia de mecanismos tales como los mencionados en decisión antes referida, en el ámbito civil, bien como la existencia de una jurisprudencia de resistencia, ofrecen cierta comodidad a los interpretes aplicadores que creen en el carácter constructivo del cual se debe revestir el Derecho del Trabajo.

Conclusión

Un discurso con tono de dogma insiste en intentar convencer a todos de la inevitabilidad de la flexibilización en las relaciones laborales, de la cual la tercerización quizá sea la cara más perversa. Las jurisprudencias examinadas nos señalan dos caminos diferentes, elegidos por cada uno de los países examinados.

Mientras que Uruguay, al igual que muchos otros países, optó por disciplinar la triangulación de la relación laboral con el fin de limitar de algún modo y establecer claramente la responsabilidad del tomador, Brasil adoptó (al menos hasta ahora) una senda distinta.

En Brasil, todavía hay posibilidad de resistencia al reconocimiento del fenómeno de la tercerización como algo apropiado al orden constitucional vigente. Como vimos anteriormente en este breve estudio, la Constitución brasileña garantiza a los trabajadores el derecho fundamental a la relación de trabajo, mientras que la CLT define las figuras del empleado y el empleador. Empleador es quién, obteniendo ventajas, dirige la actividad y asume la carga de la empresa. Debe tenerse en cuenta, por lo tanto, por la propia definición que figura en la CLT, como empleador todo aquel que de hecho emplee la mano de

obra del trabajador.

Las jurisprudencias examinadas revelan que la práctica sigue siendo la de negar no sólo el concepto de relación de trabajo, sino también la responsabilidad de la tomadora, aunque en esa calidad. Incluso en situaciones como la de Uruguay, donde la tercerización está legalmente aceptada y disciplinada, las empresas aún quieren su exclusión absoluta en cuanto a cualquier responsabilidad ante el contrato de trabajo.

La lógica liberal encuentra en la tercerización un excelente aliado. Empezar con la finalidad de ganancia, sin cualquier responsabilidad por los individuos que contrata quizá sea el ápice de esa idea de explotación sin límites y especialmente sin preocupación con el Otro.

Se hace hincapié en el hecho de que la reglamentación amplia del fenómeno de la tercerización no sirve para promover el efectivo cambio de las relaciones sociales, con el reconocimiento espontáneo de que las tomadoras de servicio son responsables por los créditos de los trabajadores, cuya mano de obra revierte a su favor. Esa quizá sea la lección más grande que el Derecho del Trabajo brasileño debe aprender con la realidad uruguaya.

Subrayamos, aún, la importante existencia de una jurisprudencia de resistencia a la precarización de las relaciones laborales. Tanto en Uruguay como en Brasil, se nota que el Poder Judicial laboral enfrenta el asunto con una cierta dosis de valor, buscando evitar la precarización de los logros sociales.

Sin embargo, hay todavía, un largo camino a recorrer en esta encrucijada en la que se halla el Derecho del Trabajo. Creemos que ese camino pasa por el enfrentamiento directo y sin mediaciones del fenómeno de la tercerización, reconociéndolo como una traba a la realización de un Estado que ambicione ser social e inclusivo.

Por ello, concluimos el artículo con la cita de una música brasileña que define bien lo amargo que es el gusto de la tercerización para todos aquellos que creen en el Derecho del Trabajo como instrumento de efectivación de los Estados que, a pesar de capitalistas, tienen el compromiso con la solidaridad.

Los tercerizados, subcontratados no tienen voz ni voto. Su grito es mudo, sofocado por una supuesta necesidad de desarrollo económico. Nos olvidamos de que la economía capitalista se forja en particular mediante las normas de protección de los trabajadores con el fin de imponer límites y condiciones a esa relación dinámica que el capital (fruto de la creatividad humana) establece con el

trabajo (parte de la condición humana). El discurso de flexibilización, en el que la tercerización se inserta, invierte la lógica histórica de la construcción del Estado liberal y propone un regreso sin compromisos, a la realidad del siglo XVIII.

Quizá los jueces deban romper el silencio que, especialmente en Brasil, permea las discusiones sobre la necesidad y de la conveniencia de la edición de una ley reglamentando la tercerización, y reconoce, con la experiencia de los demás países occidentales, el error histórico que representa el reconocimiento de la ruptura de la dualidad capital x trabajo y la admisión de interposición de *atravesadores* en la explotación del trabajo humano.

Cómo beber de esa bebida amarga
Tragar el dolor, soportar el trabajo
Aun callada la boca queda el pecho
Silencio en la ciudad no se escucha

(...)

Cómo es difícil despertarse callado
Si el silencio de la noche me daña
Quiero lanzar un grito inhumano
Que es la mentira de ser escuchado

(...)

Todo ese silencio me aturde
Aturdido permanezco atento
En las gradas para en cualquier momento
Ver emerger el monstruo de la laguna

(Cáliz. Chico Buarque de Holanda)

Referencias

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Sociedade individualizada**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010.

CASTELLO, Alejandro. Alcance de la responsabilidad laboral en caso de subcontratación. **Derecho laboral: revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales**. Montevideo, tomo LV, n. 247, p. 521-534, jul./set. 2012.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Flexissegurança nas relações de trabalho. Que bicho é esse? **Revista trabalhista direito e processo**, ano 7, n. 25, São Paulo, p. 49-53, jul./2008.

DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed.. São Paulo: LTr, 2006

SARTHOU, Helious. A flexibilização e o direito do trabalho uruguaio. **Cadernos de estudo sobre processo e direito do trabalho da AMATRA IV**, Porto Alegre, n.7, p. 79-88, abr./jun. 2008

SOUTO MAIOR, Jorge Luis. **Curso de direito do trabalho**. v.1. São Paulo: LTr, 2011.

_____. **O direito do trabalho como instrumento de justiça social**. São Paulo: LTr, 2000.

