

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 submeterão⁷.

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 pseudo-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