

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*



UNIVERSIDAD
DE LA REPÚBLICA
URUGUAY

Cadernos da



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

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
ww.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 Uruguiaia 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 desprezeitar 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 pago 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 conseqüências 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 conseqüência é o socorro no direito comum, em específico no disposto no artigo 1.344 do Código Civil, o qual estabelece “*se entiende 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 prevêm 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 uruguaios 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 nexo 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° 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 nexos 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., n° 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 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 superveniente.

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 dúbio 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 regerá 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 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. 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, conseqüentemente, 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 hermeneuta 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 Uruguaibrasil

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

riscos 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 petionária 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 uruguiaia , Rivas Goycoechea, 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 accidentalidade 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 em 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 Previsão 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 extrai-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 uruguaiois, 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 N° 30, Dra. Ana Rivas; SENTENCIA N° 195 de 2011, Dra Ana Rivas; Sentencia N° 58.de 2011, Dr. José Pedro Rodríguez.

9 CASTELLO, Alejandro. Alcance de la Responsabilidad Laboral en caso de Subcontratación. Derecho Laboral. Tomo LV. N° 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 empregador e subempregador¹⁰.

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 desembargados 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 executados 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 positivação 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 à disposições contidas no Código Civil, que se destinam aos sócios e fiadores.

Na sentença n° 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 n° 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:

CONDICÃO DE BANCÁRIO. Hipótese em que se trata, inequivocamente, de terceirização de mão de obra irregular, repudiada pelo ordenamento jurídico. Airregularidade 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 atordoia
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.