

REVISTA  
DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DA  
JUSTIÇA DO TRABALHO DA 15<sup>a</sup> REGIÃO —  
AMATRA XV

4<sup>o</sup> SEMINÁRIO INTERNACIONAL DA AMATRA XV —  
SANTIAGO DO CHILE

N. 7 – ANO 2014



REVISTA  
DA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DA  
JUSTIÇA DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO —  
AMATRA XV

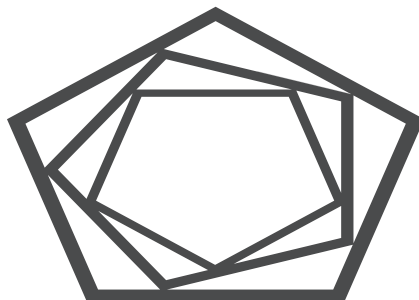
4º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DA AMATRA XV —  
SANTIAGO DO CHILE

N. 7 – ANO 2014

**LTR**<sup>®</sup>



ISBN 1984-3887



**AMaTRa<sup>XV</sup>**

Associação dos  
Magistrados da  
Justiça do Trabalho  
da 15<sup>a</sup> Região

**Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho — 15<sup>a</sup> Região**

Rua Riachuelo, 473, cj. 62 (Bosque) — CEP: 13015-320 — Campinas (SP) — Brasil

Fone: (19) 3252-0368 — Fax: (19) 3252-6055

E-mail: falecom@amatra15.org.br — URL: <http://www.amatra15.org.br>



EDITORA LTDA.

© Todos os direitos reservados

Rua Jaguaribe, 571  
CEP 01224-001  
São Paulo, SP – Brasil  
Fone (11) 2167-1101  
[www.ltr.com.br](http://www.ltr.com.br)

LTr 5206.5  
Dezembro, 2014

## COMISSÃO CULTURAL DA AMATRA XV E CONSELHO EDITORIAL

Desembargador Manoel Carlos Toledo Filho – Presidente

Desembargador José Antonio Pancotti

Desembargador José Otávio de Souza Ferreira

Juiz Marco Antônio de Souza Branco

Juiz Newton Cunha de Sena

### DIRETORIA ELEITA PARA O BIÊNIO 2013/2015

	<b>Presidente</b>	<b>Alessandro Tristão</b>
	<b>Vice-Presidente</b>	<b>Luís Rodrigo Fernandes Braga</b>
	<b>Secretário-Geral</b>	<b>Robson Adilson de Moraes</b>
	<b>Diretora Administrativa e Financeira</b>	<b>Teresa Cristina Pedrasi</b>
	<b>Diretor de Assuntos Legislativos</b>	<b>Ronaldo Oliveira Siandela</b>
<b>Diretor de Prerrogativas e Assuntos Jurídicos</b>		<b>Fábio Natali Costa</b>
	<b>Diretor Cultural</b>	<b>Manoel Carlos Toledo Filho</b>
	<b>Diretora Social e Eventos</b>	<b>Alzeni Aparecida de Oliveira Furlan</b>
<b>Diretor de Comunicação Social e Informática</b>		<b>Gothardo Rodrigues Backx Van Buggenhout</b>
	<b>Diretora de Direitos Humanos e Cidadania</b>	<b>Cristiane Montenegro Rondelli</b>
	<b>Diretor de Esportes e Qualidade de Vida</b>	<b>José Antônio Dosualdo</b>
	<b>Diretor de Aposentados</b>	<b>Genésio Vivanco Solano Sobrinho</b>
	<b>Diretor Regional de Araçatuba</b>	<b>Sidney Xavier Rovida</b>
	<b>Diretora Regional de Bauru</b>	<b>Ana Cláudia Pires Ferreira de Lima</b>
	<b>Diretor Regional de Campinas</b>	<b>Saint-Clair Lima e Silva</b>
	<b>Diretor Regional de Presidente Prudente</b>	<b>Régis Antônio Bersanin Niedo</b>
	<b>Diretor Regional de Ribeirão Preto</b>	<b>Rodrigo Penha Machado</b>
<b>Diretora Regional de São José do Rio Preto</b>		<b>Daniela Renata Rezende Ferreira Borges</b>
<b>Diretora Regional de São José dos Campos</b>		<b>Antonia Sant'ana</b>
	<b>Diretor Regional de Sorocaba</b>	<b>Tony Everson Simão Carmona</b>

### CONSELHO FISCAL

Maria Madalena de Oliveira

Marcelo Schmidt Simões

Edson da Silva Junior

### COMISSÃO DE PRERROGATIVAS

Samuel Hugo Lima

Rita de Cássia Penkal Bernardino de Souza

Rita de Cássia Scagliusi do Carmo

Levi Rosa Tomé

Paulo Bueno Cordeiro de Almeida Prado Bauer

Fábio Natali Costa



### **Mario Garmendia Arigón**

Decano de la Facultad de Derecho — CLAEH (Punta del Este). Magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de la República. Profesor Agregado (gr. 4) de DTSS (Facultad de Derecho — Universidad de la República). Profesor Titular de Derecho del Trabajo (Facultad de Derecho — CLAEH, Punta del Este).

### **Diego López Fernández**

Es abogado de la Universidad de Chile. Entre 1997 y 1998 cursó estudios de Doctorado en Derecho en la Universidad de Valencia, España y en 2005 fue becario en el curso de especialización en relaciones laborales del Centro Internacional de Formación OIT, la Universidad de Bologna y la Universidad de Castilla-La Mancha. Actualmente es abogado litigante en materias laborales. Es profesor de magister en derecho laboral en la Universidad de Concepción y la Universidad Adolfo Ibáñez. Ha publicado una treintena de artículos en revistas especializadas en Chile, Uruguay, Venezuela, Argentina, Brasil, México, Inglaterra, Canadá y Estados. Ha publicado los libros: La empresa como unidad económica (2010); Los derechos de las personas; La fuerza de la democracia (2009); La responsabilidad laboral de las empresas multinacionales/The labour responsibilities of multinational corporations (2008); Derechos laborales y acuerdos de libre comercio en América Latina (2005) y Derechos, trabajo y empleo (2004).

### **Guilherme Guimarães Feliciano**

Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP. Diretor de Prerrogativas e Assuntos Jurídicos da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (2013-2015). Professor Associado II do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela FDUSP e pela Universidade de Lisboa. Livre-docente em Direito pela FDUSP.

### **Álvaro Flores Monardes**

Juez del Trabajo de Santiago de Chile; Presidente de la Asociación nacional de Magistrados de Chile.

### **Paola Díaz Urtubia**

Abogada de la Universidad de Chile; Jueza del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, Magíster en Derecho Laboral (MDL), Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, Chile.

### **Manoel Carlos Toledo Filho**

Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Desembargador do Trabalho. Membro do Conselho Consultivo da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Professor convidado da Universidade Nacional de Córdoba, na República Argentina. Membro efetivo da *Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (AADTSS). Membro efetivo da *Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (AUDTSS). Membro honorário da *Asociación de Abogados Laboralistas del Paraguay*.

**Teresa Cristina Pedrasi**

Juíza do TRT da 15ª Região.

**Marcio Pochmann**

Professor do Instituto de Economia e pesquisador do Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho da Universidade Estadual de Campinas.

**Javier Arévalo Vela**

Juez Supremo Titular, Presidente de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Magíster en Derecho, Profesor Principal de la Academia de la Magistratura. *E-mail*: arevalovela@yahoo.es



## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	11
CONTRATO DE TRABAJO Y TERCERIZACIONES.....	13
<i>MARIO GARMENDIA ARIGÓN</i>	
DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN CHILE: EFECTOS DE LA NUEVA LEY DE SUBCONTRATA- CIÓN LABORAL .....	24
<i>DIEGO LÓPEZ FERNÁNDEZ</i>	
GARANTIAS E PRERROGATIVAS DA MAGISTRATURA: ESCORÇO E COTEJO. POR ONDE ANDA O “JUIZ-GESTOR”? .....	35
<i>GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO</i>	
INDEPENDENCIA DE LA JURISDICCIÓN LABORAL EN CHILE .....	44
<i>ÁLVARO FLORES MONARDES</i>	
LA TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA EN EL PROCESO LABORAL CHILENO .....	50
<i>PAOLA DÍAZ URTUBIA</i>	
O CONTEXTO INSTITUCIONAL DOS SISTEMAS JUDICIAIS LABORAIS NO BRASIL E NO CHILE.....	57
<i>MANOEL CARLOS TOLEDO FILHO</i>	
O PROCESSO DE NEGÓCIO .....	62
<i>TERESA CRISTINA PEDRASI</i>	
TERCEIRIZAÇÃO EM PAUTA .....	76
<i>MARCIO POCHMANN</i>	
UNA VISIÓN DE LA JUSTICIA LABORAL EN EL PERÚ.....	80
<i>JAVIER ARÉVALO VELA</i>	



## APRESENTAÇÃO

Nessa 7ª edição, a Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região — AMATRA XV enfatiza o debate dos temas instigantes que foram abordados no 4º Seminário Internacional da AMATRA XV, realizado em Santiago, no Chile, entre os dias 07 e 08 de agosto do corrente ano. Referido conclave teve por temática central o processo judicial eletrônico, as prerrogativas da Magistratura e a terceirização.

É nesse contexto que se publicam nessa edição artigos de renomados juristas latino-americanos, como Mario Garmendia Arigón e Diego López Fernández, que apontam os desafios provocados pelas terceirizações e apresentam reflexões sobre as peculiaridades da conjuntura uruguaiana e chilena. E para arrematar tema tão complexo, há a abordagem de Marcio Pochmann, que traça um panorama histórico do fenômeno da terceirização no Brasil, com ênfase em sua perspectiva econômico-estrutural.

No campo das prerrogativas, as contribuições são de Guilherme Guimarães Feliciano e Álvaro Flores Monardes, magistrados do trabalho no Brasil e no Chile, respectivamente. Traço comum que aflora desses dois artigos é a menção à interferência institucional, que, na comparação entre os dois países, aponta indícios de que a realidade chilena é mais fortemente afetada por ingerências administrativas e disciplinares provenientes das instâncias superiores.

No campo processual, a magistrada do trabalho Paola Díaz Urtubia fala sobre a tramitação eletrônica em seu país, Chile, matéria também tratada pela Juíza do Trabalho Teresa Cristina Pedrasi, que expõe as peculiaridades do processo eletrônico no Brasil. Enquanto a magistrada chilena sintetiza a tramitação eletrônica do processo laboral no Chile e revela a predominância da oralidade, a magistrada brasileira lança um olhar crítico sobre a formatação de muitos institutos processuais que demandam adaptação à realidade eletrônica, destacando a dificuldade de previsão quanto ao futuro de um processo judicial influenciado por essa nova forma de tramitação.

Para concluir essa grande oportunidade de comparação das realidades latino-americanas, outros dois magistrados nos brindam com análises específicas. O autor brasileiro Manoel Carlos Toledo Filho apresenta uma abordagem contextual dos sistemas procedimentais trabalhistas brasileiro e chileno, buscando identificar seus pontos ou características estruturais, inclusive quanto à forma de organização das respectivas Justiças do Trabalho. E para completar, o autor peruano Javier Arévalo Vela faz abordagem similar da forma de organização da Justiça do Trabalho peruana, explicitando sua estrutura e características principais.

Enfim, os assuntos tratados e os articulistas falam por si.

Boa leitura!

*Alessandro Tristão*  
Presidente da AMATRA XV



# CONTRATO DE TRABAJO Y TERCERIZACIONES

*Mario Garmendia Arigón<sup>(1)</sup>*

**Resumo:** O artigo explicita o desafio que representa para o direito do trabalho a superação da ideia inicial que embasou sua criação — a ideia da existência de um contrato — em vista das novas formas de organização empresarial descentralizada, desenvolvidas mediante a adoção das figuras da intermediação, terceirização e/ou subcontratação, nas quais se dissipa o conceito tradicional ou clássico de subordinação. Ao final, descreve-se o panorama do direito positivo uruguaio acerca desse tema.

**Palavras-chave:** Contrato de Trabalho. Terceirização. Subordinação. Solidariedade. Subsidiariedade. Uruguai.

---

(1) Decano de la Facultad de Derecho — CLAEH (Punta del Este). Magíster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de la República. Profesor Agregado (gr. 4) de DTSS (Facultad de Derecho — Universidad de la República). Profesor Titular de Derecho del Trabajo (Facultad de Derecho — CLAEH, Punta del Este).

## I) Introducción

Se me hace necesario comenzar esta presentación con una precisión acerca del enfoque escogido para realizarla. El título del tema (contrato de trabajo y tercerizaciones) me generó dudas sobre qué podría esperarse de mi exposición.

Descarté muchas ideas y por eso me siento obligado a comenzar puntualizando *lo que mi exposición no será*.

No será ésta una conferencia sobre la sustancia del contrato de trabajo, ni una disquisición sobre su naturaleza.

No será una presentación de las denominadas *teorías relacionistas*, que rechazan la idea de que el vínculo laboral sea un contrato.

Tampoco abordaré en profundidad el concepto de las *tercerizaciones*, ni los fenómenos de la *exteriorización* del trabajo, la *subcontratación*, la *intermediación*, el *suministro de mano de obra* ni ninguna de las diversas fórmulas que hoy suelen emplearse para organizar el trabajo en el mundo.

No compararé los ordenamientos positivos ni los mecanismos que aquéllos emplean para responder a los retos que impone la nueva realidad de la *empresa en red*.

Cualquiera de estos encares podría haber sido adecuado para abordar esta presentación. Sin embargo, opté por poner el foco en dos tópicos: el *primero*, consiste en intentar determinar dónde se encuentra el *punto de contacto entre los dos ejes que componen el título de nuestro tema* (a saber, el *contrato de trabajo* y el fenómeno de la *tercerización*) y el *segundo*, consistirá en presentar una *sinopsis de los principales aspectos de la normativa uruguaya en materia de tercerizaciones*.

## II) El trabajo como objeto de un contrato

Situé el inicio de esta reflexión en el poco preciso momento histórico en que el trabajo brindado a otro en virtud de una relación que fue definida como *libre*<sup>(2)</sup>, tomó el lugar que antes ocupaba el trabajo esclavo o servil, es decir, aquel que — según Sinsheimer — era realizado como proyección de la *propiedad ejercida directamente sobre el*

---

(2) Ackerman, Mario, “*El trabajo, los trabajadores y el Derecho del trabajo*”, in VV.AA., *Tratado de Derecho del Trabajo*, Mario Ackerman (Director), Diego M. Tosca (Coordinador), T. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, p. 16 y ss.

*individuo*, a título de *derecho real*<sup>(3)</sup>. El momento, entonces, en que el trabajo pasa a prestarse a cambio de dinero<sup>(4)</sup>.

En un contexto jurídico que no la consideraba merecedora de un tratamiento particular, esa *relación de cambio* que tomó por objeto al *trabajo industrial*, quedó calificada como un *contrato* y se le encontró acomodo en la figura del *arrendamiento*, a medio camino entre la *locación de servicios* y la *locación de obras propiamente dicha*<sup>(5)</sup>.

Se desarrolló de manera *indiferenciada*, es decir, como un contrato más, porque el jurista liberal no acertaba a ver en ese *negocio* nada distinto de lo que apreciaba en **cualquier contrato**.

En ese escenario, el *trabajo era una cosa*, el *trabajador* una **fuerza generadora de energía** y el salario, **el precio** que el capitalista debía pagar para apropiarse de uno más de los (varios) ingredientes que debía incorporar al proceso de la producción.

Marcel Planiol no sentía ningún rubor cuando explicaba que en aquel contrato la *cosa* arrendada era *la fuerza de trabajo que reside en cada persona “y que puede ser utilizada por otro como la de una máquina o un caballo”*<sup>(6)</sup> y, en forma similar, Carnelutti calificaba al mismo como una *“prestación de uso del cuerpo humano”*<sup>(7)</sup>.

La *esencia principal* del trabajo industrial era, así, perfectamente *invisible* para el Derecho. Donde la realidad mostraba *trabajadores* en situación de inferioridad ante el empresario, el jurista sólo veía, en uno y otro de los extremos de aquel vínculo, a  *sujetos de derecho* libres e iguales y, por lo tanto, plenamente capaces de asumir obligaciones a través del instrumento contractual<sup>(8)</sup>.

(3) Sinzheimer, Hugo, “*La democratizzazione del rapporto di lavoro*”, *Giornale di Diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 2, 1979 (1928), p. 219 y ss.; Barbagelata, Héctor-Hugo, *Curso sobre la Evolución del Pensamiento Juslaboralista*, FCU, Mdeo., 2009, p. 16. *Vide*, además: Alonso Olea, Manuel, *De la servidumbre al contrato de trabajo*, Cuadernillos de la Fundación Electra, Páginas Memorables, núm. 1, Mdeo., 2014.

(4) Supiot, Alain, *El Derecho del Trabajo*, Heliasta, Bs. As., 2008, p. 18. Palomeque López, M. Carlos, *Derecho del Trabajo e Ideología*, 7ª ed. revisada, Tecnos, Madrid, 2011, p. 19.

(5) Supiot, A., *op. cit.*, p. 18. Durand, P. y Jaussaud, R., *Traité de Droit du Travail*, T. I, Dalloz, París, 1947, p. 66. Dockès, Nicole, *Autour des origines du contrat de travail*, Mélanges Maryse Carlin, París, *La Mémoire du Droit*, 2008, p. 316-342, cit. por Olszak, Norbert, *Histoire du Droit du Travail*, ed. Econom, París, 2011, p. 28.

(6) Planiol, Marcel (avec la collaboration de G. Ripert), *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 11ª éd., t. 12, *Librarie Générale de Droit & Jurisprudence*, París, 1937, p. 667.

(7) Carnelutti, Francesco, *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*, *Rivista di Diritto Commerciale*, 1913, I, p. 388 ss., cit. por Monereo Pérez, J. L., *Estudio Preliminar*, cit., nota al pie núm. 81, p. 31.

(8) Radbruch, Gustav, *Introducción a la Ciencia del Derecho*, *Bib de la Rev. de Der. Privado*, Volumen 11: Serie C, 1930, p. 113. Monereo Pérez, José Luis, *Estudio Preliminar sobre Reformismo Social y Socialismo Jurídico a la obra de Anton Menger, El Derecho Civil y los Pobres*, Ed. Comares, Granada, 1998, p. 27.

Ante el Derecho del liberalismo de comienzos del siglo XIX, *no había trabajadores*, sino sólo individuos capaces de contratar y ninguna razón podía determinar que hacia ellos se dirigiera un tratamiento distinto o particular.

### III) *La intervención estatal y su foco en la fábrica industrial*

La alarma provocada por ciertas encuestas<sup>(9)</sup> que revelaron las terribles condiciones del trabajo de los niños, llevó a algunos Estados a adoptar normas para limitar el esfuerzo excesivo al que aquéllos eran sometidos.

No eran todavía normas protectoras *del trabajador*, sino, en alguna medida, *de la niñez*, porque el trabajo aún no era apreciado como una materia que en sí misma reclamara una tutela particular.

De todas formas, allí se ubica el comienzo del fin del abstencionismo estatal y el inicio de lo que habría de ser el proceso de desarrollo de una legislación interventora, que pondría su primer punto de atención en el *obrero* de la fábrica.

La *fábrica industrial* se convertía así en el *hábitat* de una legislación que dificultosamente se abría paso en un escenario jurídico dominado por instituciones y conceptos propios del Derecho civil.

En relación a esa nueva legislación, la fábrica asumía una *doble condición*.

Era, por una parte, el empleador, y por lo tanto, uno de los sujetos a los que estaba destinada su aplicación. Pero simultáneamente, la misma fábrica era el *entorno* que demarcaba las fronteras conceptuales de la naciente regulación. Fue un determinado modelo de *empresa* el que *ambientó* un cierto *concepto* de contrato de trabajo, donde un empleador claramente identificado y único, contrataba la prestación de una labor específica, a desarrollar dentro de su establecimiento durante cierto número de horas en las cuales el trabajador permanecía *subordinado* al poder de dirección del empleador.

Ese arquetipo de empresa fue el *campo de juego* en que se desplegó el trabajo industrial y el que le dio forma a los principales institutos y definiciones del DT tradicional: el contrato de trabajo, la jornada, los descansos, el salario, los poderes

---

(9) Por ejemplo, en Gran Bretaña (Kay, James Phillips, *The Moral and Physical Condition of the Working Classes employed in the Cotton Manufacture in Manchester*, de 1832, disponible en: <<http://books.google.com.uy/books>>; Chadwick, Edwin, *Report on the sanitary condition of the labouring population of Great Britain*, de 1843, a cuyo texto se puede acceder en <<http://archive.org/details/reportonsanitary00chaduoft>>) y Francia (Villermé, Louis René, *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers employés dans les manufactures de coton, de laine et de soie*, texto accesible en <[http://classiques.uqac.ca/classiques/villermé\\_louis\\_rene/tableau\\_etat\\_physique\\_moral/tableau\\_etat\\_physique.html](http://classiques.uqac.ca/classiques/villermé_louis_rene/tableau_etat_physique_moral/tableau_etat_physique.html)>). También: Barbagelata, Héctor-Hugo, *Curso sobre la Evolución del Pensamiento Juslaboralista*, FCU, Mdeo., 2009, p. 29.



patronales y hasta las propias definiciones de los actores (trabajador y empleador) que configuraron el vínculo laboral *típico*.

Ese modelo de organización empresarial fue también la base sobre la que surgieron y se desarrollaron todos los fenómenos colectivos: sindicatos, negociación y conflictos colectivos.

#### IV) *La configuración contractual de la relación de trabajo y su impugnación*

Aquella normativa se desarrollaba, además, en torno a la noción de la *subordinación*. Para quedar alcanzado por la legislación protectora, el trabajador debía realizar su actividad en calidad de *subordinado*, en el marco de un vínculo jurídico cuya *naturaleza contractual* era indiscutible *para la mayoría*.

Y hay que decir que lo era *para la mayoría* y *no para todos*, porque para comienzos del siglo XX ya surgían opiniones que impugnaban tal encuadramiento contractual.

Se advertía que muchas de las notas que hacen a la esencia de los contratos no estaban presentes en esta relación o, aun estándolo, aparecían en ella tan distorsionadas que resultaba difícil detectar similitudes con aquella figura.

¿Cómo es posible — se decía — que se pueda hablar de contrato, cuando no hay aquí dos partes en pie de igualdad, ni autonomía individual que se pueda asimilar a la del Derecho civil? ¿Dónde está el *acuerdo de voluntades* generador o fuente de obligaciones? ¿Dónde se podría ir a buscar la *común intención de las partes*, en un vínculo en que el que prevalece la idea del *conflicto*?

Surge así, la llamada *teoría de la relación de trabajo*, que según de la Cueva “*tuvo como propósito elevar al trabajo a la categoría de un valor en sí mismo, independiente (...) del acto o causa que determinó al hombre a prestarlo*” y cuya paternidad este autor atribuye a Georges Scelle, que habría sido el primero en percibir que el trabajo no varía su esencia por la distante naturaleza del acto o causa que le dé origen<sup>(10)</sup>.

Pero a los efectos de nuestro tema, una de las principales consecuencias que tuvo el hecho de calificar *como contrato* a aquella relación, fue la de proyectar hacia ésta el denominado, *principio de relatividad*; el *res inter alios acta*.

En virtud de esta regla, solamente quienes son partes del contrato quedan alcanzados por los efectos obligacionales que del mismo se deriven.

Es en este principio de relatividad (proyección inequívoca de la concepción *contractualista* del vínculo laboral) donde se sitúa el *principal punto de conexión conceptual*

---

(10) El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, T. I, Ed. Porrúa, México, 2003, p. 186.

entre las dos ideas que dan título al tema de esta presentación: el *contrato de trabajo* y la *tercerización*. Porque el concepto de *tercerización* (que deriva de *tercero*) se construye sobre la idea de que *califica como tal* (es decir: como *tercero*), todo aquel que no sea formalmente parte en el *contrato de trabajo*. Desde la óptica del Derecho Civil, quien no es parte del contrato, no queda alcanzado por sus disposiciones y, en estricto *rigor formal*, no debería importar si dicho “*tercero*” es quien en realidad organiza, ordena, paga y utiliza el trabajo prestado. Si no es parte en el contrato, es *tercero*.

#### V) *La desarticulación de la empresa clásica y la necesidad de reconfiguración de las normas laborales*

Pero si la empresa fabril había sido el hábitat en el que se desarrolló la legislación laboral sustentada en la noción de subordinación, las últimas décadas han traído mutaciones muy significativas a este respecto. El modelo tradicional de empresa (entidad tangible, ubicable en un determinado lugar físico) pasó a convivir con otras formas de organización de la actividad económica. Las empresas que antes medían su éxito y poder en función de sus dimensiones físicas, hoy ganan valor a partir de su capacidad de hacerse cada vez más ligeras, más pequeñas. Desintegran y dispersan sus procesos productivos. Se generaliza el fenómeno de la *exteriorización* del trabajo y surge la llamada *empresa red*, que abandona su corporeidad fabril y pasa a ser una entidad difuminada, una *empresa virtual*, intangible, cuya mayor virtud es su capacidad de movilizar agentes económicos a lo largo y ancho de todo el planeta.

Este nuevo arquetipo de *empresa* pone en crisis la mayoría de las definiciones e institutos del Derecho del Trabajo tradicional, contruidos en torno a un modelo industrial o fabril que tiende a desaparecer<sup>(11)</sup>.

Cuando la doctrina laboral clásica hacía referencia al “trabajo” sin adjetivarlo, podía darse por entendido que se estaba aludiendo al trabajo “*subordinado*”, pues este elemento fue, como ya se dijo, el que sirvió como referencia para delimitar el campo conceptual de la disciplina.

Un contrato individual de trabajo *tradicional* o *típico* que presenta, por una parte, a un sujeto empleador (único y fácilmente identificable) que se vincula con un sujeto trabajador, que se subordina al primero para brindarle su trabajo a cambio de una contraprestación salarial.

---

(11) Del autor: “*Filialización*”, in *Revista de Derecho del Trabalho*, ano 32, n. 123, julho-setembro de 2006, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo y “*La empresa y sus mutaciones desde la perspectiva del Derecho del Trabajo*”, in *rev. Derecho Laboral*, N. 229, enero-marzo 2008.

Pero la diversificación del trabajo ha hecho surgir lo que algunos han calificado como un Derecho del Trabajo *de segundo tipo*<sup>(12)</sup>, que reacciona contra la excesiva relevancia que históricamente se ha otorgado a la noción *jurídico-formal* de subordinación. Se plantea la necesidad de ampliar la mira para captar sujetos que según las ideas clásicas calificarían como *autónomos*, evitando que queden excluidos del amparo del Derecho del Trabajo<sup>(13)</sup>.

Es así que adquieren *carta de ciudadanía* conceptos tales como la *parasubordinación*, los *trabajadores autónomos económicamente dependientes*, los *cuasi asalariados*; u otros que no hace mucho tiempo habrían sido calificados como una *contradictio in adjectio*, como la noción del *empresario dependiente*. Estos novedosos conceptos parecen reflejar mejor una realidad donde la distinción entre la *subordinación* y el *trabajo independiente* es cada vez menos perceptible.

En el caso de Brasil, los debates en torno a la *Emenda Constitucional* n. 45, ilustran acabadamente sobre estas cuestiones<sup>(14)</sup>.

Paralelamente, la *empresa virtual* o *difuminada* pone al Derecho del Trabajo ante el reto de determinar los nuevos contornos de la figura del empleador o, mejor dicho, del sujeto al que habrán de atribuirse responsabilidades en materia laboral.

Con la mirada puesta en dicha finalidad, las legislaciones han desarrollado mecanismos que superan la regla contractual del estricto *res inter alios acta*, para imputar responsabilidades a quienes no siempre encajan en la figura tradicional del *empleador* y que no son formalmente parte del contrato de trabajo. Esos nuevos (o renovados) instrumentos legislativos se han sumado a otras construcciones *clásicas* (como la teoría de la *persona* laboral del empleador, la del conjunto económico o el empleador complejo) que con la misma inspiración, antes o paralelamente, habían sido elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia como proyección del principio de *primacía de la realidad*. Es decir: el Derecho del Trabajo fue capaz de generar una teoría propia de “sujeto *responsable*”;

---

(12) Supiot, Alain, “*Pourquoi un Droit du Travail?*”, in *Droit Social*, n. 6, junio 1990, p. 489.

(13) Ermida, Oscar, Hernández Álvarez, Oscar, “*Crítica de la subordinación*”, in *rev. Derecho Laboral*, T. XLV, p. 233 y ss. Al respecto ya se ha convertido en *clásica* la feliz expresión de Mario Ackerman, cuando alude al reto de *reenfocar* la norma laboral, mediante “...*la sustitución de la lente normal por un gran angular*”, Ackerman, Mario., “*El trabajo, los trabajadores y el Derecho del trabajo*”, in *VV.AA.*, *Tratado de Derecho del Trabajo*, Mario Ackerman (Director), Diego M. Tosca (Coordinador), T. I, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, p. 34.

(14) Sobre el punto, ver, p. ej.: García, Gustavo Filipe Barbosa, *Da relação de emprego à relação de trabalho: alargamento e adequação do núcleo da competência trabalhista*, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2010, p. 153; Martins, Sergio Pinto, *Direito Processual do Trabalho*, 30ª ed., Atlas, São Paulo, 2010, p. 106 y ss.; Mallet, Estêvão, *Apontamentos sobre a competência da Justiça do Trabalho após Emenda Constitucional n. 45*, *Direito, trabalho e processo em transformação*, LTr, São Paulo, 2005, p. 168 y ss.; Souto Maior, Jorge Luiz, *Relação de emprego e direito do trabalho: no contexto da ampliação da competência da Justiça do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2007, p. 104 y ss., etc.

elaborando su propio y particular concepto de *empresa*, no sometido a los lineamientos del Derecho civil o comercial y guiado por la consigna de evitar, en toda la medida de lo posible, que los derechos del trabajador resulten frustrados o desconocidos como consecuencia de que no se logre detectar un empleador formal a quien exigir su satisfacción. Dicha concepción, autónoma e inspirada en el sentido tutelar que nutre a esta disciplina, *atiende a la realidad por encima de las formalidades y dirige su mira a los hechos materiales* para darle a éstos determinadas consecuencias jurídico-laborales que, en la mayoría de los casos no son reconocibles en el ámbito del Derecho privado.

#### VI) Panorama sinóptico de la normativa uruguaya en materia de tercerizaciones

Veamos cuál es el panorama de la normativa vigente en Uruguay en materia de Tercerizaciones. La regulación se encuentra consagrada en dos leyes complementarias: la Ley n. 18.099 (del 24 de enero de 2007) y la Ley n. 18.251 (del 6 de enero de 2008). Las normas alcanzan a *todo patrono o empresario* que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra (artículo 1º de la Ley n. 18.099). De este modo, la norma incluye dentro de su ámbito subjetivo a *cualquier empleador de la actividad privada* que organice su actividad sirviéndose de alguna de las modalidades que se acaban de referir. Pero además, la Ley también abarca a las entidades públicas estatales (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, organismos de los artículos 220 y 221 de la Constitución, Intendencias Municipales y Juntas Departamentales) y paraestatales<sup>(15)</sup>.

Como se indicó, la responsabilidad resulta impuesta por la Ley para aquel empleador que utilice *subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra*. De este modo, las tres figuras antes referidas (la *subcontratación*, la *intermediación* y el *suministro de mano de obra*) adquieren un carácter fundamental para determinar cuáles son las hipótesis en que se genera la responsabilidad que establece el nuevo régimen legal. La Ley n. 18.251 define expresamente cada una de las modalidades antedichas. En tal sentido, el artículo 1º de la reciente norma dispone que a los efectos de la Ley n. 18.099, se entiende 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 del establecimiento, principal o accesoria (mantenimiento, limpieza, seguridad o vigilancia), ya sea que se cumplan dentro o fuera del mismo”.

De este modo, la Ley consagra un concepto bastante amplio del concepto de subcontratación, que abarcaría todas las situaciones en que la obra o servicio tenga que ver con la *actividad normal* o *propia* del establecimiento, sea que la misma consista en una actividad *central* de este último, como aquellos otros casos en que dicha obra o servicio

---

(15) Artículo 1º, inciso 2.

tenga carácter *accesorio* o *periférico* dentro del giro al que se dedica la empresa principal.

En cuanto a la **intermediación**, la Ley 18.251 define que la realiza aquel “*empresario que contrata o interviene en la contratación de trabajadores para que presten servicios a un tercero*”, aclarándose además que el intermediario “*No entrega directamente los servicios u obras al público, sino a otro patrono o empresario principal*”.

Finalmente, en cuanto a la figura del *suministro de mano de obra*, la Ley 18.251 la define como la que realiza la “*Agencia de empleo privada o empresa suministradora de mano de obra 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*”.

La definición precisa de esta última figura resulta especialmente importante. En efecto, corresponde llamar la atención que en el caso concreto del *suministro de mano de obra temporal*, el artículo 5º de la Ley n. 18.099 dispone lo siguiente: “*Los trabajadores provistos por empresas suministradoras de empleo temporal no podrán recibir beneficios laborales inferiores a los establecidos por laudos de los Consejos de Salarios, convenios colectivos o decretos del Poder Ejecutivo para la categoría que desempeñen y que corresponda al giro de actividad de la empresa donde los mismos prestan sus servicios*”. Como puede apreciarse, la norma que se viene de transcribir introduce una referencia especial, aplicable exclusivamente a aquellas empresas que brindan el servicio de *suministro temporal de mano de obra*. Dicha especialidad consiste en reconocerle al trabajador que realiza la *misión*, el derecho a recibir los beneficios laborales que se establecen como mínimos obligatorios para la categoría laboral que desempeñe, de acuerdo al giro de la empresa a la que temporalmente sea destinado.

En otro orden, el artículo 2º de la Ley n. 18.251, también aclara que en los casos de *subcontratación* e *intermediación*, no se consideran comprendidos dentro de las referidas figuras a “*las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera ocasional*” y agrega que dentro del concepto de *obra o servicio ocasional* no queda incluido el *trabajo zafra* o *de temporada*, el que será regido por las normas generales.

La responsabilidad (solidaria o subsidiaria) que consagran las leyes en análisis alcanza a:

- a) las *obligaciones laborales* que el subcontratista, intermediario o suministrador de mano de obra mantenga con sus dependientes;
- b) las *contribuciones a la seguridad social* que el subcontratista, intermediario o suministrador de mano de obra, adeude a la entidad previsional que corresponda; y
- c) la *prima de accidente de trabajo y enfermedad profesional*, así como las san-

*ciones y recuperos* que el subcontratista, intermediario o suministrador de mano de obra adeuden al Banco de Seguros del Estado en relación a sus dependientes.

Ahora bien, el último inciso del artículo 1º de la Ley 18.099 (cuya redacción fue modificada por la Ley n. 18.251) también dispone que “*La responsabilidad queda limitada a las obligaciones devengadas durante el período de subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra por el personal comprendido en cualquiera de las modalidades de contratación referidas*”. Esto significa que quien utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra, sólo responderá por el cumplimiento de aquellas obligaciones que se hubieran generado *en el periodo durante el cual se prolongó la subcontratación, la intermediación o el suministro de mano de obra*.

Con respecto a la naturaleza de la responsabilidad de la empresa usuaria, la normativa dispone que aquélla tendrá naturaleza de **solidaria** cuando la empresa usuaria no ejerza sobre el subcontratista, intermediario o suministrador de mano de obra, su “*derecho a ser informado por éstos sobre el monto y el estado de cumplimiento de las obligaciones laborales, provisionales, así como las correspondientes a la protección de la contingencia de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que a éstos correspondan respecto de sus trabajadores*” (artículo 4º de la Ley n. 18.251). Nótese que la norma consagró, por una parte, el *derecho de la empresa principal a ser informada* por parte del subcontratista, intermediario o suministrador de mano de obra en referencia a los aspectos que se vienen de referir y, por otra parte, estableció una consecuencia favorable para aquella empresa principal que hace efectivo el derecho a ser informada. Dicha consecuencia consiste en que su responsabilidad deja de ser solidaria para convertirse en *subsidiaria*.

Adicionalmente, el artículo 5º de la Ley n. 18.251 consagra un derecho de retención en favor de la empresa principal que no logre conseguir que el subcontratista, intermediario o suministrador de mano de obra le acredite el cumplimiento de las obligaciones a su cargo. Quien ejerza dicho derecho de retención quedará obligado a destinar la suma retenida a realizar el pago por subrogación al trabajador, a la entidad previsional acreedora o al Banco de Seguros del Estado.

*Por último, es interesante destacar algunas otras cuestiones que se consagran en la normativa. Así, por ejemplo, el artículo 4º de la Ley n. 18.099 establece la obligación de informar al trabajador acerca de sus condiciones de empleo, salario y empresa o institución en la que habrá de desempeñarse. Se trata de una información que debe ser brindada en forma previa y por escrito. Por su parte, el artículo 9º de la Ley n. 18.251 estableció que el empleador debe dejar constancia de que en forma previa al inicio de la relación laboral ha informado al trabajador de las condiciones de empleo, salario e institución, empresa o titular de la misma para la cual prestará servicios.*

Además, el artículo 5º de la Ley n. 18.099 prohíbe la utilización de las modalidades de la

*subcontratación, intermediación o suministro de mano de obra, con la finalidad de reemplazar trabajadores que se encuentren amparados al seguro por desempleo por la causal de suspensión parcial o total de trabajo. También prohíbe emplear cualquiera de estas modalidades para reemplazar trabajadores que se encuentren en conflicto colectivo, sin perjuicio de las disposiciones que rigen en materia de servicios esenciales.*

## VII) Conclusiones

La legislación laboral se originó y desarrolló en el entorno de la fábrica industrial. Se desarrolló, además, tomando como eje al concepto de subordinación, que fue el centro de gravedad que demarcó los confines de la disciplina.

Las nuevas realidades de la organización del trabajo han puesto en crisis el concepto de subordinación y también han impuesto la necesidad de construir un sistema de imputación de responsabilidades que permita superar el *principio de relatividad de los contratos* y el concepto formal de *empleador*, para enfocarse en la idea de atribuir responsabilidades al *beneficiario real* de los resultados del trabajo (el *beneficial owner*, en términos que suelen emplearse en el mundo de las finanzas). Detectar o atribuir a éste responsabilidades, incluso cuando no sea, en sentido civil, la contraparte contractual del trabajador. Sobre tales construcciones es que se proyectan los antídotos para enfrentar el desafío de la tercerización y de la globalización, edificando un entramado de protecciones “en red” que preserven adecuadamente el respeto de derechos de los trabajadores. Este es, sin dudas, uno de los principales retos que enfrenta el Derecho del Trabajo de los próximos años.

En el caso de Uruguay, más allá de lo que ha sido su aplicación práctica a nivel judicial, el principal efecto que ha tenido la nueva normativa ha consistido en haber revertido radicalmente la práctica (antes usual) de utilizar el mecanismo de las tercerizaciones como una forma de despojarse de responsabilidades. Hoy, las empresas tomadoras de servicios, procuran asegurarse de que aquellas otras que habrán de servirlos, sean empresas solventes y responsables, porque esa es la forma que tienen de evitar que terminen recayendo sobre aquellas las consecuencias de tener que hacer frente a las deudas laborales. Es decir: la normativa ha contribuido (junto con otras que también se han adoptado en la última década) a “potenciar” la eficacia real del Derecho del Trabajo.

# DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN CHILE: EFECTOS DE LA NUEVA LEY DE SUBCONTRATACIÓN LABORAL

*Diego López Fernández<sup>(1)</sup>*

**Resumo:** O artigo apresenta reflexões acerca da terceirização na conjuntura chilena. Na primeira parte, contextualiza o tema: A) nas empresas, a prática da subcontratação tem se transformado em um recurso habitual; B) os trabalhadores são expostos a uma situação de desigualdade, servindo a terceirização como uma via de escape empresarial à aplicação da Lei e como uma forma de segmentação do mercado de trabalho; e C) os principais problemas são: que as cadeias produtivas, por serem muito estendidas, diluem a responsabilidade das empresas contratantes em relação aos trabalhadores terceirizados; que o trabalho subcontratado se desenvolve em piores condições de higiene e segurança; que a terceirização da atividade principal normalmente oculta uma subordinação direta dos trabalhadores terceirizados em relação à empresa contratante; e que os trabalhadores di-

---

(1) Es abogado de la Universidad de Chile. Entre 1997 y 1998 cursó estudios de Doctorado en Derecho en la Universidad de Valencia, España y en 2005 fue becario en el curso de especialización en relaciones laborales del Centro Internacional de Formación OIT, la Universidad de Bologna y la Universidad de Castilla-La Mancha. Actualmente es abogado litigante en materias laborales. Es profesor de magister en derecho laboral en la Universidad de Concepción y la Universidad Adolfo Ibañez. Ha publicado una treintena de artículos en revistas especializadas en Chile, Uruguay, Venezuela, Argentina, Brasil, México, Inglaterra, Canadá y Estados. Ha publicado los libros: La empresa como unidad económica (2010); Los derechos de las personas; La fuerza de la democracia (2009); La responsabilidad laboral de las empresas multinacionales/The labour responsibilities of multinational corporations (2008); Derechos laborales y acuerdos de libre comercio en América Latina (2005) y Derechos, trabajo y empleo (2004).



retos e os subcontratados normalmente realizam as mesmas tarefas, porém com remuneração e condições laborais muito desiguais.

Na segunda parte, trata da nova lei de subcontratação, que incrementou tanto a responsabilidade laboral (estabelecendo a solidariedade das empresas que usam a terceirização em seus processos) quanto a responsabilidade em tema de vida e segurança dos trabalhadores subcontratados, porém manteve a ampla liberdade para terceirizar a atividade principal da empresa.

Na última parte, cuida do atual debate judicial sobre a lei de subcontratação, a respeito do lugar onde se presta o serviço terceirizado e da responsabilidade legal da empresa contratante com relação à vida e segurança dos trabalhadores terceirizados em sua atividade principal.

**Palavras-chave:** Terceirização, Subcontratação, Responsabilidade.

## ***I. Situación de la externalización productiva en Chile***

### **A) Las empresas que subcontratan**

Como la ley laboral chilena permite ampliamente la subcontratación laboral, tanto en los servicios principales de las empresas tomadoras como en sus servicios accesorios o secundarios, la externalización permanente de la producción se ha transformado en un recurso habitual para el funcionamiento de las empresas. En efecto, según la última encuesta oficial que realiza periódicamente el Ministerio del Trabajo (ENCUESTA LABORAL (ENCLA) 2011), la subcontratación laboral es ampliamente utilizada por las empresas chilenas: El **40%** de las empresas subcontrata. Además, el **25%** de las empresas que subcontratan lo hace en su actividad principal. La conclusión es evidente: la utilización excesiva de la subcontratación laboral ha llevado a las grandes empresas a considerarla como una herramienta esencial para gestionar sus procesos, de la que dependen no sólo como apoyo en las tareas complementarias o accesorias sino como recurso productivo directo.

Esta estrategia de subcontratar todo lo que se pueda la llevan a cabo sobre todo las empresas de mayor envergadura, que han desarrollado amplias cadenas productivas basadas en la subcontratación de servicios, en las que cientos de otras empresas trabajan para ellos, contratando por su cuenta a los trabajadores. En los últimos años se ha incrementado rápidamente la externalización productiva en sectores intensivos en mano de obra (retail, agro exportación e industria) y en sectores intensivos en tecnología (minería y bancos).

Con la subcontratación laboral las empresas logran eludir las obligaciones laborales: ellas no están directamente obligadas a cumplir la ley respecto de los trabajadores que subcontratan; son las empresas contratistas las que deben soportar las cargas salariales y legales y no las empresas que aprovechan el trabajo subcontratado. Además, es usual que las empresas contratistas, casi siempre de menor tamaño, aprovechen algunas normas legales especiales que atenúan las exigencias laborales y aun así la gran mayoría de ellas está expuesta a un alto incumplimiento por su frecuente vulnerabilidad económica.

Es normal que las empresas contratistas se resignen a un mercado de subcontratación habitualmente confuso, en que algunos de ellos tienen ganados *per se* contratos de servicios permanentes con grandes empresas manteniendo estable el servicio que prestan; otras, en cambio, se ven forzadas a competir periódicamente por precios para obtener la renovación de un contrato de prestación de servicios o la firma de uno nuevo. La estabilidad de los contratos de subcontratación con grandes empresas suele depender de las relaciones de lealtad con dichas empresas y de mantener los precios acotados o susceptibles de ser rebajados, más que de la mejora permanente de la calidad del servicio otorgado, el que como la mayoría de las veces consiste sólo en proveer mano de obra que labore directamente en la producción, no se diferencia del que ofrecen otros contratistas.

La subordinación económica de la mayoría de los contratistas a las empresas mandantes para las que trabajan es evidente: la gran mayoría de ellos trabaja sólo para uno o dos clientes exclusivos, y no es raro que trabajadores con responsabilidades directivas de una empresa renuncien a ella para transformarse en uno de sus contratistas. En la práctica, la subcontratación laboral ha operado como una externalización de la gestión de recursos humanos de la empresa principal, delegándola en un grupo de contratistas que trabajan virtualmente en forma exclusiva para ella, logrando así un control total sobre la contratación y remuneración de trabajadores, pero sin aparecer la empresa principal como empleador directo de ellos.

Las condiciones exigidas por las empresas principales suelen ser innegociables para los contratistas; es usual el cambio de las condiciones pactadas y el término unilateral del contrato por parte de la empresa mandante con sólo 30 días de anticipación y sin expresión de causa.

## B) Los trabajadores subcontratados

No existen datos acerca de la cantidad de trabajadores subcontratados que están empleados en el país. Sin embargo, el 30% de los trabajadores que se ocupan en la actividad principal de las empresas que subcontratan su actividad principal, están subcontratados (ENCLA 2011). Por otra parte, datos de la asociación de empresarios del sector industrial, revelan que un porcentaje muy importante del empleo industrial es subcontratado.

### Trabajadores subcontratados en sector industrial

(Fuente: Encuesta SOFOFA, 1999 — 2007)

Años	Empresas que usan trabajadores externos* — %	Trabajadores externos* sobre total del empleo industrial
1999	51,4	32,8
2000	56,6	36,8
2001	62,0	31,0
2002	76,1	51,9
2003	67,4	45,4
2004	65,0	43,3
2005	68,3	11,8
2006	69,8	47,6
2007	64	43,5

\*Se consideraron como “trabajadores externos” los subcontratados y los suministrados, pero estos últimos son estadísticamente insignificantes.

Habitualmente se arguye que la subcontratación promueve la especialización laboral y el incremento de la productividad. Mediante ella, empresas medianas o de menor tamaño podrían especializarse en la prestación de servicios específicos a otras empresas, que ante tal oferta renunciarán a proveérselo directamente y lo externalizarán. Esto puede ser cierto en servicios complementarios a la producción o incluso respecto a partes del proceso productivo que requieren competencias especiales por su complejidad, pero no explica la intensidad con que la subcontratación laboral ha penetrado en las tareas propias del giro de las empresas que la ocupan. La motivación principal de la subcontratación de tareas de la actividad principal de las empresas tomadoras es ajustar los costos laborales; en esos casos la subcontratación es una eficaz herramienta para reducir remuneraciones y condiciones de trabajo y para limitar severamente la sindicalización y negociación colectiva.

Un trabajador subcontratado no suele tener la aspiración de que le suban el sueldo, si no que tiene la ambición de ser contratado por la empresa principal para la que trabaja: su anhelo es abandonar su estatus disminuido de trabajo y acceder a otro superior. El uso empresarial de la subcontratación laboral en Chile la ha transformado, en general, en una herramienta frecuentemente utilizada para obtener rentas empresariales a costa del salario de los trabajadores subcontratados. La gran mayoría de los trabajadores subcontratados son los nuevos desheredados del trabajo asalariado en Chile y su número no ha dejado de aumentar llegando ya a niveles alarmantes<sup>(2)</sup>.

En realidad, las deficiencias de la ley chilena favorecen a las grandes empresas, que pueden usar ventajas perversas contra sus competidores de menor tamaño y contra sus propios trabajadores directos, ahorrando salarios y eludiendo obligaciones laborales mediante la subcontratación de trabajadores externos para que efectúen las tareas propias del giro. El mercado se oscurece con maniobras desleales y ventajas que nada tienen que ver con la creación de valor y empleo. ¿Qué gana el país permitiendo que grandes empresas subcontraten a bajo costo faenas de su giro principal? La subcontratación laboral puede ser un recurso legítimo para obtener más especialización técnica, mejor productividad y en suma mayor ganancia empresarial. Pero si es utilizada como una herramienta para obtener rentas empresariales a costa del salario de los trabajadores subcontratados, debe ser corregida. De lo contrario, la subcontratación seguirá operando (y cada vez más) como una vía de escape empresarial a la aplicación de la ley laboral y como una severa segmentación del mercado de trabajo entre los directamente contratados y los indirectamente contratados.

---

(2) En 2004, los trabajadores subcontratados en la minería ya eran el 60% de los trabajadores del sector. En 2006, por cada dos trabajadores directos del sector industrial había uno externo. (Ver en anexo Cuadros n. 5 y n. 6.)

### **C) Principales problemas de la externalización laboral en Chile**

#### **1) Cadenas productivas muy extendidas diluyen responsabilidad de las empresas mandantes respecto de los trabajadores subcontratados**

Las cadenas productivas que explotan las grandes empresas son tan extendidas (incluyen varios contratistas que se vinculan entre sí no en beneficio propio, sino como eslabones de una cadena productiva cuyo centro está en la empresa principal que controla la comercialización y venta del producto final) que diluyen la responsabilidad legal de las empresas mandantes en el pago de salarios a trabajadores subcontratados. Para enfrentar este problema se hacía indispensable declarar legalmente la responsabilidad solidaria de la empresa tomadora, de manera que involucrarlos directamente en el pago de las deudas laborales y previsionales que afectaran a los trabajadores subcontratados.

#### **2) El trabajo subcontratado se desarrolla en peores condiciones de higiene y seguridad**

El trabajo subcontratado habitualmente se desarrolla en peores condiciones de seguridad; existen datos que apuntan a que es usual que la subcontratación laboral se realice en condiciones riesgosas y/o desprotegidas respecto de la seguridad e higiene en el trabajo<sup>(3)</sup>. La opinión de varios sindicalistas es que las empresas mandantes no tienen un real compromiso con las condiciones de seguridad del trabajo subcontratado. En realidad, es común que los trabajadores subcontratados no tengan claridad acerca de qué empresa es responsable de su seguridad ni de cuáles son sus derechos legales. Los últimos años, muchos accidentes laborales graves en Chile, algunos de ellos fatales, han tenido como víctimas a trabajadores subcontratados. Todo ello motivó la preocupación de reforzar legalmente la responsabilidad de las empresas que subcontratan respecto de la vida y seguridad de los trabajadores subcontratados.

#### **3) Subcontratación de la actividad principal normalmente oculta una subordinación directa de los trabajadores subcontratados a la empresa mandante**

Ya que se permite ampliamente la subcontratación de la actividad principal, en la práctica ese tipo de subcontratación suele ocultar una subordinación directa de los trabajadores subcontratados a la empresa principal. Frecuentemente, la línea que separa la subcontratación de servicios de producción de la contratación de trabajadores para las tareas propias de elaboración de productos es confusa. Es habitual que trabajadores directamente contratados convivan con trabajadores subcontratados, realizando las mismas funciones, obedeciendo a los mismos jefes y usualmente con las mismas responsabilidades laborales.

---

(3) M. ECHEVERRÍA, *Los riesgos laborales de la subcontratación*. Aporte al Debate n. 19, Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo, abril 2006, p. 61.

#### **4) Trabajadores directos y subcontratados normalmente realizan las mismas faenas, pero con sueldos y condiciones laborales muy desiguales**

La mayoría de las grandes empresas utilizan la subcontratación como medio de producción directa, reemplazando con ella la contratación de personal propio; la subcontratación laboral es utilizada como herramienta para el ajuste salarial: se obtiene el mismo o similar rendimiento productivo en las faenas del giro pagando menos remuneraciones.

En efecto, la mayoría de las veces los trabajadores subcontratados son una fuerza de trabajo secundaria, pero remunerada, disponible para efectuar un reemplazo, colaborar ante un incremento de demanda o para ser derechamente incorporada en forma permanente al proceso productivo, sustituyendo la contratación directa de trabajadores por un costo menor. Es normal que trabajadores subcontratados que realizan las mismas funciones, en los mismos puestos de trabajo y en las mismas jornadas laborales que los trabajadores directamente contratados, ganen, sin embargo, remuneraciones significativamente menores; incluso muchas veces recibiendo sólo el salario mínimo.

## **II. La nueva ley de subcontratación laboral Ley n. 20.123 (2006)**

La nueva ley de subcontratación<sup>(4)</sup> apuntó a resolver sólo dos de los problemas anteriores: mejoró las normas legales para responsabilizar a las empresas mandantes del pago de salarios y cotizaciones previsionales de los trabajadores externos que utilicen y las obligó a tomar medidas directas para prevenir accidentes y enfermedades laborales de los trabajadores externos que se desempeñen en sus obras o faenas. Sin embargo, no mejoró la situación jurídica de los trabajadores subcontratados que laboran como directos en las faenas productivas de las empresas principales ni obligó a pagar salarios similares a trabajadores que realicen iguales funciones para una misma empresa.

En realidad, la nueva ley de subcontratación fue conservadora. Permitió sin restricciones la subcontratación laboral permanente en faenas accesorias o propias del giro de las empresas que la utilicen, pudiendo estas operar con un 100% de personal externo, y eludió corregir la desigualdad salarial: la nueva ley no obliga a las empresas mandantes a respetar el principio de “igual salario por igual tarea”.

### **1) La nueva ley incrementó la responsabilidad laboral de las empresas que usen subcontratación en sus procesos**

La ley anterior establecía que las empresas que subcontrataban eran sólo indirectamente responsables de las deudas laborales y previsionales de sus contratistas; esto es, sólo tenían responsabilidad subsidiaria: sólo si las contratistas no pagaban se podía demandar a la empresa mandante. La nueva ley estableció la responsabilidad solidaria de las empresas que subcontrataban sobre las deudas laborales y previsionales de sus

---

(4) Ley n. 20.123 publicada en el Diario Oficial el 16 de octubre del 2006 y entró en vigencia el 1º de enero de 2007.

contratistas; pero si se informan debidamente de cómo las contratistas cumplen con tales obligaciones, sólo serán indirectamente responsables.

En efecto, antes existía la responsabilidad legal subsidiaria de la empresa mandante en el pago de obligaciones laborales y previsionales, con derechos de la empresa tomadora para pedir información a la contratista acerca del cumplimiento de sus obligaciones laborales y previsionales y de retener el precio convenido si no se le informaba, si se le informaban deduas o se le informaba en forma incompleta.

Con la nueva ley, se instituyó la responsabilidad legal solidaria de la empresa mandante y subsidiaria si ejerce el derecho de exigirle a la contratista que le informe sobre el pago de sus obligaciones laborales y previsionales, retiene el precio convenido si no se le informa, se le informan deduas o se le informa en forma incompleta, pagando con ello a los trabajadores.

La nueva ley precisó además que la responsabilidad solidaria de la empresa tomadora se extiende a las obligaciones laborales y previsionales que tengan los contratistas o subcontratistas con sus trabajadores, pero limitada al tiempo o periodo durante el cual los trabajadores subcontratados prestaron servicios a la empresa mandante. Se declaro además expresamente que la responsabilidad legal de las empresas tomadoras también cubre las indemnizaciones por término de contrato de trabajo que beneficien a los trabajadores subcontratados, lo que modificó la doctrina que era predominante en la Corte Suprema, que se había inclinado por excluir estas indemnizaciones de la responsabilidad de las empresas tomadoras de subcontratación.

## **2) La nueva ley incrementó la responsabilidad de la empresa mandante sobre la vida y seguridad de los trabajadores subcontratados**

Antes las empresas mandantes sólo eran subsidiariamente responsable por enfermedades y accidentes laborales de los trabajadores subcontratados. La nueva ley estableció que ahora son directamente responsable de la vida y seguridad de los subcontratados que laboren en su obra o faena.

Con esta la nueva ley pretendió resolver la confusión que había existido sobre quién es responsable de las condiciones de higiene y seguridad de los trabajadores subcontratados. En rigor, esta obligación directa de las mandantes ya existía en el Decreto Supremo 594 del Ministerio de Salud de 1999. La nueva ley fue más allá y estableció un mecanismo concreto para que las empresas mandantes implementaran una política de prevención de accidentes y enfermedades profesionales que involucrara a los trabajadores subcontratistas.

## **3) La nueva ley mantuvo amplia libertad para externalizar la actividad principal**

Pero adicionalmente la nueva ley incluyó normas expresas que exigen que la empresa tomadora no trate como subordinados suyos a los trabajadores subcontratados y se

facultó expresamente a Inspectores del Trabajo para que cursaran multas a las empresas tomadoras que se comportaran como empleadoras de sus trabajadores subcontratados, por incurrir en *simulación laboral*.

Pero ya desde la entrada en vigor de la nueva ley se previeron problemas con la aplicación de estas disposiciones: la Dirección del Trabajo había debido enfrentar permanentes dificultades judiciales en su labor de fiscalizar la legalidad de la subcontratación laboral.

En efecto, la nueva ley de subcontratación estableció que si el desempeño de los trabajadores subcontratados no cumplía con el requisito de que fueran trabajadores dependientes de la empresa contratista — por ejemplo, se subordinaran de hecho a las decisiones y directrices de la empresa que subcontrata — debían ser considerados trabajadores directos de la empresa tomadora, la que sería legalmente imputada como empleadora.

Pero es común que las empresas reclamen judicialmente que inspectores del trabajo se han excedido en sus facultades legales al decretar que un contrato de trabajo formal oculta relaciones laborales con otras empresas. Para ello, recurren de amparo constitucional contra la Dirección del Trabajo, para que las Cortes no se pronuncian sobre el fondo del asunto (quién es realmente el empleador) sino acerca de si la Dirección del Trabajo actuó dentro de sus facultades. En la inmensa mayoría de estos casos, las Cortes les han dado la razón a las empresas, dejando sin efecto las actuaciones fiscalizadoras.

La nueva ley no estableció ninguna norma adicional acerca del rol de la Dirección del Trabajo en la fiscalización de la subcontratación, por lo que las Cortes siguieron aplicando su criterio de negar atribuciones a la Dirección del Trabajo para constatar abusos empresariales en la subcontratación. A poco andar, fue evidente que la confusión jurídica acerca de la situación contractual de los trabajadores subcontratados no había sido aclarada.

Efectivamente, hasta ahora, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema han resuelto que la existencia de relación laboral entre trabajadores y una empresa no puede ser resuelta administrativamente como resultado de una visita de fiscalización, que constate que el contrato de trabajo escrito y firmado no coincide con la situación que se observa en el lugar de trabajo (por ejemplo, que otra empresa, que no es la que aparece como empleador en el contrato, le dé órdenes e instrucciones al trabajador y controle su desempeño), si no que debe ser materia de un juicio laboral ante un tribunal competente. Con esta decisión se obliga a los trabajadores a demandar judicialmente a las empresas, lo que en Chile no ha sido hasta ahora la mejor opción para obtener el cumplimiento de la ley: es caro, engorroso y largo.



#### **4) La nueva ley no corrigió desigualdad de los trabajadores subcontratados**

Muchos de los trabajadores subcontratados creyeron que la nueva ley mejoraría sus condiciones salariales y de trabajo, tal y como lo anunciaba el gobierno cuando se publicó la ley: “ya no habrá trabajadores de segunda categoría”. Sin embargo, la gran mayoría de ellos no vio mejoras evidentes en sus condiciones de trabajo y, por cierto, tampoco mejoraron sus salarios. La nueva ley no hizo nada por corregir las evidentes desigualdades imperantes en la subcontratación.

### ***III. Actual debate judicial sobre la ley de subcontratación***

#### **1) El lugar donde se presta el servicio subcontratado**

La nueva ley definió qué debe entenderse por subcontratación, aludiendo a que los servicios subcontratados se desarrollan en la empresa tomadora. Esta expresión ha sido considerada por alguna jurisprudencia para limitar los efectos de la responsabilidad legal de la empresa solo a los casos en que los servicios subcontratados ocurran dentro de las instalaciones o establecimientos de las empresas tomadoras.

El actual debate judicial se centra en si debe considerarse la ubicación física de los servicios para aplicar la responsabilidad legal de subcontratación o si debe ser interpretada más ampliamente, entendida como prestación de servicios externos dentro del ámbito decisional de la empresa tomadora, esto es, dentro de su organización, sin importar el lugar físico en el que se prestan los servicios subcontratados. Por cierto que esta es la interpretación más correcta.

#### **2) Responsabilidad legal de la empresa mandante respecto de vida y seguridad de trabajadores subcontratados en su actividad principal:**

El debate judicial sobre la naturaleza de la responsabilidad legal de las empresas que toman subcontratación, respecto de la vida y salud de sus trabajadores subcontratados, se refiere a determinar si es solidaria o simplemente conjunta.

En realidad, esta discusión, así como la anterior, revelan que la aplicación judicial de las normas laborales en Chile se caracteriza por ceñirse en forma rígida al texto de la ley, olvidando que se trata de normas laborales que deben ser aplicadas en forma coherente con los postulados y principios del derecho del trabajo.

En efecto, las obligaciones legales de las empresas se refieren a deberes que deben cumplirse dentro de la relación laboral, caracterizada por un control de parte del empleador y de la empresa que decide la producción como tomadora de servicios subcontratados, a la cual el trabajador debe subordinarse, de manera que la eficacia de tales obligaciones debe entenderse dentro de la autoridad y dirección ejercidas sobre el trabajador. De esta forma, es el ámbito de control de la empresa tomadora de subcon-

tratación el que debe determinar el alcance de sus deberes legales para con sus trabajadores subcontratados; así, será responsable ante los trabajadores subcontratados que se desempeñen para su organización productiva, sin importar si lo hacen dentro o fuera de sus instalaciones y asimismo, el deber de la tomadora es responder de manera clara y directa de la seguridad de los trabajadores subcontratados que se desempeñan dentro de su organización, ya que el control y dirección que ejerce sobre tal organización va unido a su deber de protegerlos.

#### IV. Conclusiones

- 1) La externalización opera, en Chile, principalmente como una estrategia de abaratamiento de la mano de obra. Eso es posible porque la ley permite ampliamente la subcontratación de las actividades principales.
- 2) En cuanto no se reconozca el derecho de los trabajadores subcontratados a recibir un mismo trato laboral que los trabajadores directos, la desigualdad que los afecta persistirá, promoviendo en la práctica que las empresas sustituyan la contratación directa por subcontratación para explotar sus actividades.
- 3) La libertad empresarial para subcontratar debe ir de la mano con garantizar que no se vuelva una modalidad para obtener un mismo trabajo con menos derechos.

## **GARANTIAS E PRERROGATIVAS DA MAGISTRATURA: ESCORÇO E COTEJO. POR ONDE ANDA O “JUIZ-GESTOR”?(1)**

*Guilherme Guimarães Feliciano*<sup>(2)</sup>

**Resumo:** O artigo aborda as garantias de independência da magistratura, iniciando pela distinção destas em relação às prerrogativas “*stricto sensu*”. Faz uma abordagem histórica, passeando pelos conceitos moderno e pós-moderno da jurisdição, para localizar o ponto no qual o atributo de independência passa a ter centralidade nas magistraturas. Confronta a existência de resquícios de interferência institucional dos governos, tais como aquelas dos modelos brasileiro e chileno, para ressaltar que as garantias de independência servem à proteção do próprio cidadão, como o têm reconhecido as decisões dos tribunais internacionais. Finaliza comentando a Resolução CNJ n. 70 de 18.03.2009 e seus desdobramentos, que alimentam a *cultura das metas* e o *império dos relatórios*.

**Palavras-chave:** Magistratura, Independência.

---

(1) Artigo baseado em palestra proferida no 3º Seminário Internacional da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região (AMATRA XV), em agosto/2014, na cidade de Santiago (Chile).

(2) Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté/SP. Diretor de Prerrogativas e Assuntos Jurídicos da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (2013-2015). Professor Associado II do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela FDUSP e pela Universidade de Lisboa. Livre-docente em Direito pela FDUSP.

De um modo geral, quanto aos predicamentos da Magistratura, as doutrinas nacionais distinguem entre *garantias institucionais* (a saber, a *autonomia orgânico-administrativa* e a *autonomia orçamentária*) e *garantias funcionais*. Essas, por sua vez, distinguem-se entre *garantias de independência* (art. 95, I a III, CRFB) e *garantias de imparcialidade* (art. 95, parágrafo único, CRFB).

As *garantias de independência* são, na tradição constitucional brasileira, as seguintes:

- a *vitaliciedade*;
- a *inamovibilidade*; e
- a *irredutibilidade de subsídios*.

Diga-se, em particular, da importância estratégica do vitaliciado para a independência da Magistratura e do Ministério Público. A *vitaliciedade* tem origem secular, remontando à Constituição de 1824, que dizia serem “perpétuos” os juízes brasileiros. Traduz-se juridicamente na garantia de não perder o cargo, senão por decisão judicial transitada em julgado. No último lustro, porém, volta a ser objeto de ataques no Brasil. Assim, p. ex., pretendiam extingui-la ou relativizá-la a PEC n. 53/2011 (Senado), a PEC n. 291/2013 (Câmara) e a PEC n. 505/2011 (Câmara). Ao lado da Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) e da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA) atuou fortemente em todas essas frentes, na perspectiva de assegurar, para atuais e futuros magistrados, a garantia da *vitaliciedade*.

Não se confundem, tecnicamente, as garantias de independência e as *prerrogativas “stricto sensu”*. As ditas *prerrogativas* da Magistratura estão basicamente previstas no art. 33 da LOMAN, em um rol significativamente *restrito*, se comparado ao rol de prerrogativas do Ministério Público (LC n. ). Dentre as *prerrogativas “stricto sensu”*, citem-se, por excelência, as seguintes:

- a de não ser preso, senão por ordem do tribunal competente, salvo em caso de flagrante de crime inafiançável;
- a de prisão especial ou em sala de Estado-Maior, *durante a restrição cautelar* (inocorrendo, portanto, durante o cumprimento definitivo de pena privativa de liberdade); e
- o de porte de arma de fogo para defesa pessoal (com alguma polêmica atual, à vista do “esquecimento” dos juízes e membros do MP entre aqueles que, nos termos Estatuto do Desarmamento — Lei n. 10.826/2003 —, estariam dispensados de submeter-se à autoridade policial para o exercício do porte).

Por outro lado, compreender a real extensão do atributo da *independência judicial* requer alguma compreensão histórica. Vejamos.

O conceito moderno de *jurisdição*, construído na tradição secular do direito romano-canônico, não é fiel ao conceito romano de “*iurisdictio*” (v. OVÍDIO BAPTISTA). E da mesma forma, mais recentemente, caminha-se para a *superação* do conceito formal de CHIOVENDA (“*realização da vontade concreta da lei*”). Com efeito, entende-se hoje ser *função da jurisdição*, em acepção contemporânea, a *tutela de direitos subjetivos* (e, em especial, de *direitos humanos fundamentais*), como genuíno *exercício de soberania do Estado*.

A ideia *formal* de jurisdição, como expressão da vontade “concreta” da lei, possivelmente deite suas raízes mais remotas na “*cognitio extraordinaria*” do direito romano pós-clássico. Naquele tempo, a reboque da emblemática concentração de poderes políticos promovida por JUSTINIANO, as *codificações justinianeias* — hoje diríamos a “lei em sentido formal” — seriam a fonte praticamente exclusiva do direito; e o *imperador*, seu único intérprete.

Na pós-modernidade, porém, essa compreensão já não se sustenta. A jurisdição, para além das suas funções formais, deve desempenhar uma específica função *substantiva*: a de *imperativo de tutela* (C. W. Canaris, Proto Pisani), o que transforma em *responsabilidade* aquilo que, noutros tempos, seria mera *possibilidade* da atividade judicante: *prestigiar as fontes e as hermenêuticas que melhor atendam à defesa do direito objetivo*.

Algo dessa tendência, entretanto, poder-se-ia identificar, um vez mais, na própria tradição processual romana. Com efeito, no direito romano *clássico* (= *período republicano*), a coexistência de uma multiplicidade de fontes do Direito (p. ex., as leis, os *senatusconsultos*, as constituições imperiais, as respostas dos prudentes, etc.) estimulou sensivelmente o caráter *criativo* da *Jurisprudência* (na acepção anglo-germânica — “*Jurisprudenz*” —, ligada à Ciência do Direito e à doutrina), como da própria *jurisprudência* (na acepção latina, ligada à construção hermenêutica dos tribunais). O Direito era construído, em larga medida, pela integração pretoriana; e sua legitimidade se extraía não apenas dos meros procedimentos burocráticos, mas — em uma leitura weberiana — das próprias tradições condensadas na razão jurídica.

Com efeito, a *iurisdictio* clássica era *privada*, no sentido de não estatal, porque seu conteúdo era ditado por um particular (o *iudex*); nada obstante, era *pública*, como expressão do *imperium* romano (porque publicitada com o selo de Roma, pela pessoa do *praetor*). Nas esferas de socialidade, essa *iurisdictio* valia mais pela sua *ratio* que pela sua *auctoritas*, traduzindo o sentido *não coercitivo* das fontes formais do Direito.

Pois bem. A *iurisdictio* a que se referia G. CHIOVENDA (“volta à jurisdição romana”) é a *iurisdictio* da Roma dos imperadores (pós-clássico), que precede historicamente à Justiça de Estado. Ganha corpo, paulatinamente, a ideia de jurisdição como instrumento de pacificação social, em substituição à ideia grega de justiça concreta (bem mais próxima dos modelos anglo-saxônicos do “*judge-made-law*”). A *iurisdictio* da pacificação social encontra o seu ápice na Revolução Francesa e em seu liberalismo político (com reflexos evidentes e inescusáveis no fenômeno da jurisdição: vejam-se, e. g., o princípio da inér-

cia, o princípio da correlação entre a demanda e a sentença, a proibição dos julgamentos por equidade etc.). É dessa tradição, ademais, a multicitada expressão do BARÃO DE MONTESQUIEU (pronunciada, em sua obra, para descrever o perfil ideal das magistraturas das repúblicas): “*le juge est la bouche de la loi*”; seriam, com efeito, “*seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor*”. Em linha similar, T. HOBBS, tido por alguns como o pai do liberalismo moderno, observava que a justiça não é questão a ser descoberta pelo juiz, mas confiada ao legislador (*Leviathan*, XXVI, 7).

Daí que, com o advento do Estado moderno, dá-se a *funcionalização* do fenômeno jurídico. Nas palavras do saudoso OVÍDIO BAPTISTA, “*o jurídico perde definitivamente a sua essência. A justiça deixa de ser uma questão inerente à iurisdictio, para ser um assunto de Estado*” (*Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2006). Co-tejando esse fenômeno com o passado e as magistraturas romanas, bem se poderia dizer que, a partir da separação histórica entre os papéis do “*ius dicere*” (a *iurisdictio* romana, exercitada pelo *praetor*, mediante ato de *imperium* e com vocação *constitutiva*) e do “*iudicare*” (exercitada pelo *iudex* romano, como ato de pura *ratio*, com vocação *declaratória*), emerge no século XV a figura do *juiz moderno*, que concentra e depois monopoliza, na sua própria institucionalidade, essas duas dimensões funcionais.

É sobretudo nessa institucionalidade refundada que o atributo da *independência* passa a ter inequívoca centralidade nas magistraturas judiciais. Porque, afinal, o juiz já não era mais a *longa manus* dos reis, como fora durante quase toda a Idade Média; era, antes, um instrumento de que o cidadão poderia dispor para rechaçar os desmandos e as arbitrariedades dos governos políticos.

Nessa ordem de ideias, se o juiz fala por si mesmo — ou pela Magistratura que, profissionalizada, passa a encarnar o Estado-juiz —, já não é possível apartar a dimensão funcional da dimensão humana. Paulatinamente, e com matizes diversos, os povos passam a compreender que:

1. *o juiz, ao decidir, julga (também) com base em seus substratos culturais e na sua cosmovisão, porque são ambos filtros inseparáveis de si mesmo*. Não por outra razão, algumas tradições jurídicas admitem abertamente que o juiz “cria” o direito em algum sentido; e não poderia ser diferente, se já está adquirido pela teoria geral do Direito que *a norma jurídica não se confunde com a fonte forma, mas brota dela*, a partir da atividade de inteligência do juiz que interpreta/aplica a fonte. O predicamento da independência também diz com esse “poder criativo”, que se exerce a partir dos referenciais dos sistemas de direito objetivo.
2. *o juiz não pode ser punido disciplinarmente por suas convicções jurídicas racionalmente motivadas* (ainda que adiante, no curso procedimental, sua decisão seja reformada ou anulada).

A primeira premissa foi sobretudo assimilada pelos sistemas jurídicos filiados à *common law*, que cunhou a noção de “*judge-made-law*” e conferiu aguda preeminência às magistraturas em seus contextos nacionais. A segunda premissa foi consagrada até mesmo em textos internacionais e transparece fortemente em algumas legislações ocidentais, como na brasileira. Leia-se, na *Lei Orgânica da Magistratura Nacional* (Brasil, LC n. 35/1979):

Art. 40. A atividade censória de Tribunais e Conselhos é exercida com o resguardo devido à dignidade e à *independência do magistrado*.

Art. 41. Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o *magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir*. (g.n.)

Por outro lado, não é incomum que, mesmo em países com democracias já consolidadas, sobrevivam resquícios históricos da interferência institucional dos governos constituídos na própria atividade judicante, com prejuízos diretos ou oblíquos para a independência dos magistrados. No próprio panorama brasileiro, cite-se a participação do Poder Executivo na nomeação de desembargadores e ministros de tribunais superiores. Há, porém, mecanismos ainda mais perniciosos, porque submetem concretamente a atividade jurisdicional a juízos censórios de forte pendor administrativo. Sirva-nos como único exemplo, por emblemático, o que autoriza a Constituição do Chile, ao dispor que “[l]os tribunales superiores de justicia, en uso de sus facultades disciplinarias, sólo podrán invalidar resoluciones jurisdiccionales en los casos y forma que establezca la ley orgánica constitucional respectiva” (g. n.); dá-se, como é evidente, uma perigosa confusão entre as esferas *judicial* e *administrativa*, na medida em que o texto constitucional confere ao legislador o poder de definir hipóteses nas quais a atividade censório-disciplinar dos tribunais é capaz de *fulminar* típicas decisões jurisdicionais.

E, de fato, assim se legislou.

O *Código Orgánico de Tribunales* chileno previu, em seu artigo 545, o *recurso de queja*, assim regulado:

Art. 545. 1. El recurso de queja tiene por exclusiva finalidad *corregir las faltas o abusos graves* cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional. Sólo procederá cuando la falta o abuso se cometa *en sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o definitiva*, y que *no sean susceptibles de recurso alguno*, ordinario o extraordinario, sin perjuicio de la atribución de la Corte Suprema para *actuar de oficio en ejercicio de sus facultades disciplinarias*.

(...)

3. En caso que un tribunal superior de justicia, haciendo uso de sus facultades disciplinarias, invalide una resolución jurisdiccional, debe aplicar la o las medidas disciplinarias que estime pertinentes. En este caso, la sala dispondrá que se dé cuenta al tribunal pleno de los antecedentes para los efectos de aplicar las medidas disciplinarias que procedan, atendida la naturaleza de las faltas o abusos, la que no podrá ser inferior a amonestación privada. (g. n.)

Evidentemente, à vista do que se demonstrou logo acima quanto à evolução histórica das magistraturas — culminando com a sua independência essencial, assegurada por uma série histórica de garantias institucionais e funcionais —, previsões com esta chilena, à luz dos baldramas universais que regem a matéria, são de discutível legitimidade. Afinal, aquelas garantias, se protegem o juiz e a sua instituição, estão mesmo vocacionadas à tutela da *cidadania*: servem à proteção do próprio cidadão, porque asseguram a indenidade dos magistrados que contrastarão interesses poderosos, amiúde os do próprio Estado.

É o que têm reconhecido, alhures, os tribunais internacionais de direitos humanos. Na década passada, em *Findlay v. Reino Unido*, o Tribunal Europeu de Direitos do Homem decidiu que “[a]s decisões judiciais não devem ser modificadas por autoridades que não tomem parte do Poder Judiciário. Em outras palavras, não é possível que a validade jurídica das decisões judiciais e sua condição de res judicata (coisa julgada) estejam sujeitas à ação dos demais poderes do governo” (g. n.). Há de ser assim, com efeito, também em relação aos próprios tribunais judiciais, “*si et quando*” no exercício de poderes administrativos: sua atividade censória não deve modificar decisões judiciais, e tanto menos punir juízes pelo exercício da jurisdição, sob pena de vergastar severamente um dos principais pilares das democracias contemporâneas.

Nas Américas, em sentido similar, dita o *Estatuto del Juez Iberoamericano* que

[e]n el ejercicio de la jurisdicción, los jueces no se encuentran sometidos a autoridades judiciales superiores, sin perjuicio de la facultad de éstas de revisar las decisiones jurisdiccionales a través de los recursos legalmente establecidos, y de la fuerza que cada ordenamiento nacional atribuya a la jurisprudencia y a los precedentes emanados de las Cortes Supremas y Tribunales Supremos. (g. n.)

Noutras palavras, tem-se por adquirido que as decisões judiciais só podem ser legitimamente reformadas ou anuladas *no próprio âmbito jurisdiccional*, por meio dos recursos e dos demais meios judiciais de impugnação legalmente estabelecidos. O que significa, “*a contrario sensu*”, que nem as autoridades executivas e legislativas, nem tampouco os próprios tribunais judiciais, no desempenho de suas funções administrativas, poderão validamente *revisar* decisões tipicamente judiciais. Caminhar noutro sentido — como faz a legislação chilena — é albergar déficits de independência judicial.



E não é só. A par das atividades censórias, ainda no âmbito judiciário, acercam-se outras ameaças de índole administrativa que devem ser escrutinadas. Abordemos a mais recorrente entre nós, desde há uma década.

A independência judicial deve estar em mira quando se discute o *modelo de gestão* para o Poder Judiciário. No Brasil, a Resolução CNJ n. 70, de 18.3.2009, ao dispor sobre o *Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário*, registrou que o Judiciário nacional tem por *missão* a de “realizar justiça”; por *visão*, a de ser reconhecido pela sociedade como instrumento efetivo de justiça, equidade e paz social; e por *atributos do valor judiciário*, a credibilidade, a acessibilidade, a ética, a imparcialidade, a modernidade, a probidade, a responsabilidade social e ambiental e a transparência (art. 1º). Com efeito, é função constitucional do CNJ, *ut* art. 103-B, § 4º, CRFB, promover o *controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário*, o que abrange o respectivo planejamento e gestão estratégica. O CNJ atua, ademais, como órgão de “controle interno”; não assume, pela sua atual configuração (art. 92, I-A, CRFB), o caráter de controle *externo*.

Quais, porém, foram as escolhas feitas?

Tome-se como exemplo paradigmático o ano de 2010. No III Encontro Nacional do Judiciário (São Paulo, 2010), elegeram-se *dez metas prioritárias* para 2010, escolhidas nos termos do art. 6º-A, § 1º, da Res. CNJ n. 70 (*i. e.*, por *presidentes e corregedores* dos tribunais e dos conselhos; os demais desembargadores, os juizes e as associações de magistrados não têm direito de voto). Escolheram-se, outrossim, *quinze objetivos* entre oito temas, a partir do que caberia aos tribunais desenvolver planos estratégicos regionais, *alinhados* ao Plano Estratégico Nacional, até 31.12.2009, com abrangência mínima de 5 anos (sob aprovação nos órgãos plenários ou especiais). Pois bem: desses quinze objetivos, apenas *três* diziam com melhorias estruturais no âmbito do Poder Judiciário; e, dentre aquelas dez metas prioritárias, apenas *uma* era propriamente estrutural. Todas as demais eram metas de produção e afins. No limite, a mensagem institucional termina por ser a do supremo esforço, com mínimas contrapartidas estruturais. A médio e longo prazos, uma receita certa para o estresse profissional, o absenteísmo e o adoecimento.

A par disso, a política judiciária tem padecido de certa *multicefalia gerencial*. Apenas no âmbito da Justiça do Trabalho, atuam administrativamente o CNJ, o CSJT e os TRTs, todos com projetos e/ou metas a vencer. Assim, por exemplo, o cadastramento nacional de devedores no BNDT (Banco Nacional de Devedores Trabalhistas) paralisou secretarias por todo o país, para o cumprimento de uma política priorizada pelo TST e pelo CSJT. No plano regional, àquela época, o TRT da 15ª Região propunha, no âmbito da Corregedoria Regional, a liquidação “zero” e a eliminação do arquivo provisório; no âmbito da Vice-Presidência Administrativa, propunha-se a atuação integrada; e assim sucessivamente. Tudo isto sem prejuízo das dez metas prioritárias do CNJ, e não raro sob prazos fatais. No final, as prioridades da própria unidade jurisdicional, tal como mapeadas pelo juiz — o seu “gestor” por excelência —, eram as últimas a vencer e as únicas não priorizadas.

Alimentou-se, outrossim, uma “cultura das metas” que evoluiu para um genuíno culto às metas. É certo, porém, que metas dizem com a *tática* (= forma específica e imediata de se atingir objetivo delimitado), não com a *estratégia* (= equacionamento lógico e amplo, no tempo e no espaço, para a consecução da missão e da visão de futuro da organização); e tanto menos podem se tornar um *fim* em si mesmo, sob o pálio do eficientismo estatístico. Paulatinamente, o Judiciário tem revelado a principal distorção associada ao método BSC (*Balanced Scorecard*, ou *Indicadores Balanceados de Desempenho*): as metas transmudam-se, evoluindo de *meio* a *fim*.

E, não bastasse, caminhou-se para uma *hipertrofia dos mecanismos de controle*, com a excessiva burocratização das atividades de fiscalização, documentação e controle, como resposta à necessidade de demonstração daqueles indicadores. Vive-se, então, um “império dos relatórios”, muitos dos quais de duvidosa utilidade (veja-se, *e. g.*, a Recomendação n. 01/2013).

Tudo a justificar, afinal, a crítica bem posta de Alexandre Morais da Rosa, juiz de Direito e docente da Universidade Federal de Santa Catarina:

Pode-se dizer que os “Aparelhos Ideológicos” (ALTHUSSER) hoje são governados por práticas de gestão administrativas da eficiência, cujo preço democrático é percebido por poucos. E os que percebem, de alguma maneira, encontram-se coarctados na possibilidade de resistência. O sintoma disto pode ser visto pelos inúmeros Relatórios que o Conselho Nacional de Justiça — CNJ obriga a preencher a todo o momento. O culto pela “avaliação”, até porque não se sabe, de fato, quais são os critérios de quem analisa, se é que analisa, ganha contornos patológicos nesta virada de século, tudo em nome da “Boa Governança”. Cada vez mais os magistrados são obrigados a enquadrar suas atividades em fichas técnicas de cumprimento de obrigações conforme o Protocolo, também editado ou reiterado pelo CNJ, com o primeiro reflexo de se jogar conforme as regras do jogo, a saber, cada vez mais só se valoriza o que gera bônus, transformando a atividade jurisdicional em uma verdadeira atividade de “franqueado jurisdicional”. Claro que abusos acontecem no Poder Judiciário. Contudo, eles não podem ser o “Cavalo de Tróia” da eficiência. O resultado mais evidente é a “homogeneização” das decisões, voluntariamente ou de maneira forçada (súmulas, reclamação, recusa recursal, etc.), com a transformação dos antigos juízes em meros gestores de unidades jurisdicionais. Aliás, quem não cumpriu a Meta 2 do CNJ preencheu uma proposta de gestão do acervo para 2010 (...).

À vista dessa leitura, seríamos afinal “juízes gestores” ou, ao revés, meros “juízes executores”? E onde está, nesse caso, a “independência” do magistrado? Aos poucos, deixa de ser independente até mesmo para formatar suas próprias pautas.

A. Harold MASLOW (1908-1970), autor conhecido pela enunciação das teorias clássicas de motivação, escreveu certa feita que:

“[u]m músico deve compor, um artista deve pintar, um poeta deve escrever, caso pretendam deixar seu coração em paz. *O que um homem pode ser, ele deve ser.* A essa necessidade podemos dar o nome de auto-realização. (g. n.)

A ser assim, a “missão” do Poder Judiciário deve traduzir, afinal, o que ele *deve* ser; não uma esfinge semântica (do tipo “realizar justiça”). Urge fazer essa reflexão crítica: para o que — e a quem — serve, afinal, o Judiciário? Basta-lhe “pacificar”, asfixiando — ou ocultando — os conflitos? E, a partir dessas respostas, convirá repensar o modelo de planejamento estratégico, quiçá incorporando métodos de análise *global e qualitativa* de resultados, que possam instrumentalizar estratégias dirigidas a uma genuína visão de futuro.

# INDEPENDENCIA DE LA JURISDICCIÓN LABORAL EN CHILE<sup>(1)</sup>

*Álvaro Flores Monardes<sup>(2)</sup>*

**Resumo:** O autor traça uma reflexão crítica acerca da independência funcional dos magistrados chilenos, que avalia como fortemente afetada por ingerências administrativas ou disciplinares provenientes das instâncias superiores ante os juízes integrantes da base do sistema, sem prejuízo de uma recente e gradual mudança de mentalidade que se vem observando nos últimos anos.

**Palavras chave:** Magistratura – Independência – Autonomia – Controle Disciplinar – Ingerência Administrativa – Estado Democrático de Direito.

---

(1) El presente trabajo tiene como base la exposición realizada por el autor en el seminario de Amatra realizado en Santiago de Chile.

(2) Juez del Trabajo de Santiago de Chile y Presidente de la Asociación Nacional de Magistrados de Chile.

Hablar sobre la independencia de los jueces del trabajo en Chile no es distinto de hablar de la independencia de los jueces en general, por lo que no tiene mucho sentido exponer un tratamiento diferenciado o analizar específicamente la situación de la magistratura especial del trabajo.

El artículo 76 de la Constitución Política consagra formalmente la independencia en su variante *externa*, al señalar que “*La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenidos de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos*”.

El orden legal, en cambio, principalmente en el *Código Orgánico de Tribunales* consagra un régimen absolutamente atentatorio de la denominada *independencia interna*, aquella que se define por la relación de los jueces que en un modelo de carrera se exponen a las injerencias de los superiores jerárquicos dentro de la propia organización judicial.

Como se ha conceptualizado tradicionalmente, la organización de la magistratura chilena se adecúa de manera bastante ortodoxa con el modelo “piramidal”, “tecnocrático o “monárquico”, pues el ordenamiento en una carrera por ascensos se vale de un conjunto de normas que materializan en clave de control (calificaciones, inspecciones, potestad disciplinaria como amenaza y efectiva) una ausencia de independencia interna de los jueces respecto de los superiores jerárquicos.

En ese contexto, como ha señalado Atria (2007) muchos jueces conciben su función no a base del ejercicio autónomo que a cada quien le corresponde en el ejercicio de la jurisdicción (en armonía con la definición constitucional en cuanto el poder judicial reside en cada juez y no en un ente corporativo), sino como comisarios (el alusión al mandato en su dimensión de encargo específico) de las cortes superiores.

Se trata de una organización secular. Proviene de la época colonial, no resulta modificada con la emancipación y el advenimiento de la República (1810) y subsiste hasta nuestros días.

En relación con el anti modelo de independencia chileno, como bien señala Squella (2007) “Debido a su significación más política que funcional, es un hecho que se ha presentado mayor atención a la independencia externa (autonomía del Poder Judicial en su conjunto e independencia de cada tribunal frente a agentes ajenos al Poder Judicial) que a la interna (independencia de cada juez frente a sus superiores jerárquicos dentro del Poder Judicial), no obstante que atentados contra cualquiera de las dos expresiones de la primera — si bien más ostensibles o aparatosos — son menos frecuentes que aquellos que se perpetran solapadamente contra la segunda”

### *¿Qué caracteriza a este modelo de organización?*

Una total confusión de las funciones jurisdiccionales con las de gobierno judicial, radicada en la Corte Suprema y en las cortes superiores denominadas Cortes de Apelaciones.

Las Cortes Supremas y bajo ella, las de Apelaciones, son órganos jurisdiccionales que, en paralelo — en un perfecto maridaje o confusión — ejerciendo sus potestades de gobierno — controlan el ascenso, la disciplina, evalúan anualmente a los jueces de acuerdo a criterios subjetivos, e inspeccionan regularmente los tribunales.

La carrera judicial depende de quienes ejercen el control disciplinario en múltiples formas, por lo que no es extraño que la forma de resolver los casos sea instrumentalizada en pos de los intereses de carrera y la decisión naturalmente tienda a acomodarse a lo que los superiores deciden.

Tal panorama de instituciones a las normas que consagran tales potestades de control, de han desarrollado un conjunto de prácticas culturales significativas de sumisión. Una de ellas es conocida como “el besamanos” y consiste en el deber no escrito pero completamente enraizado en la conducta de los jueces, por el cual cuando se postula a un ascenso no basta con la presentación formal de los antecedentes (de acuerdo con las exigencias legales) sino que se debe visitar en audiencias privadas a los jueces superiores que confeccionaran la terna final (desde la que nombrará el Presidente de la República) a pretexto de “manifestar el interés en ser promovido”, lo que genera un tradicional desfile por las Cortes de los postulantes pidiendo audiencias para ese propósito. Las conversaciones producidas en esas reuniones abordan desde lo humano a lo divino y normalmente se orientan a escrutar al juez o jueza postulante en sus preferencias personales, adscripciones a ciertas ideas del derecho, vinculación con posiciones gremiales y sobre la situación familiar (situación muy habitual que afecta principalmente a las mujeres), por abordar apenas algunos ejemplos.

Ciertamente la caracterización precedente da cuenta de una generalidad de casos, existiendo otros que escapan a esas conductas, pero que no alcanzan para desvirtuar la caracterización general.

Corte Suprema, en rigor, opera como un poder corporativo sobre la base de la noción errada pero muy arraigada de ser un “Poder Judicial” como agencia, con una auto percepción de agencia estatal y, regula en el ejercicio de su superintendencia disciplinaria y administrativa todo el orden judicial, mediante una poderosa potestad normativa a través de los denominados *Autos Acordados*, que con complacencia del poder político y de manera progresiva invaden dominios exclusivos de la ley; así por ejemplo, en esa esfera exorbitada de competencias ha requerido información privada de jueces (imposición de declarar lazos de estrecha familiaridad entre ellos), ha creado tribunales y otorgado

facultades para instruir u otorgar competencia a comisionados de la Corte superior respecto de jueces inferiores sobre el sentido en que deben dictarse ciertas resoluciones en un determinado sentido (en el ámbito del derecho de familia), ha creado procedimientos disciplinarios, ha regulado la tramitación mediante carpeta digital los procedimientos reformados, etc.

¿Qué tipo de juez se encuentra es esta cultura jurisdiccional?. En un escenario de leyes y prácticas culturales nacidas al amparo de esas leyes se modela un juez marcado por el temor al superior, “carrerista”, burócrata, “subordinado”, apegado a la interpretación legalista de la ley (aspecto al que contribuye cierta formación académica anclada en los paradigmas decimonónicos), que resiste al paradigma constitucional de protección de los derechos. Un juez apegado la ficción interesada del apoliticismo (Andrés Ibáñez, 2009).

En ese marco de tal desarrollo histórico se ha planteado la existencia de ideología institucional conservadora en la magistratura chilena. Se destaca que en el período anterior al golpe de Estado (1964-1973) el conservadurismo había sido la respuesta reaccionaria de los jueces contra los logros democráticos de los gobiernos de Frei y Allende; conservadurismo manifestado en una ideología apartidista, facilitado precisamente por la existencia de una estructura organizacional burocrática autónoma en el marco de una tradición legalista, en que la concepción de la independencia judicial se ha concebido como la interdicción de la intervención política. En este escenario, una judicatura que profesaba el apoliticismo como medida de la independencia aparecía funcional a los objetivos del régimen autoritario (Hilbink, 2007).

Tales características de organización y sesgo ideológico conservador de la cultura institucional explican que el Poder Judicial fue el único órgano del Estado que no fue cesado ni intervenido por la Junta Militar de 1973.

Con todo, el panorama que aquí se describe brevemente y en sus rasgos esenciales ha venido a tensionarse como efecto de las reformas orgánico-procesales de los últimos quince años. Tales reformas, iniciadas el año 2000 con la modificación del procedimiento penal, seguido por el de familia y luego por el laboral, marcaron en conjunto, el tránsito desde procedimientos escritos y de lato conocimiento a otros basados en los principios de concentración, oralidad con un sistema recursivo basado en nulidades de derecho altamente limitativo del control que sobre los jueces inferiores venía ejerciendo el sistema recursivo anterior (basado en el recurso de apelación o revisión de instancia).

A la par, se cuadruplicó el número de jueces de primer grado, se los avocó exclusivamente a labores jurisdiccionales (organizándose los tribunales de base con una administración profesional), generándose una incorporación de jueces jóvenes bien dispuestos al diálogo profesional y, una significativa parte de ellos, críticos del sistema a partir de la reflexión del juez en el estado democrático de derecho.

No ha sido extraño entonces que se iniciara un proceso interno de crítica al modelo de organización de la magistratura, impulsado por una tendencia interna denominada Jurisdicción y Democracia (J & D) que irrumpe en el año 2004.

Hecha una breve e indispensable caracterización de la organización judicial y recordando que no es posible separar la suerte de los jueces especializados del Trabajo con el resto de los jueces, se hace necesario, con todo, abordar las características de la jurisdicción laboral.

### ***Características de la Justicia Laboral del Chile***

La dictadura militar, una vez que hubo encontrado su matriz ideológica en lo económico (adhesión irrestricta a la escuela de Chicago de Milton Freedman) procedió a una deconstrucción normativa del Derecho del Trabajo y hacia 1979 un conjunto de Decretos Leyes configuraron el denominado *Plan laboral* que destruyó el derecho colectivo y desreguló buena parte de los derechos conquistados por largas luchas en el orden del contrato individual.

A tal llegó el extremo del dogmatismo del laboratorio neoliberal chileno que hacia 1980 se eliminaron los tribunales especiales del Trabajo, cuya existencia databa de 1932; un sistema de enjuiciamiento que había llegado a tener Cortes especializadas del Trabajo. La experiencia de la supresión fue tan desastrosa que la propia dictadura se vio obligada a echar pie atrás cinco años después y a restablecer los tribunales especiales del Trabajo, aunque en un número ínfimo. Las Cortes del Trabajo no volvieron a ver la luz jamás, lo que explica las limitaciones actuales que evidencia el sistema en cuanto a los déficit de especialización, que en rigor, hoy se presenta sólo en los tribunales de primer grado.

La transición política democrática iniciada en 1990 no alteró en esencia el diseño normativo basado en el paradigma neoliberal.

Las reformas intentadas han sido más exitosas en lo relativo a los procedimientos (2008) que al derecho sustantivo. Éste muestra un panorama en que se mantiene la hostilidad hacia el derecho colectivo (negociación colectiva permitida sólo a nivel de empresa, reglamentación asfixiante, posibilidad de reemplazo de trabajadores en huelga) y se avanza lentamente en el derecho individual.

La distribución de poder social desde la reforma a las relaciones de trabajo es un tabú para la ideología dominante y sólo por estos días parece abordarse en serio desde el poder ejecutivo una iniciativa de reforma a esas relaciones destinada a dar vigencia real a la autonomía colectiva y a las expresiones de la libertad sindical que la posibilita.

En fin, a modo de reflexiones finales, puede postularse que estamos en medio de un proceso o transición que parece tomar un impulso hacia cambios reales, aunque el optimismo ha de ser contenido.



Es posible sostener que en la tensión que antagoniza al modelo de carrera con sus múltiples formas de control, *versus* la independencia del juzgador, la visión monolítica que hace apenas una década parecía impenetrable, se resquebraja por la irrupción de una visión crítica y una propuesta alternativa de órgano autónomo y, progresivamente, se produce una evolución del perfil del juez chileno, coexistiendo junto al perfil tradicional que ya se describiera más arriba, otro que irrumpe y que reflexiona sistemáticamente sobre el rol de la función jurisdiccional en el sistema democrático y la necesidad de asegurar su independencia no como una prerrogativa personal, sino como un derecho de los justiciables para la aplicación del derecho vigente (único deber ser relevante de la función en el estado democrático).

# LA TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA EN EL PROCESO LABORAL CHILENO

*Paola Díaz Urtubia<sup>(1)</sup>*

**Resumo:** Este artigo sintetiza a tramitação eletrônica de processo laboral no Chile, País que não tem lei específica que o discipline. Ainda vigora o Código de Procedimento Civil de 1902. Isto não impediu a informatização do processo do trabalho, em que predomina a oralidade. O processo penal é totalmente informatizado e oral.

Foi suficiente introduzir apenas dois artigos no Código do Trabalho. “ACTA 91-2007 o AUTOACORDADO SOBRE PROCEDIMIENTO EN LOS TRIBUNALES QUE TRAMITAN CON CARPETA ELECTRONICA” do Tribunal Supremo, legitima os atos e procedimentos judiciais orais e seus registros por meio eletrônico que mereça fé e garantia fidelidade, conservação e reprodução do conteúdo. Se as partes solicitarem acesso ao processo, com exceção da audiências, se realizará por meio das eletrônicas que permita sua recepção, registro e controle. A segurança do sistema está confiada à Corporación Administrativa del Poder Judicial (CAPJ).

A normativa 91 do Supremo Tribunal é obrigatória e se fundamenta em dois princípios: a) de Eficacia (flexibilidade e adequação aos meios tecnológicos e as adaptações, conforme o caso e solicitação dos usuarios); b) Equivalencia de Soportes (assinatura eletrônica tem igual valor àquelas escritas em papel, incorporadas a um folder — la carpeta — eletrônico).

---

(1) Abogada de la Universidad de Chile, Jueza del Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago y Magíster en Derecho Laboral (MDL), Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, Chile.

Os atos, procedimentos, depoimentos, diálogos, provas de audiência são orais, com gravação sonora, permitido o registro em computador, mas proibido o uso de papel.

A reforma incluiu a alteração da estrutura orgânica dos tribunais, cuja direção é de competência de um colegiado de magistrados — “juzgados unipersonales de composición múltiple”. A administração, porém, fica a cargo de profissionais especialmente contratados, como engenheiros ou administrador público. Assim, os juízes se ocupam exclusivamente da prestação jurisdicional, o que viabilizou a admissão de maior número de magistrados do trabalho e a criação de juzgados de execução.

**Palavras-chave:** Chile; proceso; oralidade; registro eletrônico; segurança.

En Chile, a diferencia de Brasil, no existe propiamente un “*proceso electrónico*”, es decir, no hay una ley concreta que imponga o promueva una forma de tramitación diversa a la que ha regido desde 1902 con el Código de Procedimiento Civil (que propone un proceso predominantemente escrito y material), sin embargo, podemos afirmar que en el último tiempo, se ha facilitado la aplicación de la tecnología a la tramitación del proceso, desde la entrada en vigencia de las distintas reformas procesales que se han llevado a cabo en el país.

A modo de contexto, se debe señalar que el proceso laboral ha sido reformado recientemente y es la última — hasta ahora — de un grupo de reformas a la justicia chilena, que comenzaron con la Reforma al Sistema Procesal Penal, en el año 2000; luego la Reforma al Sistema Procesal de la Justicia de Familia, en el año 2005, y la Reforma Procesal Laboral que se implementó gradualmente en el país desde el año 2006 al 2008. Sabemos que se encuentra actualmente un proyecto en el Parlamento que propone una próxima Reforma al Sistema Procesal Civil, sin embargo se estima que aún faltan al menos 5 años entre su discusión e implementación, por lo que en la actualidad se mantiene vigente el Código de Procedimiento Civil de 1902, que es *supletorio*, incluso a las materias ya reformadas (como laboral y familia).

Todas las reformas que hemos referido han tenido como mínimo común denominador tres aspectos esenciales, a saber:

➤ **El cambio desde sistemas por expediente (o autos físicos) a sistemas “por audiencias”**

Esto quiere decir que se ha experimentado el paso de un sistema antiguo, totalmente escrito (con autos físicos) y en donde se identificaba el proceso con la materialidad del expediente, a uno “por audiencias”, en donde la materialidad de los autos no es importante ya que los asuntos relevantes son resueltos a través de un *método específico*: LA AUDIENCIA, en donde rige la inmediación entre las partes, las probanzas y el juez. La audiencia más importante del sistema es la *AUDIENCIA DE JUICIO ORAL*, la cual sólo se “registra” y no se identifica con ninguna materialidad.

➤ **El cambio en la estructura orgánica de los tribunales**

También las reformas procesales chilenas han tenido como objetivo clave la “modernización de la justicia”, cuestión que ha tenido relevancia a la hora de modificar la estructura administrativa de los órganos jurisdiccionales. De este modo, se han modernizado los tribunales chilenos, haciendo lugar a criterios de gestión y eficiencia. Cobra especial importancia el modo de optimización de los recursos destinados a la judicatura, de modo de aprovechar los espacios físicos y dotación funcionaria, anexándolos a un mayor número de jueces que resuelven en forma unipersonal. Este sistema que se ha denominado como “*juzgados unipersonales de composición múltiple*” ha variado de manera

importante la estructura de un tribunal que ya no se identifica con un solo juez que está a la cabeza, sino con varios jueces y en donde cobra importancia la figura del “Administrador del Tribunal” que asume toda la gestión del tribunal, liberando a los jueces de las labores administrativas que antiguamente lo distraían de su labor jurisdiccional. Se crea además un “comité de jueces” que revisa algunos aspectos comunes del Tribunal, y es presidido por un “Juez presidente” que tiene la supervigilancia de la labor administrativa que detenta el administrador, pero que ejerce su trabajo jurisdiccional de la misma manera que los restantes jueces del tribunal. En este sentido, se ha profesionalizado la gestión, ya que el Administrador del Tribunal debe ser un profesional del área de la Administración (normalmente un ingeniero o administrador público, con al menos 8 semestres de estudio) que tiene a cargo el personal del tribunal (a excepción de los jueces), personal que es dividido en unidades que son: administración de causas, administración de salas, servicios y atención de público. Cada unidad está a cargo también de un “jefe de unidad” que reporta directamente al Administrador. Todo esto, ha sido consagrado legalmente a través de una reforma al Código Orgánico de Tribunales.

Dentro de este cambio estructural, cabe hacer notar también que se amplió notablemente el número de jueces en el país. En el caso de la justicia laboral se trata del mayor aumento de jueces en la historia, con miras a una mayor especialización del área, aunque sólo alcanza al primer grado, ya que el Tribunal Superior no es especializado. Así de los 20 jueces que existían en Chile antes de la reforma hoy alcanzamos a *84 jueces titulares*, divididos en 26 tribunales a lo largo del país. Sólo en Santiago se aumentaron de 9 a 26 los jueces del Trabajo y en muchas ciudades de Chile en que antes no existía Tribunal del Trabajo, ahora lo hay.

Debe destacarse también, dentro del área laboral, la creación de Tribunales de ejecución en en las cuatro mayores jurisdicciones del país (Santiago, San Miguel, Valparaíso y Concepción), que han liberado a los tribunales declarativos de cada ciudad de la carga de la ejecución de las sentencias y de la cobranza previsional, aunque con resultados bastantes discutibles<sup>(2)</sup>.

#### ➤ **Aplicación de medios tecnológicos a la tramitación de las causas**

Por último, todas las reformas han concordado en modernizar la tramitación, motivando el uso de la tecnología, otorgando facilidades a los usuarios y cambiando totalmente los sistemas de registros del proceso, y con ello, la forma de que los jueces expidan sus resoluciones fuera de audiencia. Lo más curioso de este punto es que, como ya se adelantó, si bien existen disposiciones que en cada área facilitan y promueven la aplicación de medios tecnológicos al proceso, *no existe una ley que regule sistemáticamente*

---

(2) Para mayor información ver documento elaborado por el Instituto de Estudios Judiciales (IEJ), OIT, CEJA, 2013, denominado BASES PARA LA REFORMA AL SISTEMA DE EJECUCIÓN EN EL PROCESO LABORAL, informe ejecutivo. Disponible en: <[www.iej.cl/sitio/wp-content/uploads/2013/06/Reforma-Ejecución-Laboral.pdf](http://www.iej.cl/sitio/wp-content/uploads/2013/06/Reforma-Ejecución-Laboral.pdf)>.

*el tema ni tampoco se ha derogado la legislación anterior*, por lo que si bien se facilita el uso de tecnologías para los usuarios, no se puede impedir que los usuarios abogados no la utilicen y sigan realizando los actos procesales escritos como antes (aunque si se le exige a los jueces y funcionarios judiciales).

En el Código del Trabajo, existen dos normas que se refieren al tema de la tecnología en el proceso. La primera referida al modo de registrar el proceso (por la ausencia de soporte de papel) y la segunda referida a la flexibilidad para aceptar la realización de actos procesales por medios electrónicos. En efecto:

➤ **Art. 425: Registro del proceso**

“Las actuaciones realizadas oralmente serán registradas por cualquier medio apto para producir fe y que permita garantizar la fidelidad, conservación y reproducción de su contenido”.

➤ **Art. 433: Medios electrónicos**

“*Siempre que la parte lo solicite y el tribunal acceda a ello, las actuaciones procesales, a excepción de las audiencias, podrán realizarse por medios electrónicos que permitan su adecuada recepción, registro y control*”.

Obviamente las disposiciones recién transcritas no bastan para regular el grueso cambio en la tecnología aplicada al proceso con las reformas, que involucra sistemas informáticos nuevos y sistema de firma electrónica de las resoluciones. Todo esto ha sido solucionado normativamente por nuestro Tribunal Supremo a través de la llamada “ACTA 91-2007 o AUTOACORDADO SOBRE PROCEDIMIENTO EN LOS TRIBUNALES QUE TRAMITAN CON CARPETA ELECTRONICA” que se aplica solamente a los tribunales reformados.

Esta normativa, que es obligatoria para los Tribunales, se basa en dos principios centrales, a saber:

- **Principio de Eficacia:** que supone flexibilidad para establecer adecuadamente exigencias en relación a los medios tecnológicos y posibilidad de admitir modificaciones que los usuarios demanden si las circunstancias lo aconsejaren.
- **Principio de Equivalencia de Soportes:** que quiere significar que las actuaciones suscritas mediante firma electrónica serán válidas de la misma manera que lo son las expedidas por escrito y en soporte de papel, incorporados a la carpeta electrónica.

Sin perjuicio de la flexibilidad que se otorga a los usuarios, el acta impone un Sistema Informático obligatorio a utilizar por los tribunales del grado y prohíbe expre-

samente que se elabore un registro paralelo en papel. Del mismo modo, es obligatorio para jueces y funcionarios judiciales utilizar los dispositivos técnicos y de suscripción de documentos asignados en cada caso. La seguridad del sistema de soporte está confiado a la Corporación Administrativa del Poder Judicial (CAPJ) y no ha presentado mayores problemas.

El Acta-91 también regula las *comunicaciones por medios electrónicos* de los tribunales, en especial las cuentas de correo electrónico otorgadas a funcionarios y jueces, los exhortos vía electrónica (comunicaciones entre tribunales con relevancia en un proceso determinado) y la interconexión con instituciones, especialmente públicas, tales como el Servicio de Registro Civil.

Regula además el *Registro Digital de causas*, disponiendo que las actuaciones se agregan cronológicamente al proceso (en una carpeta electrónica) y respecto de los *documentos* se trata de evitar su acumulación, disponiendo su digitalización e incorporación al sistema Informático, pero sólo de aquellos que se consideran “necesarios”, ya que en los otros casos sólo se debe garantizar su conservación y acceso por un período que no puede ser superior a seis meses desde que la causa quedó ejecutoriada.

Respecto de la *Atención de público* el Acta-91 vuelve a insistir en que la entrega de información del estado de la causa es solamente a través del sistema informático. Para ello se puede consultar en un mesón de atención que se encuentra en cada tribunal o en módulos de autoconsulta que se encuentran a disposición de todos los usuarios. Ello sin perjuicio que cualquier persona puede acceder a la información de las causas desde un computador conectado a internet a través de la página web del poder judicial <[www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)>.

En el caso de que el usuario requiera copias de los registros de audios, el Acta-91 dispone que ello le será otorgado previa entrega de un soporte o unidad de almacenamiento electrónico (usualmente CD).

En cuanto a las solicitudes de las partes el documento (Acta-91) enfatiza y promueve la utilización de medios electrónicos (en especial correo electrónico y además a través de portal web), sin perjuicio que acepta que los usuarios utilicen el soporte de papel y lo hagan llegar físicamente al tribunal por medio del mesón de atención de público. En este último caso, sólo en horario de atención (de 8 a 14 hrs.) y el Tribunal asume el costo de digitalizar los escritos e ingresarlos al sistema informático, eliminando posteriormente el papel.

En cuanto al *registro de las audiencias*, este queda en audio anexo al sistema, sin perjuicio que se elabora un acta que resume las actuaciones que se realizaron. Esta acta tiene un modelo predeterminado por el sistema informático y se prohíbe expresamente la transcripción de las declaraciones de testigos, peritos o partes. Todo con la intención de no volver a un sistema escrito y no traicionar el modelo por audiencias.

El Acta 91-2007 rige en todo el país, sin embargo en cada Corte de Apelaciones, se puede regular el ingreso de causas. En Santiago rige para este efecto el *AUTOACORDADO SOBRE DISTRIBUCIÓN DE CAUSAS*, de fecha 24 de agosto de 2009 de la *CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO*. Éste regula el Ingreso de causas (demandas) entre el 1º y 2º Juzgado del trabajo de Santiago, en base a dos opciones del usuario:

- A través del Portal de internet del Poder Judicial
- Oficina de ingreso (material) de la Corte de Apelaciones.

Para el uso del Portal internet para presentación de demandadas y escritos, sólo se acepta el formato electrónico y el usuario deberá además suscribir previamente y por una sola vez un convenio y aceptar las condiciones de uso de la herramienta (se le otorga una clave de acceso).

### **Conclusión**

A modo de conclusión, se puede afirmar que en el proceso laboral Chile cuenta con grandes facilidades de acceso a la información y posibilidad de usar medios electrónicos para realizar actuaciones procesales fuera de audiencia, pese a lo singular que resulta que no exista una legislación clara y sistemática que le sirva de sustento. Es del todo cuestionable que el Tribunal Supremo regule aspectos que deben ser materias de ley y que incluso tácitamente modifican diversas disposiciones del Código de Procedimiento Civil que está en vigencia; sin embargo nadie ha cuestionado el valor de las actuaciones electrónicas y — por el contrario — los sistemas informáticos se han ganado la confianza de los usuarios, quienes han celebrado las facilidades para la tramitación.

Por otro lado el fácil y rápido acceso a la información de las causas laborales por medios electrónicos está disponible para toda la comunidad y ello aporta a la transparencia y al desarrollo de la disciplina por parte de académicos, estudiantes, etc.

No se han presentado mayores problemas técnicos y eso ha contribuido a la confianza en el sistema y a la poca resistencia de los usuarios. Además se destaca que los jueces hemos visto la agradable transformación de nuestro trabajo fuera de audiencia, el cual se realiza exclusivamente por medios electrónicos que puedes desplegarse desde cualquier computador conectado a internet, sin necesidad de permanecer físicamente en el despacho.



# O CONTEXTO INSTITUCIONAL DOS SISTEMAS JUDICIAIS LABORAIS NO BRASIL E NO CHILE

*Manoel Carlos Toledo Filho<sup>(1)</sup>*

**Resumo:** O presente trabalho realiza uma abordagem contextual dos sistemas procedimentais trabalhistas brasileiro e chileno, buscando identificar seus pontos ou características estruturais, inclusive naquilo que se refere à forma de organização das respectivas Justiças do Trabalho.

**Palavras-chave:** Processo Trabalhista, Direito Comparado, Justiça do Trabalho, Brasil, Chile.

---

(1) Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Desembargador do Trabalho. Membro do Conselho Consultivo da Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Professor convidado da Universidade Nacional de Córdoba, na República Argentina. Membro efetivo da *Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (AADTSS). Membro efetivo da *Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (AUDTSS). Membro honorário da *Asociación de Abogados Laboralistas del Paraguay*.

## 1. Introdução

O presente trabalho reproduz a exposição oral realizada pelo autor ao ensejo do 4º Seminário Internacional da Amatra XV, ocorrido em agosto de 2014 na cidade de Santiago do Chile.

Seu objetivo foi contextualizar a assistência acerca das características centrais ou estruturais dos sistemas judiciais do Brasil e do Chile, em ordem a facilitar a compreensão dos temas que viriam a ser desenvolvidos ao longo do evento por palestrantes destes dois países.

Atendendo ao natural caráter binacional da assistência, optou-se por fazer uma exposição em castelhano sobre o sistema brasileiro, dirigida aos participantes chilenos, e uma exposição em português sobre o sistema chileno, voltada para os assistentes brasileiros. Tal é, por conseguinte, o conteúdo que a seguir se reproduz:

## 2. El Sistema Judicial Laboral Brasileño

*La Justicia del Trabajo brasileña tiene carácter nacional o federal.* Es decir, sus instituciones poseen el mismo contenido en todo el territorio de la nación. Su presupuesto se programa también a nivel nacional. Las carreras de los jueces y de los empleados judiciales, si bien puedan estar sujetas a algunas variaciones de un lugar a otro de la Federación, tienen una estructura central común. Los jueces son admitidos mediante concurso público de pruebas y oposición. El cargo inicial en la carrera judicial es el cargo de “Juez Substituto” al cual se siguen, en orden jerárquica, los cargos de “Juez Titular”, “Desembargador” y “Ministro”.

Así como ocurre con la estructura administrativa judicial, el proceso laboral es previsto con *naturaleza nacional*. Eso significa que *existe un mismo procedimiento para todo el territorio de la nación*, lo que no impide, como es intuitivo, las naturales variaciones de interpretación entre los diversos órganos integrantes del sistema.

Los órganos judiciales laborales brasileños están divididos en tres niveles o categorías.

En la base del sistema están las llamadas “Varas do Trabalho”. Las Varas son juzgados unipersonales, que intentan la conciliación, reciben las pruebas documental y testimonial, y dictan sentencias tanto de fondo como de carácter meramente procesal. Sus decisiones pueden ser impugnadas a través del llamado “recurso ordinario”, que corresponde al recurso de apelación de los sistemas de procedimiento escrito. Según datos estadísticos consolidados hasta 31.12.2013, existen en Brasil 1.533 Varas del Trabajo, en las cuales trabajan 2.947 magistrados y 23.093 empleados judiciales (servidores).

En un grado intermediario se sitúan los “Tribunais Regionais do Trabalho”, órganos colegiados, cuyos magistrados integrantes poseen el título de “Desembargador”. Su tamaño depende de la dimensión socioeconómica del espacio geográfico que corresponda a su jurisdicción (la Región), que normalmente — pero no siempre — coincide con un Estado (Provincia) de la Federación brasileña. Hay 24 TRTs en el territorio de la República brasileña. El más grande es el de la 2ª Región, que corresponde a la ciudad de San Pablo y otras ciudades cercanas, con una composición de 94 *Desembargadores*. En líneas generales, su misión es resolver los recursos interpuestos contra las decisiones de las Varas do Trabalho, es decir, las apelaciones entabladas en contra a las sentencias dictadas por los órganos de primer grado.

El último nivel de la Justicia Laboral es ocupado por el Tribunal Superior del Trabajo (TST), que tiene su asiento en la ciudad de Brasilia. Sus magistrados tienen la denominación de “Ministros”. El TST está compuesto por 27 Ministros y tiene como *tarea principal* examinar el llamado “recurso de revista”, que es una figura muy similar al “recurso de casación” de los ordenamientos de lengua hispánica.

En lo que se refiere a la dimensión de la actuación de los órganos judiciales laborales brasileños, los datos pesquisados por el TST indican que, en el año de 2013, las Varas del Trabajo recibieron 2.349.843 nuevas demandas, es decir, un promedio de 1.532 *nuevos procesos* por cada Vara del Trabajo. Hubo cerca de 40% de *conciliaciones* obtenidas en el total de casos apreciados.

De las sentencias proferidas por las Varas del Trabajo en 2013, un promedio de 71% fueron impugnadas mediante recurso ordinario; y, de los fallos proferidos por los Tribunales Regionales, un promedio de 54% fueron impugnados mediante recurso para el Tribunal Superior del Trabajo.

Los tiempos promedios de duración de los procesos están como sigue:

Varas del Trabajo: 189 días (**6,3 meses**)

TRTs: 212 días (**7,06 meses**)

TST: 498 días (**16,6 meses**)

Fase de ejecución: 653 días (**21,7 meses**)

### 3. O Sistema Judicial Laboral Chileno

O Código do Trabalho Chileno possui uma estrutura bastante similar à da nossa CLT.

Assim, ele principia cuidando do direito material do trabalho, em sua parte individual e coletiva, passando ao depois para as normas relativas ao procedimento, onde igualmente se explicita a forma de organização dos órgãos da Justiça do Trabalho.

O art. 415 do Código do Trabalho chileno divide os Julgados (Varas) em 15 diferentes regiões. O total nacional de juízes do trabalho, em 2014, é de 84 magistrados, aos quais se somam 6 juízes com designação precária, atingindo-se assim um total de 90 magistrados laborais para todo o território da República Chilena.

A maior Região é a de Santiago, que conta com 34 juízes, sendo que, destes, 26 atuam especificamente na capital, e os demais em cidades circunvizinhas.

Os juízes da cidade de Santiago estão divididos em dois órgãos autônomos, com 13 juízes cada qual, denominados “Julgados Letrados do Trabalho”. Neles, os magistrados atuam de modo monocrático ou unipessoal, compartilhando, porém, uma estrutura administrativa que a todos é indistintamente comum. Seria, assim, em uma analogia com a realidade brasileira, como um Fórum Trabalhista com 13 juízes, onde existisse uma única Secretaria para todos. E, tal como se passa com os nossos Fóruns, os Julgados Letrados possuem um Diretor ou Presidente, designado em sistema de rodízio, que se responsabiliza pela supervisão geral da parte burocrática, cuja administração diária (aí incluídas a quantificação e a elaboração das pautas de audiências dos magistrados) é realizada por servidores especializados em tal mister.

Os procedimentos judiciais trabalhistas de maior incidência na rotina dos Julgados são o procedimento ordinário e o procedimento monitorio, na proporção de 50% cada um deles (considerado o número global de demandas propostas sob estes dois procedimentos). O procedimento monitorio, cujas características são similares ao procedimento monitorio previsto pelo CPC brasileiro, é destinado àquelas causas cujo valor não supere o importe aproximado de 4.000 dólares americanos, é dizer, às denominadas “causas de menor quantia”.

Quanto à movimentação processual, em Santiago, ingressam em média 714 novos processos por ano por Juiz, realizando-se cerca de 4 audiências diárias, com um índice de conciliação da ordem de 60%. O tempo médio de duração dos processos é de 60 dias.

O art. 416 do Código do Trabalho Chileno prevê, ainda, a existência de Julgados Especializados na etapa de execução das sentenças, inclusive no que se refere a temas pertinentes à Previdência Social. Em Santiago, existe um Julgado desta natureza, integrado por 6 juízes. A efetividade desta modalidade de órgão jurisdicional é discutível, até porque, no caso sempre emblemático de Santiago, a quantidade de serviço encaminhada ao Julgado de Execução é desproporcionalmente grande em comparação com a estrutura que se lhe destinou.

O principal ponto de interesse do procedimento laboral chileno é o seu sistema recursal. Com a reforma ocorrida em 2006, desapareceu o recurso de apelação tradicional, que foi substituído pelo *recurso de nulidade* (CT, arts. 477/478), que tem por conteúdo o exame de supostas infrações substanciais da Constituição ou da Lei, com a possibilidade de anulação do processo e/ou da sentença, ou sua substituição imediata pelo acórdão.

A rigor, portanto, não se rediscute ou se reexamina a matéria de fato debatida em primeira instância. Isso somente poderá ocorrer de *modo indireto*, caso a parte alegue ter se verificado uma potencial violação das regras da persuasão racional (“*sana critica*”), ou, em outras palavras, que se tenha dado uma avaliação absurda ou manifestamente inconsistente da prova produzida.

Quanto ao segundo grau de jurisdição, cabe assinalar que não existe especialização neste nível. Pode sim ocorrer de existir uma sala especializada em matéria laboral, sem que isto, contudo, signifique que os magistrados dela integrantes sejam juízes oriundos da magistratura trabalhista de primeiro grau. Vale dizer, a sala pode ser especializada, mas seus integrantes não necessariamente o serão.

Há 17 Tribunais de Apelação no Chile. Seus componentes possuem o título de Ministros. O Tribunal de Apelações de Santiago possui 11 salas com 03 Ministros cada uma. A sala 11ª é especializada em matéria laboral. A atribuição principal desta sala é proceder ao exame dos recursos de nulidade, dos quais menos de 1% logra obter provimento. O tempo de tramitação recursal é da ordem de 05 meses.

Acima dos Tribunais de Apelação está a Corte Suprema, composta por 21 Ministros. Possui esta Corte 04 salas, com cinco Ministros cada uma, e sua tarefa primordial é examinar o recurso de unificação de jurisprudência, é dizer, analisar decisões conflitantes provenientes de distintos Tribunais de Apelação.

Por fim, paralelamente à Corte Suprema está a Corte Constitucional Chilena, integrada por 10 Ministros com mandato de 9 anos, e que detém a prerrogativa de efetuar a interpretação de preceitos constitucionais.

## O PROCESSO DE NEGÓCIO

*Teresa Cristina Pedrasi<sup>(1)</sup>*

**Resumo:** Este artigo apresenta reflexões acerca do Projeto Judicial Eletrônico – PJE que é o grande salto de modernização na Justiça do Trabalho.

Não se resume à substituição do papel pela digitalização ou virtualização dos atos e procedimentos. Entretanto, o momento é de transição e a adaptação à realidade do processo virtual suscita dúvidas, debate e questionamentos. A sua implantação é inexorável e não há como ignorá-lo. Conhecer e compreendê-lo é necessidade urgente que se impõe a jurisdicionados, estudantes de direito, estagiários, advogados, procuradores, servidores e magistrados.

O tempo do processo passa a ser outro. Todos os dias e o dia todo, a parte terá acesso e os advogados, de qualquer lugar em que disponham de condições para utilizar um computador com acesso à Internet, poderão praticar atos no processo. A tendência é reduzir ao mínimo o “tempo morto” do processo. A experiência até aqui demonstrou maior celeridade com redução em cinco vezes a duração do processo; economia de tempo e custos financeiros; redução de espaços físicos para material de expediente e arquivos nas varas.

É urgente, porém, a formatação de muitos institutos processuais, a fim de adaptá-los à modalidade eletrônica, que, por ser óbvio, não foram concebidos para esta nova realidade. No presente artigo, enfrentam-se questões como a fluência de prazos sucessivos; a formação de instrumentos e autos

---

(1) Juíza do TRT da 15ª Região.

suplementares; o peticionamento eletrônico; a comunicação dos autos processuais; a falta de adequação para o exercício do *jus postulandi* direto pelas partes; as questões pertinentes à publicidade e à comunicação dos atos processuais; a especificidade do processo do trabalho, como processo de audiência.

Finalmente, destaca a dificuldade de prever como será o processo judicial nos próximos anos, ante a incessante evolução da tecnologia da informação e comunicação e que os usuários estejam preparados e abertos à nova realidade, sem esquecer o fim último do processo judicial, a efetiva prestação jurisdicional.

**Palavras-chave:** PJE; dúvidas; debates; questionamentos; transição; adaptação e adequação de institutos processuais.

**Definição:** é o conjunto de atividades que tem por objetivo transformar entradas, por meio procedimentais, em saídas (bens ou serviços) que serão entregues a clientes (CRUZ, 2004).

É possível enquadrar o processo judicial como um processo de negócio?

**PJE**

A Justiça do Trabalho passa, neste momento, por uma transformação histórica na qual o processo judicial trabalhista abandona o registro de seus atos em papel e entra na era digital do ciberespaço. A limitação de tempo e de espaço para a prática de atos processuais ganha novos contornos no mundo virtual. Realidades física e digital misturam-se nas telas dos computadores.

O projeto é inexorável e não há como ignorá-lo, esconder-se ou fingir que nada mudou. Saber e compreender a nova realidade do processo judicial eletrônico é uma necessidade urgente, que se impõe a jurisdicionados, estudantes de direito, estagiários, advogados, procuradores, servidores e magistrados.

O processo eletrônico apresenta vantagens e desvantagens em relação aos autos em meio físico que devem ser conhecidas, refletidas e debatidas pela comunidade jurídica. Além disso, possui particularidades que mudam procedimentos e rotinas há muito consolidadas.

Entendê-las é importante para o bom uso da nova ferramenta digital.

O processo eletrônico no Brasil surge com a Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006, buscando melhorar e agilizar a prestação jurisdicional então existente no país.

Segundo estudos do STF, cerca de 70% do tempo gasto na tramitação dos processos nos tribunais brasileiros corresponde à aposição de carimbos de juntadas, emissão de certidões, movimentações físicas de autos, entre outros. É o chamado “tempo morto” do processo. Com o desenvolvimento e implantação do processo eletrônico, este tempo tende a ser reduzido sistematicamente.

Abrindo um parêntese, quero fazer um depoimento pessoal a respeito:

O processo eletrônico foi instalado na Vara do Trabalho de Itatiba, onde atuo, em 7.11.2012. Optei por realizar algumas pautas de processos eletrônicos, mesclados com os físicos, a fim de observar o desenrolar das audiências nessa nova sistemática. Enfim, a audiência do processo de número 10001/12 ocorreu no dia 10.12.12 e a sentença foi publicada em 9.1.13. Interpostos Embargos de Declaração pela reclamada e Recurso Ordinário, por ambas as partes, em fevereiro de 2013, os autos estavam em termos para o segundo grau. Essa situação fática seria simplesmente inconcebível no mundo físico, por melhor organizada que fosse a Secretaria.

De acordo com dados do E. STF, o processo eletrônico acarreta, ainda uma economia financeira considerável, já que o custo de um processo físico de 20 folhas, computando-se papel, etiquetas, capa, tinta, grampos e clipes, gira em torno de R\$ 20,00 (vinte reais), ou seja, 20 milhões de processos que chegam a cada ano no Judiciário têm um custo material de R\$ 400 milhões. Isso sem se aferir o gasto de advogados e partes com deslocamentos, cópias, impressoras.



Segundo a mesma pesquisa, o ganho imediato para o cidadão e a velocidade do andamento do processo eletrônico é cinco vezes maior do que a do processo convencional de papel. Esse é um dado que precisa ser aferido com cautela. É certo que a capacidade de trabalho do servidor, magistrado, advogado e demais auxiliares não é ilimitada, logo, a despeito da eliminação do “tempo morto” do processo, não há como se superar essa limitação.

Assim, o processo eletrônico chegou ao judiciário trabalhista nacional e mudanças são necessárias.

A implementação do PJe acarreta uma mudança do modelo anteriormente adotado e conhecido, dos documentos físicos para o eletrônicos. Indubitavelmente, tal migração implica uma mudança de paradigma para os operadores do Direito.

Sendo assim, em se adotando uma tramitação integral por meios eletrônicos, os autos passam a ser intangíveis do ponto de vista físico, o que para os mais antigos seria impensável.

Em razão dessa peculiaridade, uma alteração física na estrutura das unidades judiciárias pode ser verificada de plano. Não haverá mais a necessidade de grandes espaços físicos a fim de albergar gigantesco volume de papel, servidores, material de expediente, processos arquivados, entre outros. Segundo dados do CNJ, cerca de 22% do espaço físico de uma Vara é destinado à guarda de processos arquivados.

Podemos perceber que não somente subsistem alterações formais, mas, também, de índole estrutural na tramitação dos procedimentos.

Ora, logo de início, verificamos que o processo eletrônico possui natureza ou característica ubíqua, o que não se verificava no processo físico. Estando integrado à rede mundial de computadores, encontra-se disponível 24 horas por dia, sete dias por semana, podendo ser acessado a qualquer momento, inclusive de forma simultânea. Eis aí uma primeira e marcante característica que o diferencia do processo físico.

Nesse sentido, destaca-se a lição do Ministro Cláudio Brandão:

*O sistema de processo eletrônico deve estar igualmente disponível para o público permanentemente, o que vai provocar uma sensível mudança na dimensão temporal do processo, antes vinculado aos dias e aos horários de funcionamento das unidades judiciárias (dias úteis e em horários de expediente, art. 770, CLT). O tempo do processo passa a ser outro. O novo modelo, todos os dias e o dia todo, a parte terá acesso e os advogados, de qualquer lugar em que disponham de condições para utilizar um computador com acesso à Internet, poderão praticar atos no processo. Sem dúvida que provocará uma substancial alteração na realidade dos fóruns. A ampla disponibilidade, portanto, é mais um dos princípios estruturantes do sistema. Isto se conclui pela circunstância de ser concebido em ambiente web e pela regra prevista no art. 14 da LPE, ao mencionar que os sistemas deverão estar acessíveis ininterruptamente*

*por meio da rede mundial de computadores, ao lado de haver estabelecido o conceito de horário útil para as 24 horas do dia (art. 10, § 1º) e derogar, neste aspecto, o disposto no art. 770, CLT, que o limitava às 20 h e aos dias úteis.*

Observamos, ainda, que os documentos deixam de ser físicos, passando a ser eletrônicos, o que acarreta grandes discussões quanto a sua validade, uma vez que os físicos podem ser compreendidos pelo ser humano pelo uso de seus próprios sentidos, enquanto os eletrônicos, não.

Esses argumentos caem por terra quando entendido o funcionamento do sistema eletrônico, no que tange à assinatura eletrônica, cujo tema, foge ao escopo da presente palestra.

É de fácil compreensão que toda essa sistematização confere segurança nas transações processuais, como na publicação de atos judiciais, em grau superior ao conferido pela assinatura física. O risco de adulteração é pequeno.

É certo, portanto, que o processo eletrônico faz com que alguns institutos processuais mereçam maior reflexão por parte da doutrina, enquanto outros deixam de ter relevância.

É relevante ressaltar que a instituição de meios não escritos para armazenagem dos elementos tangíveis do processo não é apenas uma alteração de ferramenta, mas sim uma verdadeira revolução no modo de estruturar a lógica no processo.

A despeito de, no transcorrer do tempo, haverem sido inseridas novas tecnologias aptas a agilizar a tramitação processual, tais como as máquinas de escrever, os microcomputadores, que embora tenham representado uma melhoria significativa nas rotinas empreendidas pelos servidores do Poder Judiciário, não houve uma alteração da estrutura básica do processo brasileiro.

A essência do trâmite processual continuara a mesma. A forma de conceber o processo não sofrera alteração.

Já com o processo eletrônico, extirpou-se a noção de autos físicos e talvez, essa seja a maior dificuldade encontrada por magistrados, advogados e servidores, já que algumas características do processo, mesmo sem que percebamos de forma adequada, têm sua existência vinculada, de forma essencial, às características tradicionais dos autos processuais.

Exemplifico:

— Juntada e desentranhamento de documentos e petições:

A inserção de peças aos autos sempre foi um ato solene e *documentado* (CPC, art. 168), muito embora se insira no âmbito dos atos ordinatórios passíveis de delegação

aos serventuários da Justiça (CF, art. 93, XIV; CPC, art. 162, § 4º). Da mesma forma, a extração ou desentranhamento de peças dos autos do processo apresenta-se como ato dotado de requisitos formais para sua integração (CPC, art. 195, § 2º; CLT, art. 780).

Tais disposições visam a garantir o contraditório e a ampla defesa.

Com efeito, o direito processual moderno consagrou a tese de restrição cognitiva ao conteúdo dos autos. Muito embora, modernamente, esse princípio sofra limitações, é fato que a atuação jurisdicional, em regra, limita-se ao conteúdo explicitamente existente no caderno processual.

O aporte de documentos aos autos, entretanto, não é automático, dependendo da atuação de um serviço de protocolo individual de cada unidade jurisdicional ou centralizado. Assim, verifica-se um lapso temporal que pode ser considerável, entre o protocolo e a efetiva chegada dos documentos aos autos. Ademais, todos aqui já tiveram conhecimento de petições que, embora corretamente protocoladas, jamais chegaram aos autos, seja por extravio junto ao protocolo, seja junto à Secretaria, por inúmeras razões.

No processo eletrônico, o ato de anexar documentos aos autos prescinde de maior formalidade. A mera transmissão eletrônica do documento já implica sua “juntada” aos autos, somente podendo ser excluído, mediante determinação e ato exclusivo do juiz. (lixeira). Essa particularidade, no cotidiano de um órgão do Judiciário, economiza um tempo valioso, possibilitando que os servidores foquem seus esforços em tarefas outras, direcionadas à prestação jurisdicional especificamente.

De idêntica forma, no tocante ao desentranhamento de documentos, uma vez que não se verifica a necessidade de certidões e retirada física daqueles considerados imperinentes seja por que motivo for. O simples encaminhamento dos mesmos a uma “lixeira eletrônica”, já os retira virtualmente do processo.

Vê-se da redação acima transcrita que o processo eletrônico permite o *contato direto* dos litigantes com os autos processuais, tendo em vista a juntada coincidir com a protocolização das petições perante o Poder Judiciário. Nesse sentido, nos autos eletrônicos, a juntada deixa de ser ato do serventuário, relegando-se aos litigantes a operação de inserção de novos elementos processuais.

Desaparece, portanto, o hiato entre a protocolização dos documentos e sua efetiva juntada aos autos.

Aflora aí uma verdadeira interação direta dos litigantes com os autos, situação inexistente na realidade anterior, onde a juntada significava o ato de inserção formal de novos elementos no processo. Da mesma forma, no tocante à atuação, agora delegada ao autor que insere no sistema, por um cadastro detalhado, um novo processo.

A análise de tais características, mesmo que de forma sucinta, demonstra que a adoção dos autos eletrônicos não significa apenas uma facilitação tecnológica de manuseio dos elementos processuais, mas sim uma modificação ontológica nos fundamentos procedimentais até então vigentes. Como as características dos autos tradicionais acabaram por influenciar, como expusemos anteriormente, a formatação de muitos institutos processuais, a adoção da modalidade eletrônica também influenciará a tessitura dos novos institutos, conforme veremos adiante.

Embora o marco normativo regulatório do processo eletrônico seja do ano de 2006, é certo que há um longo caminho no sentido de massificar essa forma de gestão dos atos processuais.

Nesse sentido, as influências não apenas extrínsecas, mas também fundamentais na construção da realidade processual. Uma dessas influências reflete-se na concepção dos autos processuais, que agora passam a ser intangíveis, atemporais e ubíquos.

As mudanças dessas características fundamentais, portanto, impossibilitarão qualquer tentativa de *adaptar* os institutos processuais construídos em função de autos tradicionais para a realidade do processo eletrônico. Urge, portanto, que sejam reconstruídos os institutos processuais, à luz das características fundamentais dos autos eletrônicos.

— Fluência de prazos sucessivos:

No que se refere aos prazos processuais, para pôr fim à falta de uniformidade entre os tribunais, a Lei n. 11.419/06, em seu art. 3º, estabeleceu que devem ser consideradas tempestivas as petições transmitidas até as 24 (vinte e quatro) horas do último dia do prazo. Isso significa que os usuários do sistema não precisarão mais se ater ao horário de funcionamento dos tribunais ou ao horário estabelecido pelos mesmos para peticionamento. Logo, nessa sistemática, os atos processuais serão considerados realizados no dia e na hora do seu envio. Como prova da operação realizada será enviado ao remetente um protocolo eletrônico onde constarão todos os referidos dados.

Quanto à possibilidade de o sistema ficar indisponível, a lei dispõe de uma prorrogação do prazo para o primeiro dia útil subsequente a fim de evitar qualquer prejuízo às partes.

Outro instituto que merece destaque é o de prazos sucessivos ou em dobro. Muito se tem debatido nas listas de discussão do processo eletrônico sobre a subsistência ou não desse instituto, ou seja, se a implantação do processo eletrônico implicou a derrogação da norma que o instituiu.

Em verdade, os prazos guardam correlação com as características dos procedimentos até então conhecidos por nós. Como já dito, os autos eletrônicos são dotados da característica da ubiquidade e como tal se encontram disponíveis o tempo todo, a todos os

envolvidos, mesmo simultaneamente. Desta feita, a meu ver, não verifico a finalidade útil do instituto em questão. Se as partes não possuem qualquer restrição de acessibilidade ao seu integral conteúdo, não vislumbro a necessidade de sua concessão.

Conforme afirmado anteriormente, a fluência dos prazos processuais guarda uma estreita ligação com as características dos autos. Tradicionalmente, a possibilidade de acessos aos autos determinava a modalidade de prazos concedidos aos litigantes, à medida que, havendo necessidade de consulta, a solução justa seria a retenção na Secretaria. O processo do trabalho não dispõe de regra específica para o tema, mas, em se tratando de prazos comuns, os autos permanecem indisponíveis para os litigantes, quanto à sua retirada da Secretaria.

Nesse sentido, há determinadas situações preconizadas na norma jurídica (CLT, art. 879, § 2º), ou determinadas pelo Juiz em vista da particularidade do caso (CPC, art. 177), nas quais os prazos são concedidos para ambas as partes, todavia, de forma sucessiva. Isso significa dizer que, embora se atribua a ambos os litigantes a prática do mesmo ato processual, os prazos fluíram em momentos distintos. Obviamente, essa compartimentalização dos prazos ocorre em razão da necessidade de consulta e acesso aos autos do processo. Ora, se as partes pudessem consultar de forma simultânea o conteúdo dos autos, desapareceria a única justificativa plausível para a concessão dos chamados prazos sucessivos.

Tomemos como exemplo o já citado § 2º do art. 879 da CLT, que preconiza a possibilidade de o Juiz conceder *prazo sucessivo* de dez dias para os litigantes se pronunciarem sobre a conta homologada pelo Juízo.

Essa flexibilização, entretanto, não desnatura o conteúdo principal da regra, ou seja, a indisponibilidade dos autos no caso de prazos comuns. Caso os litigantes tivessem amplo e irrestrito acesso aos autos do processo, desapareceria a justificativa fundamental para a concessão sucessiva de prazos.

O raciocínio utilizado para a hipótese acima tratada pode ser ampliado para outras situações típicas do cotidiano forense, que recomendariam a concessão de prazos sucessivos, como a oportunização dos litigantes para falar sobre a juntada recíproca de documentos, a vista de laudo pericial apresentado, entre outras situações típicas.

A realidade dos autos eletrônicos traz consequências diretas nesse caso, pois desaparece o problema de acessibilidade, tendo em vista a característica fundamental da ubiquidade do processo eletrônico. Ora, se nessa modalidade de tramitação os litigantes têm amplo e irrestrito acesso às informações processuais, desaparecerá, por completo, a exigência de ordem fática relacionada à concessão de prazos sucessivos.

Mesmo diante de regra legal preconizada pela CLT, art. 879, § 2º, a implantação do processo eletrônico, por representar um novo paradigma de estruturação procedimental,

significa a completa eliminação dos prazos sucessivos. Essa adequação não decorre de razões estritamente teleológicas, mas também constitucionais. Com efeito, a concessão de prazo sucessivo, no âmbito do processo eletrônico, implica no oferecimento de um tratamento privilegiado a outro segundo litigante beneficiário do prazo, pois, tendo acesso irrestrito aos autos processuais, disporá de mais prazo para a prática do mesmo ato determinado pelo Juiz. Essa esdrúxula situação afronta o próprio princípio do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV), pois imporá um tratamento nitidamente privilegiado para uma das partes.

— Da formação de instrumentos e autos suplementares:

Os autos processuais físicos são únicos. Assim, quando a atividade jurisdicional ultrapassa os limites de um único órgão jurisdicional, cria-se a necessidade de reprodução, ainda que parcial, do conteúdo do caderno processual. Verifica-se tal situação em casos de execução provisória, agravos de instrumento, agravo de petição, expedição de carta precatória.

No caso dos autos eletrônicos, revela-se a característica da aterritorialidade, já que disponíveis junto à rede mundial de computadores.

Nesse sentido, o peticionamento dos litigantes se opera de maneira direta, mediante a utilização da rede mundial de computadores, conforme preceitua a Lei n. 11.419/2006, art. 10, *verbis*:

*Art. 10. A distribuição da petição inicial e a juntada da contestação, dos recursos e das petições em geral, todos em formato digital, nos autos de processo eletrônico, podem ser feitas diretamente pelos advogados públicos e privados, sem necessidade da intervenção do cartório ou secretaria judicial, situação em que a autuação deverá se dar de forma automática, fornecendo-se recibo eletrônico de protocolo.*

*§ 1º Quando o ato processual tiver que ser praticado em determinado prazo, por meio de petição eletrônica, serão considerados tempestivos os efetivados até as 24 (vinte e quatro) horas do último dia.*

*§ 2º No caso do § 1º deste artigo, se o Sistema do Poder Judiciário se tornar indisponível por motivo técnico, o prazo fica automaticamente prorrogado para o primeiro dia útil seguinte à resolução do problema.*

*§ 3º Os órgãos do Poder Judiciário deverão manter equipamentos de digitalização e de acesso à rede mundial de computadores à disposição dos interessados para distribuição de peças processuais.*

Logo, quando são formados autos suplementares, carta de sentenças e instrumentos, o objetivo central é possibilitar o manuseio simultâneo das informações necessárias à prestação jurisdicional.

Obviamente, a institucionalização do processo eletrônico implica em severas mudanças nesse particular, pois desaparece, por completo, o problema de acesso aos autos. Com efeito, a característica ubíqua dessa modalidade de autos permite, conforme dito anteriormente, o acesso simultâneo do seu conteúdo pelos litigantes e órgãos jurisdicionais diversos, sem qualquer tipo de limitação. Dentro dessa visão de racionalidade e lógica, é possível afirmar a absoluta incompatibilidade do instituto dos autos suplementares e da carta de sentença na realidade do processo eletrônico.

Ora, na execução provisória do julgado e no cumprimento da parcela incontroversa na pendência de agravo de petição, a possibilidade de acesso aos autos eletrônicos, a partir de qualquer equipamento sugere a óbvia e inevitável desnecessidade de replicar o conteúdo do caderno eletrônico. É suficiente, apenas, a viabilização do manuseio simultâneo dos documentos e atos processuais, medida meramente burocrática de gestão do sistema de informática jurisdicional.

Mais incisiva, entretanto, é a alteração relacionada ao agravo de instrumento. Conforme dito anteriormente, o nosso arcabouço normativo e jurisprudencial é extremamente rigoroso na exigência de formação do agravo de instrumento. Aliás, é característica marcante no processo do trabalho a impossibilidade de saneamento posterior na formação do instrumento (CLT, art. 897, § 5º), levando o agravante a redobrar a atenção no traslado das peças, sob pena de não obter a prestação jurisdicional pugnada.

Se em um primeiro momento as exigências relativas à formação do instrumento se apresentam excessivamente rigorosas, pelos menos existe uma justificativa plausível, ou seja, a existência de elementos necessários para o julgamento do recurso principal trancado. A adoção da tramitação processual eletrônica, entretanto, faz desaparecer essa necessidade, na medida em que as características dos autos eletrônicos, conforme insistentemente temos afirmado, pressupõe o acesso integral, irrestrito e atemporal dos atos processuais.

Esses exemplos demonstram, de forma clara e inequívoca, que a interposição do agravo de instrumento é muito mais uma questão de forma do que de mérito.

O art. 897 da CLT apresenta-se absolutamente incompatível com a realidade do processo eletrônico, bastando ao agravante protocolizar a petição recursal respectiva. A partir desse momento, é responsabilidade do sistema informatizado de gestão processual o registro e o andamento respectivo dos autos, tendo em vista a ampla disponibilidade dos termos processuais e documentos.

— Peticionamento eletrônico:

Inovação que veio a facilitar o trabalho do advogado foi o peticionamento exclusivamente eletrônico. Deixam de ter validade peças processuais transmitidas por meio de edoc, fax, encaminhadas fisicamente. O advogado pode peticionar de qualquer lugar

desde que possua acesso à Internet. Desaparece a necessidade de deslocamento físico o que em grandes centros dificulta, em muito, a vida do advogado.

— Comunicação dos atos processuais:

Outra novidade também contemplada pela lei da informatização do processo é a comunicação dos atos processuais por meio eletrônico, que pode ser feita por dois meios: pelo Diário de Justiça eletrônico ou pelo portal próprio do órgão judicial.

Note-se que a lei, em seu art. 4º, faculta aos tribunais a criação de um Diário de Justiça eletrônico; no entanto, a partir da sua criação, a publicação eletrônica substitui qualquer outro meio legal de publicação, com exceção apenas dos casos em que exijam intimação ou vista pessoal.

Com a criação do Diário da Justiça na modalidade eletrônica, a data da publicação será considerada como o primeiro dia útil depois da informação ficar disponível, iniciando-se a contagem do prazo no primeiro dia útil depois da publicação.

O advogado que possuir assinatura eletrônica pode, no entanto, optar pela intimação *on-line*, na forma do art. 5º da Lei n. 11.419/06, o qual passará a receber as intimações pelo portal próprio do órgão judicial, dispensando-se a publicação no Diário da Justiça.

Nesse caso, a contagem do prazo inicia-se no dia em que o intimado realizar a consulta eletrônica sobre o teor da intimação, se for dia útil; caso contrário, a intimação considerar-se-á realizada no primeiro dia útil subsequente. Na hipótese de o advogado não realizar a consulta em até 10 (dez) dias corridos contados da data do envio da intimação, esta se considerará realizada na data do término desse prazo.

Impende destacar que a lei considera como pessoais as intimações feitas na forma de consulta do portal, inclusive quando for parte a Fazenda Pública.

Quanto às citações, o art. 6º exclui a via eletrônica desde logo, quando se tratar de matéria penal. Nas demais esferas, o texto prevê a possibilidade, desde que a integralidade dos autos seja acessível ao réu.

— Publicidade dos atos processuais:

A publicidade dos atos processuais é uma das questões que tendem a apresentar ainda grandes discussões. A redação do § 6º, do art. 11, da Lei n. 11.419/06, estabelece que os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de Justiça.



De um lado, o Código de Processo Civil preconiza, em seu art. 155, parágrafo único, que o direito de consultar os autos e pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. Por outro lado, o art. 7º da Lei n. 8.906/94, em seu inciso XIII, enumera como direito do advogado examinar em qualquer órgão do Poder Judiciário autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estiverem sob sigilo, sendo-lhes assegurada a obtenção de cópias.

Aos olhos da Lei n. 11.419/06, o princípio da intimidade deve ser resguardado de forma a evitar que as informações contidas no processo eletrônico sejam acessadas por qualquer pessoa, podendo provocar sérios prejuízos à parte. Todavia, importante levar em consideração o sistema de hierarquia das leis, eis que a Lei n. 8.906/94 possui natureza especial e posterior ao CPC. Os benefícios trazidos pelo processo virtual, principalmente os da celeridade e da economia processual, por maiores que sejam, não podem suprimir os direitos adquiridos pela classe e assegurados por lei.

Isso não significa que se poderá peticionar em qualquer processo ou que os dados das partes deverão ficar expostos em rede mundial. Somos opinantes pela disponibilidade dos autos, apenas para consulta, aos advogados credenciados no respectivo órgão judicial que tiverem seu *login* e senha de acesso. O que se pretende é que permaneça assegurada a prerrogativa conquistada, como ocorria com os processos físicos.

— Especificidades do processo do trabalho:

De acordo com a regulamentação em vigor, os advogados credenciados devem apresentar as contestações eletrônicas e documentos antes da realização da audiência, sem que isso desonere o seu comparecimento a ela. Permanece, como não poderia deixar de ser, a possibilidade de apresentação de defesa oral, nos termos do art. 847 da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Nessa situação, alguns juízes têm concedido prazo para a juntada de documentos e, se for o caso, de credenciamento e de habilitação do advogado no PJe.

A vedação da juntada em audiência da defesa eletrônica e de documentos decorre, principalmente, da economia do tempo a ser destinado a essa tarefa e da política de segurança da informação dos tribunais.

Considerando-se a atuação direta entre os atores do processo, a simples transmissão da peça contestatória já a anexa ao processo, disponibilizando-a, se não atribuído eventual sigilo, imediatamente à parte contrária. Para muitos, essa prática poderá dificultar as propostas de conciliação levadas a efeito pelo magistrado ou até mesmo diretamente entre as partes.

Ademais, um outro ponto de destaque é a possibilidade de aditamento ou emenda à inicial. Trantando-se de autos físicos, até mesmo quando aberta a audiência e ainda

não recebida a defesa, é possível a inclusão de novos pedidos, alteração de fatos e fundamentos da exordial.

Como proceder, então, no caso de autos eletrônicos, quando a defesa já se encontra nos autos? O autor contará com a mesma prerrogativa? Aplicar-se-á o previsto para o Processo Civil no tocante à possibilidade de aditamento ou emenda? Tais questões estão sendo amplamente debatidas nacionalmente, mas, ainda, não há uma jurisprudência sobre o tema. Aliá é bom esclarecer que as primeiras jurisprudências serão criadas por magistrados afetos à cultura do papel, do folhar os autos, que foram tardiamente abarcados pela realidade eletrônica. Com o transcorrer do tempo e a estabilização, uma reforma legislativa será necessária.

— *Jus postulandi*:

Contudo, alguns questionamentos emergem no caso da efetivação do processo de forma exclusivamente eletrônica, uma vez que possui peculiaridades não encontradas nas demais esferas do Judiciário, como é o caso do *ius postulandi*, prerrogativa prevista em lei à parte que deseja postular em Juízo sem o auxílio de advogados, nas instâncias ordinárias.

As barreiras com que porventura podem se deparar o trabalhador, ou mesmo o empregador, em face da implantação exclusiva de métodos eletrônicos para impulso ao processo judicial, são as indagações trazidas no presente artigo. Tais métodos, em vez de possibilitar o acesso à Justiça, podem causar um obstáculo intransponível para aqueles que desejam fazer uso de seu *ius postulandi*.

Na hipótese de a parte pretender postular em Juízo sozinha, o CSJT entendeu que o serventuário da Justiça deve reduzir a termo o requerimento e digitalizá-lo. Contudo, a prática do cotidiano já demonstra os percalços decorrentes da inovação tecnológica implantada que devem ser transpostos.

Entretanto, com a implementação do PJe-JT, esse instituto pode ficar comprometido —, à medida que a redução a termo será realizada pelos serventuários e alocada em algum ponto cibernético do mundo digitalizado, uma dimensão por vezes intangível para muitos cidadãos.

Muitas são as questões que diuturnamente surgem em virtude da implantação das unidades judiciárias.

Na 15ª Região, a partir de 2.7.14, todas as Varas do Trabalho e postos avançados estão integrados ao PJE e, desta feita, inúmeras dificuldades e questões são diariamente enfrentadas por juizes, servidores, partes e advogados, que vão desde a estabilidade da conexão de internet, até bloqueio de certificação digital, travamento do sistema.

Em suma, o avanço foi grande, mas a adaptação e aprimoramento do sistema ainda devem demorar um tempo razoável, mormente, pelo constante desenvolvimento do sistema PJe.

Não podemos olvidar, todavia, que a principal mudança é a cultural. Não há como prever como estará o processo judicial nos próximos anos, diante da revolução tecnológica existente. Todavia é importante que os usuários estejam preparados e abertos a essa nova realidade, a essa forma de pensar diferente o processo, sem esquecermos de que antes do sistema está o processo, destinado a solucionar a controvérsia posta à apreciação do Poder Judiciário.

# TERCEIRIZAÇÃO EM PAUTA

*Marcio Pochmann<sup>(1)</sup>*

**Resumo:** O presente artigo traça um panorama histórico do fenômeno da terceirização no Brasil, com ênfase em sua perspectiva econômica estrutural.

**Palavras-chave:** Terceirização; Economia; Postos de Trabalho; Geração de Empregos; Redução de Custos e Salários.

---

(1) Professor do Instituto de Economia e pesquisador do Centro de Estudos Sindicais e de Economia do Trabalho da Universidade Estadual de Campinas.

Na passagem para o século 21, as atividades empresariais no conjunto das economias capitalistas sofreram modificações extremamente profundas. Por um lado, a ascensão japonesa por meio da organização da produção e trabalho em novas bases, representada pela reinvenção da competitividade toytista e da empresa enxuta, colocaram à margem os custos de estocagem estabelecidos pela antiga modalidade fordista estadunidense. A grande empresa reestruturou o conjunto de seus fornecedores para operar articulada e flexivelmente com o ritmo de produção e as necessidades de externalização de partes do processo de produção e distribuição de bens e serviços.

Por outro lado, o avanço na onda de inovação técnica permitiu que as tecnologias de informação e comunicação (TICs) alargassem ainda mais o enraizamento da produção global por intermédio das empresas operando sistematicamente em rede, isto é, um conjunto de empresas filiadas que se articulam em termos mundiais às decisões de produção determinadas pela centralização da empresa matriz. Nesse sentido, uma mercadoria global passou a ser produzida com partes padronizadas advindas de diferentes países e regiões do mundo.

O objetivo da redução dos custos de produção esteve sempre orientado fundamentalmente pela ampliação dos ganhos de produtividade motivados pela onda de inovação tecnológica e organizacional da empresa. A flexibilidade para contratar tornou-se o imperativo da concentração de resultados e de socialização dos prejuízos impulsionados pela reestruturação empresarial.

No Brasil, a onda empresarial reestruturante apresentou-se já na década de 1980, mas foi, por várias razões, sendo postergada, quando não desviada de suas finalidades originais e comparáveis à realidade dos países desenvolvidos. A terceirização foi o fenômeno que ganhou maior evidência, sobretudo a partir dos anos 1990, com o movimento de abertura comercial e da desregulação dos contratos de trabalho.

Também a estabilidade monetária alcançada a partir de 1994 expressou a prevalência de um ambiente competitivo não isonômico às empresas e trabalhadores brasileiros. Diante da prevalência do baixo dinamismo econômico forçada por taxa de câmbio valorizada e altos juros, os trabalhadores terminaram sendo os mais fortemente atingidos, com desemprego crescente e ofertas precárias de trabalho.

Atualmente, o trabalho terceirizado perde importância relativa em relação ao total do emprego formal gerado no Brasil, embora seja crescente a sua expansão absoluta em termos de empregos formais gerados. Por serem postos de trabalho de menor remuneração e maior descontinuidade contratual, os empregos terceirizados atendem fundamentalmente à mão de obra de salário de base.

Dessa forma, as ocupações criadas em torno do processo de terceirização do trabalho tendem a se concentrar na base da pirâmide social brasileira. O uso da terceirização

da mão de obra tem se expandido fundamentalmente pelo setor de serviços, embora esteja presente em todos os ramos do setor produtivo.

No estado de São Paulo, por exemplo, 49,5% do total das empresas de terceirização encontram-se situadas no setor de Serviços Auxiliares de Atividades Econômicas. Em seguida, destacam-se as empresas de terceirização relacionadas a outros setores, sendo importante mencionar o de Limpeza e Conservação (7,4%) e Administração e Locação de Imóveis (6,1%). Em 1985, as empresas de terceirização de mão de obra associadas aos Serviços Auxiliares de Atividades Econômicas representavam 33,1% do total das firmas em operação no estado de São Paulo.

Em geral, observa-se a existência de quatro modalidades empresariais distintas de terceirizada da mão de obra. A primeira observada ainda durante a década de 1980, quando se expressou o movimento de focalização empresarial das atividades especializadas. Em geral, tratou-se da terceirização da mão de obra correspondente à externalização das partes das atividades que anteriormente eram realizadas internamente, sobretudo nas grandes empresas privadas estrangeiras. Com a incorporação de novos métodos de organização da produção e gestão da força de trabalho adotada originalmente nas economias desenvolvidas permitiu que a taxa de terceirização fosse crescente. Entre 1985 e 1990, por exemplo, a taxa de terceirização do emprego formal no estado de São Paulo passou de 11,7% para 58,2% do saldo líquido das ocupações geradas a cada ano.

Com a recessão econômica no início dos anos 1990, concomitante com os fracassos dos planos de estabilização monetária e abertura comercial, a dinâmica da terceirização da mão de obra como mecanismo de modernização das grandes empresas perdeu sentido. O corte generalizado do emprego num contexto de altas taxas de inflação permitiu ao setor patronal encontrar ajustes de custos alternativos à terceirização de mão de obra. Entre 1990 e 1995, por exemplo, a taxa de terceirização no estado de São Paulo decresceu de 58,2% para 8,9% do saldo total líquido de postos de trabalho formais abertos.

Ademais da estabilização monetária, a partir do Plano Real, com impacto inegável na redefinição da estrutura de preços e competição no interior do setor produtivo, teve importância o Enunciado n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que definiu os setores cabíveis da terceirização da mão de obra, e concedeu segurança jurídica às empresas. Em virtude disso, a trajetória da contratação de empregados formais entrou na sua terceira dinâmica. Por consequência, a taxa de terceirização registrou elevação inédita, passando de 8,9% a 97,6% do saldo líquido dos empregos gerados no estado de São Paulo entre 1995 e 2002.

Dessa forma, o movimento de terceirização da mão de obra que até então se encontrava relacionado ao interesse das grandes corporações transnacionais passou a ser difundido ao conjunto das empresas em operação no Brasil. Pelas condições da estabilidade monetária, alcançada com altas taxas de juros reais e valorização do real, as con-

dições de competição interempresarial tornaram-se mais acirradas. A redução do custo do emprego da força de trabalho estimulou o crescimento da terceirização, inclusive no aparecimento de empresas sem empregados.

A quarta dinâmica na trajetória da contratação de empregos formais ganhou importância desde o início da década de 2000, com a queda na taxa de terceirização. Entre 2000 e 2010, a taxa de terceirização passou de 97,6% para 13,6% do saldo líquido de empregos formais constituído no estado de São Paulo.

Diante destas distintas modalidades empresariais de terceirização de mão de obra, destacam-se alguns dos principais impactos gerados no emprego da mão de obra. Inicialmente, a presença de forte rotatividade no emprego da mão de obra, cuja taxa chega a ser duas vezes maior à praticada ao trabalhador não terceirizado. Na sequência, o pagamento de remuneração ao trabalhador terceirizado que representa, em média, a metade da mesma função exercida por trabalhador não terceirizado.

Nesse sentido, constata-se também que parcela importante de contribuição ao crescimento do universo de empresas de terceirização se deveu ao aparecimento das firmas sem empregados. Concomitante, assistiu-se à elevação da participação relativa dos trabalhadores com maior escolaridade e redução do peso feminino do total da ocupação terceirizada.

Por fim, a distinção entre terceirização da mão de obra entre setores privado e público: este contrata, em geral, serviços de terceirização cujo valor supera em muito o pagamento do servidor ativo, embora o empregado terceirizado receba 1/3, quando muito na mesma função anteriormente exercida por funcionário não terceirizado. Muitas vezes, a terceirização no setor público termina por responder à regra geral de empregos estáveis ao conjunto dos servidores, especialmente nos postos mais simples da administração.

# UNA VISIÓN DE LA JUSTICIA LABORAL EN EL PERÚ

*Javier Arévalo Vela<sup>(1)</sup>*

**Resumo:** O presente trabalho aborda a forma de organização da Justiça do Trabalho peruana, explicitando sua estrutura e características principais.

**Palavras-chave:** Justiça do Trabalho, Processo do Trabalho, Independência Judicial, Peru.

---

(1) Juez Supremo Titular, Presidente de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Magíster en Derecho y Profesor Principal de la Academia de la Magistratura.  
E-mail: <arevalovela@yahoo.es>.



### **1. *Autonomía e independencia***

Desde la realidad peruana encontramos que en principio por mandato del inciso 1, del artículo 139º de la Constitución, no existe una jurisdicción laboral independiente del Poder Judicial; sino que la justicia del trabajo forma parte integrante del Poder Judicial. Estos órganos especializados administran justicia en materia laboral en distintas instancias, respetando los principios y garantías consagrados en la Constitución, en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la Ley de la Carrera Judicial y demás normas vigentes del ordenamiento jurídico peruano.

Actualmente en el Perú existen 3 Salas de la Corte Suprema que administran justicia en materia laboral, 23 Salas Superiores en lo Laboral de segunda instancia y 158 Juzgados Especializados de Trabajo.

La independencia de los jueces peruanos, incluidos los laborales, se encuentra garantizada no solo por inciso 2 del artículo 139º de la Constitución que reconoce la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, sino sobre todo por la forma como son nombrados y removidos los miembros del Poder Judicial, sin ninguna intervención del Poder Ejecutivo ni del Poder Legislativo, pues en el Perú de acuerdo con el artículo 154 de la Constitución, el órgano que se encarga de la selección y nombramiento de los jueces, así como su ratificación y destitución es el Consejo Nacional de la Magistratura (CNM).

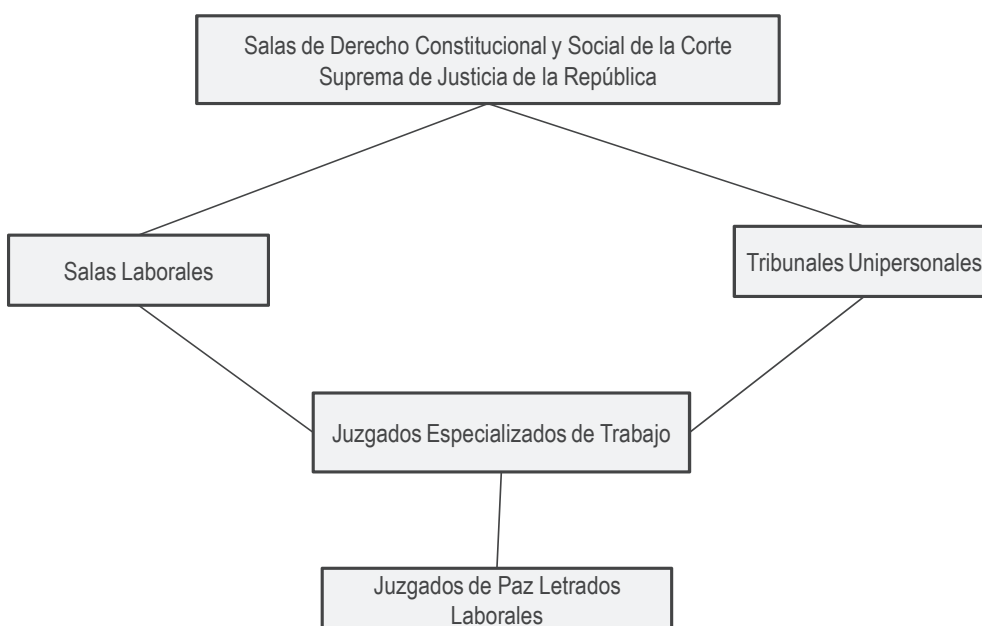
El CNM es un organismo constitucional autónomo y tiene una composición variada que se renueva cada cinco años, lo que convierte al modelo peruano en un sistema de selección y nombramiento de jueces vanguardistas, que si bien no es el óptimo, es mucho mejor que aquel que existía anteriormente en el Perú, según el cual era el Presidente de la República el que nombraba a los jueces y fiscales de todas las instancias con el agravante que cuando se trataba de jueces y fiscales supremos antes tenían que pasar por ratificación en el Senado. El poder político ha dejado de tener participación directa en el nombramiento de los magistrados.

### **2. *La especialidad jurisdiccional laboral***

La especialización de los jueces de trabajo en el Perú es de antigua data, pues hasta el año ochenta existió un fuero independiente del Poder Judicial llamado Fuero Privativo de Trabajo y Comunidades Laborales que a partir del año 1980 se integró al Poder Judicial por mandato de la Constitución de 1979 y subsistió dentro del mismo hasta el año 1991, donde quedó íntegramente extinguido; sin embargo, la tradición de dicho fuero se mantiene al interior del Poder Judicial en la medida que existen Juzgados Especializados de Trabajo en primera instancia, y en segunda instancia Salas especializadas

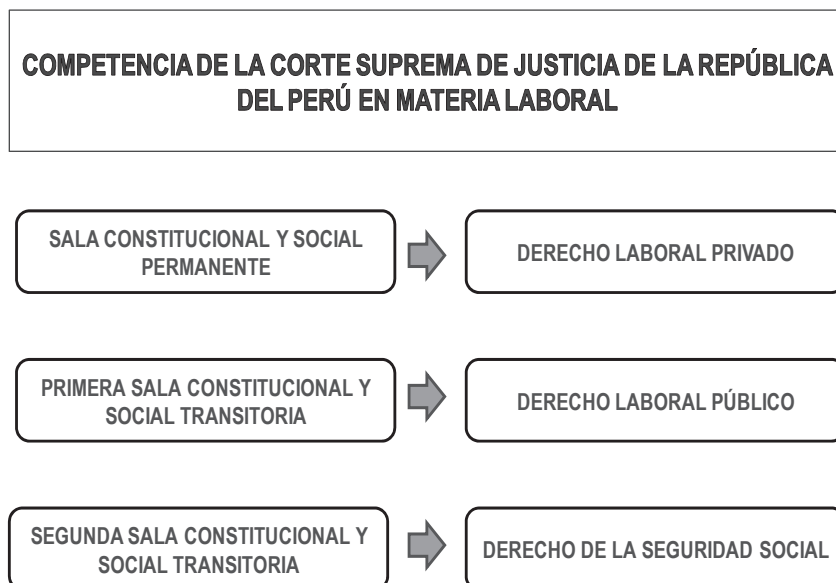
en lo laboral. Además, con la promulgación de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley n. 29497, el 15 de enero de 2010 y vigente el 15 de julio del mismo año se ha comenzado a implementar Juzgados de Paz Letrados en lo laboral para conocer conflictos de trabajo en mínima cuantía.

## ÓRGANOS DE LA ESPECIALIDAD JURISDICCIONAL LABORAL EN EL PERÚ



### 2.1. Las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema

A nivel de la Corte Suprema si bien ninguna de las salas recibe el nombre de sala de Derecho Laboral, en la práctica lo son, pues la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente conoce los casos de derecho laboral privado con sujeción al proceso iniciado con la Nueva Ley Procesal de Trabajo, Ley n. 29497, mientras que la Primera Sala Constitucional y Social Transitoria conoce los casos de Derecho Laboral Público y la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria conoce los casos de Derecho de la Seguridad Social, ambas con sujeción al proceso contencioso administrativo, principalmente.



## 2.2. Las Salas Laborales de las Cortes Superiores

Conocen en segunda instancia y, ocasionalmente en primera, las controversias de trabajo que le son elevadas vía recurso de apelación.

Como quiera que no en todas las Cortes Superiores del Perú existen Salas Laborales, ante la inexistencia de estas, las causas laborales son resueltas por las Salas Mixtas de las Cortes Superiores.

## 2.3. Los Tribunales Unipersonales Superiores Laborales

Están a cargo de un Juez Superior, resolviendo en segunda y última instancia las causas cuya cuantía en sentencia recurrida no supere las 70 Unidades de Referencia Procesal (URP).

## 2.4. Los Juzgados Especializados de Trabajo

Resuelven las causas laborales en primera instancia. También actúan como órganos revisores de las apelaciones interpuestas contra las sentencias en materia laboral que dicten los Juzgados de Paz Letrados Laborales.

En los lugares donde no existen Juzgados Especializados de Trabajo, sus atribuciones recaen en los Juzgados Mixtos.

### 2.5. Los Juzgados de Paz Letrados Laborales

La Nueva Ley Procesal de Trabajo (NLPT) introdujo la figura de los Juzgados de Paz Letrados Laborales, los cuales por el incremento de la cuantía de las causas que conocen, tendrán un papel más activo en la administración de justicia laboral.

Actualmente, los Juzgados de Paz Letrados Laborales conocen de procesos abreviados y de ejecución, cuya cuantía no sea superior a 50 Unidades de Referencia Procesal (aproximadamente cinco mil dólares).

### 3. Algunos problemas

La justicia del trabajo en el Perú, si bien en la actualidad cuenta con una adecuada herramienta procesal como es la Ley n. 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, también afronta problemas sobre todo de carácter presupuestal, pues no existe mucho interés por parte del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo para dotar de mayores recursos económicos al Poder Judicial para implementar el proceso de reforma procesal laboral.

Creemos que esta situación hace que la reforma de justicia laboral sea lenta y se presente con los clásicos problemas relacionados con el retraso judicial que todos conocemos.

### 4. Conclusiones

1. En el Perú, el marco jurídico constitucional garantiza la autonomía del Poder Judicial y la independencia de los jueces, toda vez que, tanto en la selección, nombramiento y remoción de los mismos no tienen participación alguna el Poder Ejecutivo ni el Poder Legislativo.
2. Existe, salvo excepciones, especialización en materia de Derecho Laboral en todas las instancias del Poder Judicial, desde los Juzgados de Paz hasta la Corte Suprema de Justicia de la República. Debe señalarse que esta tendencia es nueva y data de no más de cuatro años atrás.
3. La independencia y la especialización de que gozan los jueces de trabajo en todas las instancias se ven afectados por el desinterés del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, que originan un reducido presupuesto al Poder Judicial; esto se agrava con la poca importancia que dan los administradores judiciales de turno a la especialidad laboral.

Produção Gráfica e Editoração Eletrônica: LINOTEC  
Projeto de Capa: FABIO GIGLIO  
Gráfica: FORMA CERTA





