

Wolfgang Däubler

DIREITO DO TRABALHO E SOCIEDADE NA ALEMANHA

LT[®]_R

FUNDAÇÃO
FRIEDRICH
EBERT



ILDES

**DIREITO DO TRABALHO
E
SOCIEDADE NA ALEMANHA**

FUNDAÇÃO
FRIEDRICH
EBERT



ILDES



WOLFGANG DÄUBLER

Professor titular da Universidade de Bremen, Alemanha

**DIREITO DO TRABALHO
E
SOCIEDADE NA ALEMANHA**

Tradutor

ALFRED KELLER

Revisor Técnico

ANTÔNIO ÁLVARES DA SILVA

Coordenador

JOSÉ FRANCISCO SIQUEIRA NETO

FUNDAÇÃO
FRIEDRICH
EBERT



ILDES



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Däubler, Wolfgang

Direito do Trabalho e sociedade na Alemanha / Wolfgang Däubler ; coordenador José Francisco Siqueira Neto ; tradutor Alfred Keller ; revisor técnico Antônio Álvares da Silva. — São Paulo : LTr, 1997.

Título original: Arbeitsrecht und Gesellschaft in Deutschland.

1. Direito do trabalho — Alemanha I. Siqueira Neto, José Francisco. II. Título.

96-5211

CDU-34:331(430)

Índices para catálogo sistemático:

1. Alemanha : Direito do Trabalho 34:331(430)

ISBN 85-7322-226-3

Composição
LINOTEC

Impressão
PROL

(Cód. 1405.9)

© Todos os direitos reservados



EDITORA LTDA.

*Rua Apa, 165 - CEP 01201-904 - Fone (011) 826-2788 - Fax (011) 826-9180
São Paulo, SP - Brasil*

1997

ÍNDICE

APRESENTAÇÃO DO AUTOR	
— Antônio Álvares da Silva	15
APRESENTAÇÃO DO LIVRO	
— José Francisco Siqueira Neto	19
CAPÍTULO I — O CONTEXTO GERAL	
I.1. TRABALHO E DIREITO NA ALEMANHA FEDERAL	
1. Trabalho Remunerado e Não-Remunerado	39
2. Formas Concretas de Trabalho Remunerado	40
2.1. Trabalho autônomo	40
2.2. Trabalho assalariado	42
2.3. Trabalho ilegal	43
3. O Direito do Trabalho no Sistema Jurídico	45
4. Estrutura Externa e Fontes do Direito do Trabalho ...	47
4.1. Auto-ajuda e normas de conteúdo protetor	47
4.2. Direito do Trabalho como Direito Escrito	48
4.3. Direito do Trabalho e Jurisprudência	49
4.4. A “Doutrina Predominante”	50
4.5. Contratos Coletivos e Acordo a Nível de Empresa	52
5. Parceria Social como Princípio que Rege Tácita ou Ex- plicitamente a Resolução de Conflitos	53
5.1. Lei Constitucional de Empresas	53
5.2. Sindicatos	55
5.3. Coordenação dos Conselhos de Representação e dos Sindicatos	56

6. Direito do Trabalho de Primeira e de Segunda Classe — Desregulamentação pelo Deslocamento das Fronteiras	58
6.1. O Empregador Atípico	58
6.2. O Empregado Atípico	59
7. Igualdade de Direitos para Homens e Mulheres no Trabalho	61
8. As Novas Tecnologias e o Direito do Trabalho	63
9. Internacionalização do Direito do Trabalho Alemão ..	65
10. A Exportação do Direito do Trabalho da Alemanha Federal para a Ex-Alemanha Oriental	66

I.II. RELAÇÕES DE TRABALHO E DIREITO NA ALEMANHA FEDERAL

1. Introdução	68
2. Capital e Trabalho	69
3. Intervenção do Estado	71
4. Características Estruturais da Intervenção Estatal atra- vés do Direito	73
4.1. O Direito do Trabalho como Parte da Intervenção do Estado	73
4.2. Finalidade e Estrutura Formal do Direito do Traba- lho — Conseqüências para uma classificação sis- temática do Direito	75
4.3. Direito Positivo — Jurisprudência — Direito Cien- tífico	77
5. Resolução Autônoma de Conflitos pelos Próprios An- tagonistas Sociais	80
6. Dinamismo Social e Intervenção do Estado pelo Direi- to do Trabalho	85
6.1. Tendências Concentracionistas	85
6.2. Mudanças do Processo do Trabalho	87
6.3. Internacionalização da Produção e do Comércio	89

I.III. O CONSELHO DE REPRESENTAÇÃO DOS EMPREGADOS NO SISTEMA ALEMÃO

1. Introdução	91
2. Onde se Forma um Conselho de Representação? ...	92
3. Relações com o Sindicato	93
4. Máximas de Ação	95
5. Condições de Trabalho do Conselho	96
6. Os Direitos de Co-Gestão do Conselho	98
7. O Conselho de Representação como Agente Decisivo de um "Microcorporativismo"	100
8. Perspectivas	101

I.IV. INTERPRETAÇÃO ALTERNATIVA DO DIREITO DO TRABALHO?

1. O Que é "Interpretação Alternativa"?	103
2. Teoria e Prática da Interpretação Alternativa	104
3. Pressupostos da Teoria do Direito Alternativo	111
4. Pressupostos Políticos da Interpretação Alternativa .	115
5. O Resultado dos Esforços — Três Exemplos	118
6. A "Interpretação Alternativa" e Outras Tarefas	121

I.V. INDIVÍDUO E COLETIVO NO DIREITO DO TRABALHO

1. Introdução	123
1.1. A Valorização do Indivíduo	123
1.2. O Coletivo Desbancado	124
2. O Questionamento Incompleto	126
3. O Direito de Filiação e o Direito de Recusa	128
3.1. A Liberdade de Localização Dividida	128
3.2. A Grande Exceção: Representação de Interesses na Empresa	133
4. A Garantia de Formas de Ação Coletiva	135
4.1. Os Princípios Praticados até hoje	135
4.2. A Forma Rudimentar de uma ordem coletiva	137

4.3. Direito do Trabalho autônomo ou volta ao Código Civil?	140
4.3.1. A importância do problema	140
4.3.2. Peculiaridades Reconhecidas do Direito do Trabalho	141
4.3.3. Razões para o Reconhecimento de uma Área de Direito à Parte	143
5. Priorização dos Contratos Coletivos Frente aos Direitos Individuais?	145
5.1. Vinculação a Direitos Básicos do Empregado ...	146
5.2. Respeito aos Direitos Contratuais?	147
5.3. Avaliação	149

I.VI. O DIREITO DO TRABALHO ALEMÃO. UMA DESVANTAGEM PARA AS EMPRESAS LOCAIS?

1. Introdução	152
2. O Direito do Trabalho como Parte Essencial da Realidade	153
2.1. As Fontes do Direito do Trabalho	153
2.2. Âmbito de Aplicação	154
2.3. Importância Prática	155
3. Características Internas	156
3.1. O Equilíbrio dos Interesses e as Leis do Mercado	156
3.2. Cooperação Antagonista	160
3.3. Aspectos da Qualidade do Indivíduo e do Sujeito	162
3.4. Flexibilidade do Direito do Trabalho	165
3.5. Estabilidade	167
4. Necessidade de Modernização	168
4.1. Internacionalização da Economia Alemã	168
4.2. Mudanças Tecnológicas	171
4.3. Individualização	173
5. Conclusão	174

CAPÍTULO II — NOVAS TECNOLOGIAS E O DIREITO DO TRABALHO

II.I. NOVAS TECNOLOGIAS SOB A ORIENTAÇÃO DO DIREITO?

1. Introdução	177
2. O Modelo Liberal da Sociedade como Base do Direito Vigente	177
2.1. A Regra	177
2.2. Exceções	179
3. Os Riscos Técnico-Científicos e o Direito	181
3.1. Levantamento	181
3.2. Desenvolvimento Futuro	185
4. Tratamento Dispensado aos Riscos Sociais	188
4.1. Regulamentação Jurídica do "Cadastramento Total"?	188
4.2. Regulamentação Jurídica dos Riscos Trazidos por formas Eletrônicas de Vida?	193
4.3. Regulamentação Jurídica de Falta de Trabalho e Desqualificação	194
5. Observação Final	196

II.II. DIREITO E NÃO-ACEITAÇÃO: DOIS CAMINHOS PARA INFLUENCIAR A TECNOLOGIA?

1. Introdução	197
2. Limites e Chances do Controle Estatal	198
3. Controle Estatal do Desenvolvimento Tecnológico ...	200
3.1. A Tecnologia como Assunto Particular	200
3.2. A Complexidade da Tecnologia como Objeto de Regulamentação	201
3.3. O Direito como Forma de Reagir à Experiência	203
3.4. Resistência dos Afetados pelos Encargos Estatais	204
3.5. O Estatuto Pluriforme como Alvo de Exigências	205

4. Influência sobre a tecnologia pela Recusa de Aceitação?	206
4.1. O Princípio	206
4.2. Os Riscos	208
4.3. Consciência Organizada e Não-Organizada	210
5. Um caso Específico: a Influência dos Sindicatos sobre a Tecnologia	211

II.III. NOVAS TECNOLOGIAS E NEGOCIAÇÕES COLETIVAS

1. Tecnologias de Informação na Empresa	214
1.1. Formas de Manifestação	214
1.2. Conseqüências da Transformação Tecnológica para os Empregados	216
1.3. Reação dos Sindicatos e dos Representantes dos Empregados	217
2. Contratos Coletivos e a Utilização de Novas Tecnologias	218
2.1. Os Casos Comuns	218
2.2. A Caminho da Regulamentação das Tecnologias	219
3. Os Direitos de Co-Gestão do Conselho de Representação	221
3.1. A Co-Gestão do Controle Técnico	221
3.2. Outros Direitos de Participação	225
4. Tentativa de Explicação dos Sucessos e das Deficiências	226
5. Possíveis Perspectivas	229

CAPÍTULO III — INTERNACIONALIZAÇÃO DA ECONOMIA E DO DIREITO DO TRABALHO

III.I. DIREITO DO TRABALHO E RELAÇÕES COM O EXTERIOR

1. Introdução	235
2. Institucionalização através do Mercado Interno Europeu?	237
2.1. Conseqüências de um mercado sem Fronteiras	238
2.2. Criação de Relações de Trabalho em Âmbito Europeu através do Direito?	240
2.2.1 Os Resultados Modestos da Política Social da Comunidade Européia	240

2.2.2. Uniformização pela Desregulamentação?	242
2.2.3. Uniformização por meio do Progresso Social?	245
3. Contatos Excepcionais com o Exterior	247
4. O Envio de Funcionários Alemães ao Exterior	248
4.1. Requisitos	248
4.2. Situação Jurídica em Caso de Trabalho Interino no Exterior	249
4.3. Situação Jurídica em Caso de Trabalho constante no Exterior	252
4.3.1 Ordem Jurídica Aplicável	252
4.3.2. Modificações do Direito Contratual Alemão	252
4.3.3. A Aplicação de Contratos Coletivos Alemães	255
4.3.4. Estatuto das Empresas, Co-Gestão e Partes Públicas do Direito do Trabalho	256
4.3.5. Um Conflito Atual	259
5. Trabalho Ligado ao Exterior	260
5.1. Empregados Estrangeiros Enviados para a Alemanha	260
5.2. Empregados Estrangeiros Contratados no País de Destino	261
6. Processamento Transnacional de Dados Pessoais ...	262
6.1. Situação Atual da Discussão	262
6.2. Aplicabilidade da Lei sobre Proteção de Dados	263
6.3. Conteúdo normativo	264

III.II EUROPEIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO?

1. O Ponto de Partida: o Direito do Trabalho como Fenômeno Nacional-Estatal	267
2. Experiências da CE até Hoje	268
2.1. A Constância dos Princípios	268
2.2. Setores com Normatização Européia	269
2.3. Preceitos Isolados do Direito da CE	271
2.4. Mecanismos de Coordenação	273

3. Causas	274
3.1. Falta de Competência Comunitária?	274
3.2. Os Verdadeiros Obstáculos	275
4. Perspectivas: a Dimensão Social do Mercado Interno Europeu e o Direito do Trabalho	277
4.1. A Necessidade de uma Política Social Européia	277
4.2. As Mudanças de Maastricht	279
4.3. Direito do Trabalho — Um Campo de Ação para a Futura Política Social da CE?	280

III.III. DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO — ESPERANÇA DOS SINDICATOS?

1. Introdução	284
2. Níveis de Formação e Prioridades de Regulamentação	287
2.1. O Nível das “Nações Unidas”	287
2.1.1. Os Dois Pactos da ONU sobre Direitos Humanos	287
2.1.2 Convenções e Recomendações da OIT	288
2.1.3 Códigos de Comportamento para as Empresas Multinacionais	289
2.2. O Nível Europeu	289
2.2.1 O Conselho da Europa	289
2.2.1.1. Convenção Européia de Direitos Humanos	289
2.2.1.2. A Carta Social Européia	290
2.2.1.3. A Convenção de Proteção de Dados	290
2.2.2 As Comunidades Européias	291
2.2.2.1. Tratados de Direito Internacional	291
2.2.2.2. Liberdade de Locomoção e Domicílio dos Empregados	291
2.2.2.3. Adequação Jurídica	291
2.3. Prioridades de Conteúdo	293

3. Mecanismos de Aprovação	295
3.1. A Área de Direito Internacional	295
3.2. A Área Doméstica	297
3.3. Norma e Realidade	300
4. Razões do Surgimento e da (Falta de) Aplicação do Direito Internacional do Trabalho	303
4.1. Ineficácia do Direito Internacional em Geral?	303
4.2. A Constelação Específica das Forças na Criação de um Direito do Trabalho Internacional	304
4.3. Dificuldades Adicionais na Normatização?	306
5. Consequências para as Disputas Atuais	308
5.1. Princípios de Convivência com o “Direito Simbó- lico”	308
5.2. Envolvimento de Instâncias Internacionais	309
5.3. Envolvimento de Tribunais Alemães	312
A Organização judiciária	313
SIGLAS	317

APRESENTAÇÃO DO AUTOR

Wolfgang Däubler, professor titular de Direito do Trabalho da Universidade de Bremen, é sem dúvida um dos mais conhecidos professores de Direito do Trabalho da Alemanha.

A intensa produção intelectual, aliada a uma fina sensibilidade com os problemas sociais de seu país e da Europa fizeram-no conhecido em todo o mundo.

Rompendo com o círculo fechado na doutrina alemã, em que os juristas se citam reciprocamente sem considerar o que se passa além das fronteiras, *Däubler* iniciou uma postura diferente. Foi sempre aberto para o mundo. Conhece outros povos, mantém viva a comunicação com outros sistemas jurídicos. Sabe outras línguas. Por isso, além de divulgar a sólida doutrina alemã perante diversas culturas, enriqueceu-a também com a influência de diferentes realidades.

Como convém a todo grande pensador, é ele hoje um dos poucos juristas capazes de analisar e compreender, numa perspectiva universal e abrangente, os problemas do Direito do Trabalho, os desafios que enfrenta e os rumos que há de tomar para compor com equilíbrio e justiça as aspirações do homem pós-moderno. A tradução de suas obras em diferentes países, as conferências que proferiu nas mais variadas universidades fizeram dele um porta-voz sensato, profundo e atualizado dos problemas jurídicos que agitam o mundo político e social.

Sempre fui um leitor assíduo de *Wolfgang Däubler*. Tenho suas principais obras em minha biblioteca particular e suas idéias foram sempre permanentemente citadas em quase todos os livros que até hoje publiquei.

Sua obra mais popular, o Manual de Direito do Trabalho em dois volumes, modestamente destinada a ser um guia para o trabalhador — *Ein Leitfaden für Arbeitnehmer* — como está no subtítulo, é na verdade uma completa exposição teórico-prática de todo o Direito Individual e Coletivo do Trabalho alemão, em que não faltaram a didática do professor e a profundidade do jurista.

A par da exposição segura e precisa, vem a visão analítica e crítica, pondo à tona não as virtudes mas também as contradições e imperfeições (que lá também existem), do sistema jurídico que rege as relações de trabalho na Alemanha atual.

Mas é no Direito Coletivo que *Däubler* deixou as marcas definitivas de seu gênio criador. Em 1978 escreveu, de parceria com *Hans Hege*, um livro clássico sobre Convenção Coletiva — *Tarifvertragsrecht*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1978, 208 páginas, que logo se mostrou como uma das mais seguras e profundas sínteses da riquíssima doutrina alemã sobre negociação coletiva, que usei inúmeras vezes e que serviu de norte ao meu livro *Convenção Coletiva perante o Direito Alemão*.

Contemporâneo do tempo e andando junto com as profundas transformações vividas no mundo do trabalho, o autor manteve a obra atualizada, da qual se tornou autor único. Hoje, em terceira edição, ela se transformou num dos mais completos tratados sobre o assunto no mundo, onde todos os aspectos do tema são expostos com profundidade, clareza e objetividade em 822 páginas que são lidas com prazer e deleite intelectual. Há de chegar a hora em que tão precioso livro também seja traduzido para o português.

Cultor do Direito de Co-Gestão, do qual é um dos mais atualizados conhecedores no mundo atual, suas obras marcaram também este domínio mais avançado e promissor que muda a concepção e a natureza do próprio Direito do Trabalho, assentado em função do empregado (*Sonderrecht der Arbeitnehmer*), conceituando-se este como o trabalhador que, colocando-se à disposição de outrem, presta-lhe preserções de natureza subordinada — *Wer leistet die Arbeit im Dienst eines anderen, in einem Abhängigkeitsverhältnis*.

Esta noção transformou-se com a co-gestão. Nela o elemento subordinado cede lugar ao elemento cooperativo, em vez de subordinação, cooperação e trabalho conjunto entre empregado e empregador, transformando-se a empresa, até onde é possível, num reducto comunitário entre ambos. Mudam-se, com isso, não só o conceito de empregado mas também o de empresa/estabelecimento que, deixando de ser uma instituição gerenciada e voltada exclusivamente para os interesses do capital, passa a ser um núcleo de produção de bens onde se coordenam o trabalho e o capital, conjuntamente harmonizados pelo esforço comum.

Para firmar suas idéias sobre uma co-gestão ampla e abrangente, que concebeu como direito fundamental retirado do art. 1º da Lei Fundamental (*Grundgesetz*) onde se tutela a dignidade da pessoa humana — *Schutz der Menschenwürde*, escreveu outro clássico livro, de marcante significado para a doutrina alemã — *Das Grundrecht auf Mitbestimmung* — O Direito Fundamental à Co-Gestão. Nele, defendeu a idéia da co-gestão criada através da convenção coletiva como meio de estendê-la ao maior número possível de pessoas e a todos os círculos vivenciais possíveis (*Alle Lebensbereiche erfassendes Grundrecht auf Mitbestimmung*), vindo no princípio um postulado mais específico e claro do que o comum e desgastado apelo ao "estado social" ou ao "estado democrático" — *Eine sehr viel spezifischere Aussage als das Demokratie — Sozialstaatsprinzip*.

Seus estudos neste campo nunca terminaram. Sobre a co-gestão no estabelecimento, *Betriebsmitbestimmung*, lançou recentemente, com outros autores, um atentado e completo tratado, já em quarta edição, com 2.176 páginas. Verdadeira enciclopédia, onde o leitor e os estudiosos encontram uma detalhada e erudita exposição da matéria. Uma obra densa e profunda, digna da meticulosidade e grandeza científica que sempre caracterizam os grandes juristas alemães.

Agora este grande mestre chega ao Brasil para alegria dos que somos seus amigos, parceiros intelectuais e velhos admiradores.

O leitor brasileiro vai tomar conhecimento, numa tradução de alta qualidade das idéias do autor. Os temas são fascinantes e abrangentes. Embora tendo como pano de fundo o direito e a perspectiva doutrinária alemãs, o autor lhes dá a abrangência necessária para a leitura de juristas de outros sistemas. Daí o seu alto significado para a doutrina atual do Direito do Trabalho brasileiro que precisa abrir-se ao vento renovador que sopra no mundo em diferentes direções.

Temas riquíssimos de reflexões e análises se colocam aos olhos do leitor como uma vasta tela de teorias e idéias, instigando os estudos sérios e profundos. Trabalho e direito na Alemanha Federal, relações de trabalho na Alemanha Federal, o conselho de representação dos empregados no sistema alemão de relações de trabalho, interpretação alternativa do Direito do Trabalho?, indivíduo e coletivo no Direito do Trabalho, Direito do Trabalho alemão — uma desvantagem para as empresas locais?, novas tecnologias e Direito do Trabalho, Direito e não-aceitação — dois caminhos para influenciar a tecnolo-

gia?, novas tecnologias e negociação coletiva, Direito do Trabalho e relações com o exterior, europeização do Direito do Trabalho?, Direito do Trabalho internacional — esperança dos sindicatos?

Trata-se, como o leitor percebe, de indagações e problemas enfrentados pela própria realidade brasileira que agora poderão ser respondidas num universo mais amplo, levando-se em conta a experiência de um país que, embora altamente industrializado, nunca deixou de olhar para o lado social e humano do trabalhador.

Tenho um sincero prazer intelectual de ver divulgadas entre nós as idéias de *Wolfgang Däubler*, com as quais já lidava pessoalmente há tantos anos.

Esta alegria ainda mais se reforça porque chegam exatamente num momento em que o país se prepara para grandes mudanças na legislação social.

Suas idéias hão de servir na certa para engrandecer nosso Direito do Trabalho e tornar cada vez mais justa, humana e democrática a relação entre empregado e empregador.

Foi sempre este o ideal de seu pensamento e é neste sentido que ele sempre orientou a sua vida.

Prof. Dr. Antônio Álvares da Silva

Professor Titular de Direito do Trabalho
da Faculdade de Direito da UFMG
Juiz Togado do TRT da 3ª Região

APRESENTAÇÃO DO LIVRO

A Editora LT̃r, com a colaboração da *Fundação Friedrich Ebert* — ILDES, mediante a edição desta coletânea de estudos de autoria do Prof. *Wolfgang Däubler* sobre o Direito do Trabalho da República Federal da Alemanha, realiza mais um feito de grande importância e significado para o Direito do Trabalho no Brasil. Isto porque, coloca à disposição do público especializado em Direito e Relações de Trabalho, reflexões concernentes as matérias relevantes e emergentes de um dos mais conceituados doutrinadores europeus da atualidade.

O presente livro, como frisado, trata-se de uma seleção de trabalhos escritos nos últimos anos sobre o Direito do Trabalho na República Federal da Alemanha pelo Prof. *Wolfgang Däubler*. Indubitavelmente, a simples combinação do autor com o Direito do Trabalho objeto das análises, pesquisas e estudos, fazem desta iniciativa editorial um sucesso garantido sob todos os aspectos.

Além dos atributos intelectuais e acadêmicos do autor realçados na apresentação do mesmo pelo Prof. *Antônio Álvares da Silva* e dos assuntos tratados, a matriz jurídica abordada, qual seja, o Direito do Trabalho alemão, confere também à esta publicação requinte informativo e relevo pedagógico destacado, seja pelo fato de cuidar de uma experiência estrangeira, seja pelas características do direito em foco.

A tradução e a divulgação de obras de direito estrangeiro no idioma pátrio, trata-se de uma atitude que sempre deve ser louvada e incentivada. O contato com realidades jurídicas e com a doutrina estrangeira é um ingrediente fundamental e imprescindível àqueles que desejam aprofundar seus conhecimentos específicos sobre Direito e Relações de Trabalho.

De qualquer sorte, averiguar o direito nacional com a compreensão do que ocorre em outras partes do mundo, sobretudo nestes dias

de “*globalização de tudo*”, é uma necessidade tão inadiável quanto imperiosa. Até mesmo para percebermos que “*globalização*” à parte, o direito nunca se distancia — ao menos por muito tempo — de suas condicionantes históricas, sociais e políticas que atuam decisivamente no nível nacional. Ou seja, mesmo quando a experiência estrangeira enfatiza as especificidades nacionais, ela é relevante e necessária de ser considerada.

Neste passo, cabe reiterar a lembrança e o agradecimento à Editora LTr e à *Fundação Friedrich Ebert no Brasil* (ILDES) pelos esforços desenvolvidos para tornar o presente livro viável e acessível aos estudiosos e pesquisadores brasileiros.

Não obstante, ainda no tocante as considerações gerais, resta-nos dizer também algumas palavras sobre as realçadas características da realidade jurídica que serve de base às reflexões perpetradas pelo autor.

Neste aspecto, merece nota o fato do Direito do Trabalho alemão prescrever normas destinadas a vitalizar e a fortalecer instituições, institutos e procedimentos que assegurem o desenvolvimento contínuo e permanente das relações coletivas e estimulem relações de trabalho participativas, ao contrário do nosso Direito do Trabalho que consagra relações tipicamente marcadas pela desconfiança dos atores sociais, pelo autoritarismo, pela burocratização; pela invulnerabilidade dos poderes do empregador, pela valorização demasiada das relações individuais em detrimento das coletivas, pelo atrofiamento patrocinado pelo Estado das relações coletivas.

Este contraponto de sistemas, cujas configurações reportamos genericamente e de forma propositadamente breve, torna a leitura deste livro ainda mais fascinante, estimulante e instigante.

“*Direito do Trabalho e Sociedade na Alemanha*”, está dividido em três Capítulos a saber: Capítulo I, O CONTEXTO GERAL, composto por “*Trabalho e Direito na Alemanha Federal*”, “*Relações de Trabalho e Direito na Alemanha Federal*”, “*O Conselho de Representação dos Empregados no Sistema Alemão*”, “*Interpretação Alternativa do Direito do Trabalho?*”, “*Indivíduo e Coletivo no Direito do Trabalho*” e “*O Direito do Trabalho Alemão. Uma Desvantagem para as Empresas Locais?*”; Capítulo II — NOVAS TECNOLOGIAS E O DI-

REITO DO TRABALHO, composto por *"Novas Tecnologias sob a Orientação do Direito?"*, *"Direito e Não-Aceitação: Dois Caminhos para Influenciar a Tecnologia?"* e *"Novas Tecnologias e Negociações Coletivas"*; Capítulo III — INTERNACIONALIZAÇÃO DA ECONOMIA E DO DIREITO DO TRABALHO, composto por *"Direito do Trabalho e Relações com o Exterior"*, *"Europeização do Direito do Trabalho"* e *"Direito Internacional do Trabalho. Esperança dos Sindicatos?"*. No intuito de auxiliar os leitores, consta desta edição um rol das siglas utilizadas e um quadro sinóptico da estrutura judiciária da República Federal da Alemanha.

Os fatores que evidenciam a excelência do conteúdo pela simples enunciação dos assuntos merecedores de referência por parte do autor, são plenamente configurados com o exame específico.

O primeiro Capítulo do livro, como frisado, ocupa-se do **Contexto Geral** do Direito do Trabalho.

Em *"Trabalho e Direito na Alemanha Federal"*, é promovida uma investigação sobre a evolução do trabalho enquanto atividade regulada pelo direito, no sentido de apresentar os principais aspectos justificadores da intervenção protetiva à luz das transformações sociais, e em decorrência disto, vislumbrar as circunstâncias que evidenciam as necessidades de adaptação e tratamento distinto do Direito do Trabalho.

Assim, com o entendimento que o trabalho já não é realizado exclusivamente no contexto do mercado, mas enquanto atividade útil a favor de outros, o autor inicia suas considerações demonstrando que o trabalho pode ser encontrado nas mais diversas condições, como são os casos das atividades voluntárias exercidas nas mais diferentes circunstâncias, que muito embora sem a atuação do Direito do Trabalho, revelam-se de inegável relevância social, sobretudo se considerarmos a marginalização do trabalho não remunerado. Aqui, são dignas de nota as propostas de valorização econômica do trabalho doméstico indicadas no texto.

Em seguida, são analisadas as formas concretas de trabalho remunerado, com referência ao trabalho autônomo e suas específicas regulamentações, ao trabalho assalariado através da demonstração das peculiaridades da configuração da subordinação — assim como pela comprovação que a sua separação do trabalho au-

tônomo não possui a mesma exatidão de uma construção geométrica —, e as relatividades da proteção do trabalho ilegal.

Devido a tais características, enfatiza-se a posição enciclopédica do Direito do Trabalho — e conseqüentemente, de seus princípios — no sistema jurídico, realçando a estrutura externa e as fontes de Direito do Trabalho desde os primados da auto-ajuda e das normas de conteúdo protetor, passando pela identificação do Direito do Trabalho como direito escrito, pelo papel da jurisprudência e da “*doutrina predominante*”, até chegar nos contratos coletivos e nos acordos de empresa.

A partir deste ponto, é reafirmada a tônica essencial do Direito do Trabalho alemão, qual seja, a **parceria social como princípio que rege tácita ou explicitamente a resolução dos conflitos**, cuja formatação institucional decorre principalmente da Lei Constitucional de Empresas, dos Sindicatos, da coordenação dos Conselhos (independentes) de Representação e dos Sindicatos.

Posteriormente, são destacados os aspectos mais relevantes concernentes ao próprio âmbito de atuação do Direito do Trabalho face ao processo freqüente da desregulamentação ou do deslocamento das suas fronteiras onde relevam-se as figuras do empregador (com especial referência às micro-empresas) e do empregado atípico.

No mesmo sentido, mas em tópicos separados, são referidos também aspectos ainda polêmicos e controversos — porque não resolvidos definitivamente — ao Direito do Trabalho, como são os casos relativos à igualdade de direitos para homens e mulheres no trabalho, as novas tecnologias, a internacionalização do Direito do Trabalho alemão (na verdade, a sua aplicação às empresas alemãs fora da República Federal da Alemanha), e por fim, a intrigante e criativa “exportação” do Direito do Trabalho da Alemanha Federal para a ex-Alemanha Oriental.

O segundo artigo da coletânea, *Relações de Trabalho e Direito na Alemanha Federal* cuida das relações de trabalho como uma totalidade das relações diretas entre capital e trabalho, integrada por normas jurídicas correspondentes. Tal opção de estudo entretanto, permite aos operadores do direito uma visão mais abrangente da matéria, posto que possibilita a análise, cuja abrangência comporta a

inclusão de outras áreas do conhecimento que não necessariamente são reguladas juridicamente, mas sujeitas diretamente às disputas sociais.

O ponto de partida das reflexões e indagações do artigo é a caracterização — óbvia mas sempre relegada à segundo plano — da oposição entre capital e trabalho. Esta premissa, ao contrário do que pode imaginar o leitor apressado, não inviabiliza as relações de trabalho de caráter participativo, mas sim, realça e fundamenta a intervenção do Estado e as especificidades justificadoras da autonomia do Direito do Trabalho.

Nesta linha, com aguçado senso de oportunidade, são apresentados os vários tipos de intervenção estatal nas relações de trabalho, seja por intermédio das amplas e diversas medidas de política econômica e social, seja através da edição de normas jurídicas. Tudo, porém, balizado e regulado pelo legítimo jogo de forças que caracteriza o debate efetivamente democrático.

No que tange a intervenção estatal através do Direito, o Direito do Trabalho exerce uma função singular. Devido a isto e no contexto do debate atual acerca do alentado desejo neoliberal de enfraquecimento do Direito do Trabalho, é que o autor reforça e reitera seus argumentos destinados a demonstrar a incongruência e a incorreção daqueles que insistem em imaginar o Direito do Trabalho ainda como uma subdivisão do Direito Civil.

Como complemento a esta linha de argumentação, é apresentada a pluralidade das fontes jurídicas do Direito do Trabalho, com concentração sobre as peculiaridades da teoria das fontes jurídicas do Direito do Trabalho sancionado pelo Estado. Assim, são lembradas as limitações de sobrevivência apenas das normas genéricas e abstratas para determinados casos específicos, motivando assim o aparecimento de um tipo de *"legislação descentralizada"*.

Além disto, merece também por parte do autor, especial consideração sobre o papel da jurisprudência, ocasião em que o mesmo aproveita para comentar sobre a participação dos antagonistas sociais na jurisdição trabalhista e sobre a resolução autônoma dos conflitos pelas próprias partes, explicando em relação a este último ponto, a necessidade de distinguir as três diferentes formas de representação de interesses decorrentes: (a) das leis trabalhistas; (b)

da co-gestão empresarial; e (c) da representação direta pelos sindicatos em forma de contratos coletivos ou greve.

A última parte do artigo é destinada a observar a intervenção do Estado pelo Direito do Trabalho no compasso das transformações processadas em sociedade.

O primeiro aspecto diz respeito a tendência *concentracionista* caracterizada pela concentração progressiva de empresas nas últimas décadas e pela ampliação do poder público sobre o Direito do Trabalho, que redundaram na perda da legitimação intrínseca das normas de direito que estavam baseadas: (a) na vinculação pessoal entre empregado e o empregador; (b) na dificuldade de defesa dos interesses concretos nos postos de trabalho; e (c) na facilitação da ação em unidades maiores.

O segundo aspecto refere-se às mudanças no processo produtivo ocorridas em muitos setores da produção, que aliadas — dentre outros fatores — a expansão do setor de serviços, modificou sensivelmente as clássicas bases do Direito do Trabalho, exigindo por conseguinte movimentos de adaptação (que até o momento não foram realizados).

O aspecto derradeiro cuida da internacionalização da produção e do comércio, cuja maior expressão são os grupos multinacionais que — pelas características de suas estruturas e pela ausência de regras de procedimento trabalhista a nível internacional — acabam criando uma área de “*livre escolha*” de Direito do Trabalho inegavelmente injusta. Mediante a improbabilidade de iniciativas reguladoras espontâneas por parte do Estado, o autor pondera que talvez o único instrumento realmente praticável à essas circunstâncias seja a construção persistente de um poder sindical como contrapeso, que poderia começar a manifestar-se em ações de solidariedade em determinados casos concretos.

O artigo seguinte do livro versa sobre o *Conselho de Representação dos Empregados no Sistema Alemão*. Para os brasileiros, de pronto, a investigação ganha interesse simplesmente pelo fato de inexistir em nossa realidade jurídica instituto semelhante. Isto, por si só, transforma o artigo em questão, sem qualquer dúvida, em material de preciosíssimo valor acadêmico.

O autor descreve, a partir da legislação, em linguagem envolvente e rigorosa sob o ponto de vista técnico, a forma de constitui-

ção e os âmbitos de atuação do Conselho de Representação dos Empregados, as relações do Sistema de Representação com o Sindicato, os princípios fundamentais de atuação, as condições de trabalho dos representantes do Conselho e o papel efetivamente exercido pelo Conselho na parceria social quando atua na resolução de inúmeros conflitos trabalhistas substanciais. Por derradeiro, no espaço das perspectivas, são apontados alguns dos principais desafios necessários de enfrentamento por parte do Conselho, como são os casos da articulação das representações *especiais* (deficientes físicos, estagiários com menos de 25 anos de idade, jovens, etc), a participação mais aguda em assuntos de segurança do trabalho, a proteção ambiental e o entendimento com representantes dos interesses dos empregados em outros países.

Além da natural motivação pela inexistência de correspondência institucional nacional, o presente estudo sobre o Conselho de Representação dos Empregados no sistema alemão, constitui-se também em leitura fundamental aos profissionais da área, ante a riqueza de informações e detalhes sobre uma experiência internacional tão destacada e influente como é o caso do sistema jurídico trabalhista da República Federal da Alemanha.

O quarto artigo do primeiro Capítulo intitula-se em forma de indagação: *Interpretação Alternativa do Direito do Trabalho?* Trata-se de um dos pontos mais interessantes do livro.

O assunto é apresentado com percuciência quando indica que *optar por alternativas significa, em senso comum, querer fazer certas coisas de outra maneira. Em relação ao direito, tal rótulo pode dar a entender tanto a utilização de um novo método quanto a obtenção de novos resultados.* A seguir, alertando para o fato relevante que as alternativas podem tomar diversos rumos, o autor passa a considerar sobre outros aspectos importantes do tema, fornecendo um conjunto reflexivo e analítico bem criativo que, certamente encontrará muita ressonância junto ao público brasileiro.

No tópico denominado *Teoria e Prática da Interpretação Alternativa* é enfatizado que uma das características da situação na Alemanha da interpretação alternativa é que, não obstante praticada com freqüência (no sentido descrito no texto), se registram poucas reflexões teóricas. Assim, acreditando que a identificação dos posicionamentos dos autores com posições claras em relação aos interes-

ses não apresenta o problema de forma completa, opta o autor por demonstrar o funcionamento da interpretação alternativa na prática, pelo descrição de três exemplos centrais do Direito do Trabalho (legalidade do *lockout*, liberdade de expressão dos trabalhadores e manutenção do emprego após demissão).

Após a identificação dos três exemplos mais emblemáticos de Direito do Trabalho, são averiguados os pressupostos jurídico-teóricos e políticos do Direito Alternativo, que na verdade são resultados da própria evolução histórica e das superações filosóficas e teóricas processadas ao longo dos anos. A narrativa de tais tópicos são páginas de grande valor didático e de fascinante demonstração de cultura e poder de síntese sobre a evolução do pensamento jurídico.

Para demonstrar concretamente a atuação dos pressupostos, são apresentados os resultados dos esforços dispendidos sobre três exemplos fornecidos no início do artigo (legalidade do *lockout*, liberdade de expressão dos trabalhadores e manutenção do emprego após demissão).

Ao final, sem desprezar o papel da interpretação alternativa nos termos esboçada no artigo, o Prof. *Daübler*, com o brilhantismo que lhe é peculiar, lembra-nos que a análise jurídica não deve restringir-se simplesmente à procura da melhor variante e esquecer-se da questão da estrutura social em que se baseia o sistema em vigor. Além disto, alerta-nos também sobre o gravíssimo problema da erosão lenta e gradativa das normas trabalhistas, área que até o momento mereceu pouca atenção por parte daqueles que defendem os primados clássicos (sem com isso desconsiderar as recentes mudanças econômicas, políticas e sociais) do Direito do Trabalho.

O questionamento e a abordagem de temas polêmicos entretanto, continua com o artigo *Indivíduo e Coletivo no Direito do Trabalho*.

Nesta oportunidade, conforme indicação do próprio título do trabalho, o autor indaga sobre o indivíduo e o coletivo no Direito do Trabalho, saindo uma vez mais do lugar comum. Para isto, inicia suas ponderações constatando que o espírito de nossa época demanda a valorização do indivíduo, que por sua vez, via de consequência, ameaça até mesmo a legitimação do Direito Coletivo. A partir da *contrariedade* apontada, as relações entre o indivíduo e o coletivo é auferida em três contextos (liberdade de coalizão com

ênfase na liberdade negativa; a regulamentação de salários e condições de trabalho por meio de instrumentos normativos; e a possibilidade ou não dos instrumentos normativos interferirem ou não nos direitos individuais).

Dos três problemas elencados, o autor passa a verificar até que ponto a reindividualização crescente da cultura jurídica exerce seus efeitos (de modo legítimo ou ilegítimo) sobre a solução dos casos específicos retro mencionados.

O direito de filiação e o direito de recusa são examinados. Mesmo concordando que as proibições proto-liberais contra as coalizações estão hoje tão superadas quanto a idéia de sindicatos compulsórios do fascismo, a ponto de em nenhuma parte ninguém por em dúvida a liberdade de coalização, o autor admite que uma coisa é o princípio, outra é a sua realização, destacando a existência de normas jurídicas e desdobramentos factuais que dificultam a liberdade de coalizão. A exceção à *"liberdade de coalização dividida"* é a representação dos interesses na empresa, cujo Conselho representa automaticamente o conjunto de todos os empregados. Neste ponto o autor referencia-se em dados não somente da Alemanha, mas também especificamente sobre a realidade francesa e espanhola, além de tecer considerações sobre o padrão institucional da europa continental.

A decorrência lógica do estudo são as considerações sobre as garantias das formas de Ações Coletivas através do apontamento dos princípios destinados à realização das negociações coletivas, e da forma rudimentar de uma ordem coletiva. Nesta passagem, torna-se oportuno o reforço da autonomia do Direito do Trabalho, por intermédio da clara indicação da importância do problema, das peculiaridades reconhecidas do Direito do Trabalho e as razões para o reconhecimento de uma área do Direito à parte.

O último tópico cinge-se ao exame das circunstâncias derivadas da situação em que as partes do contrato coletivo, agindo conjuntamente, podem dispor dos direitos do indivíduo ou impor-lhes obrigações. Em seguida é abordada a problemática concernente a *vinculação dos direitos básicos do empregado e o respeito aos direitos contratuais*. No final, com clareza e precisão o autor opina sobre o conflito entre o direito coletivo e o individual para dizer que ainda considera atual a antiga constatação segundo a qual sem a ação de todos o indivíduo está perdido.

O Direito do Trabalho Alemão. Uma Desvantagem para as Empresas Locais? é o estudo que encerra a primeira parte do livro.

Ao apresentar suas notas introdutórias, o Prof. *Wolfgang Daübler* nos lembra os diversos pontos de vista que o Direito do Trabalho pode ser analisado, quais sejam, com concentração no grau de proteção dos assalariados (método tradicional), no mercado de trabalho para saber se o direito do trabalho cria ou pelo menos aprofunda a dicotomia entre os detentores de postos de trabalho e os desempregados (preferência dos neoliberais), na estabilidade das estruturas (perspectiva política), nos efeitos das normas trabalhistas sobre a eficiência do trabalho (perspectiva da produtividade). O objetivo perseguido neste estudo é alcançar uma resposta: o direito do trabalho em vigor facilita os investimentos na Alemanha ou faz parte daquelas hipotecas que se acaba aceitando porque todo o resto está bom?

Nesta perspectiva, apresenta-se o Direito do Trabalho como parte essencial da realidade, focando desta maneira suas fontes, seu âmbito de aplicação e sua função diretriz.

Como consequência, são identificadas as características do Direito do Trabalho alemão, cuja orientação fundamental é a prevalência do acordo a nível de empresa e o contrato coletivo sobre o contrato individual (equilíbrio dos interesses e as leis do mercado), onde o poder público se limita a dar um quadro referencial em termos genéricos e só excepcionalmente intervem para corrigir casos individualizados.

Neste contexto, prepondera a cooperação antagonista, o reconhecimento do indivíduo como sujeito, a diversidade interna e uma certa estabilidade na essência do direito do trabalho (mudando basicamente o conteúdo das negociações coletivas). Tais fatores, segundo o autor, levam ao risco do enrijecimento e a necessidade de mudanças na política jurídica da Alemanha para manter os atrativos da ordem existente.

As linhas potenciais de transformações indicadas no texto de forma exemplificada, estão ligadas a internacionalização da economia alemã, as mudanças tecnológicas e a individualização (o aumento das expectativas do indivíduo em relação à qualidade do trabalho e da vida como um todo tornando cada vez mais óbvia a participação nas decisões da empresa).

O indicado possibilita a fundamentação e a indicação dos referenciais jurídicos que esteiam a conclusão sobre a caracterização da Alemanha como um lugar atrativo para o estabelecimento de empresas.

O segundo Capítulo cinge-se a estudos concernentes a **Novas Tecnologias e o Direito do Trabalho**. *Novas tecnologias sob a orientação do direito?* é o primeiro artigo.

O núcleo reflexivo do trabalho consiste na averiguação dos riscos sociais das novas tecnologias em comparação com as premissas liberais segundo as quais a tecnologia somente deve ser submetida ao controle jurídico depois de conhecida na prática, e que o direito tecnológico se orienta no conceito científico de risco.

Para alcançar o intento anunciado, é descrito o modelo liberal da sociedade como base do direito vigente, apresentando a regra (liberdade de contratação) e as exceções que desmascaram a mesma. O próximo passo destina-se a apontar a posição do Estado (e consequentemente do direito) quanto a responsabilidade decorrente dos riscos tecnológicos desde a industrialização até os dias atuais. A conclusão inexorável é que a regulamentação jurídica dos riscos técnico-científicos nada mais foi e continua sendo do que uma reação ao processo de industrialização.

Assim, se constata que inexistente qualquer restrição de ordem jurídica quanto ao armazenamento de dados pessoais pelos computadores, assim como é difícil imaginar estruturas jurídicas que possam esvaziar a comunicação interpessoal em ambiente informacional.

O autor encontra no direito ao trabalho a resposta mais abrangente ao desafio social do desemprego e da desqualificação profissional, sugerindo então que as novas tecnologias somente deveriam ser liberadas depois que tivéssemos certeza que a mão de obra e as habilidades dispensáveis em consequência da introdução de novas tecnologias poderiam ser aproveitadas em outro lugar. No fim, observa ainda que não é apenas nas empresas que se decide sobre novas tecnologias. Por esta razão tal fato deveria ser entendido como oportunidade, uma vez que a população toda está envolvida, inclusive os setores privilegiados e influentes.

Em Direito e Não Aceitação: Dois Caminhos para Influenciar a Tecnologia? é questionada a compatibilidade do desenvolvimento tec-

nológico com os preceitos constitucionais. De antemão são apresentados os limites e as chances do controle estatal sobre o desenvolvimento tecnológico, demonstrando todavia, que o estatal por qualquer direito, não possui nenhum monopólio de iniciação e execução de mudanças sociais.

Diante disto, são descritos primeiramente os trâmites tradicionais do controle do desenvolvimento tecnológico através do direito, consubstanciados nos tópicos concernentes: (a) a tecnologia como assunto particular (perspectiva da economia de mercado); (b) a complexidade da tecnologia como objeto de regulamentação; (c) o direito como forma de reagir à experiência; (d) a resistência dos afetados pelos encargos sociais; e (e) o Estado pluriforme como alvo de exigências.

Após, indaga o autor se a influência sobre a tecnologia opera-se pela recusa de aceitação da mesma. De plano, é definido o princípio da não aceitação e lembrado que ao lado da aceitação do mercado existe a aceitação social. Nesta oportunidade porém, o autor adverte-nos que aumentar ou diminuir essa aceitação exige uma orientação política que tem pouco a ver com um meio chamado direito. Não obstante, são apresentados os riscos advindos das novas tecnologias (eliminação dos espaços informais, controle da vida particular fora da empresa e homogeneização e padronização dos modos de vida) como introdução ao tópico posterior referente a maneira como aludidos riscos e fatores são percebidos (consciência organizada e não organizada)

A última parte do artigo cuida das possibilidades de ação (e da ação efetiva também) do sindicato pelo fato do mesmo reunir pessoas diretamente atingidas por certas aplicações da tecnologia, e ao mesmo tempo, devido a co-gestão, possuir instrumentos específicos de ação que lhes permitem participar na concretização da tecnologia.

Em *Novas Tecnologias e Negociações Coletivas* o centro do estudo é o acompanhamento do tratamento dado às tecnologias nas negociações coletivas. O ponto de partida é a apresentação das Tecnologias de Informação na Empresa com a descrição das formas de manifestação das mesmas cujo processo foi, no entender do autor, intencional. No mesmo tópico ainda, são mostradas as consequências da transformação tecnológica para os empregados (como por exemplo as mudanças drásticas nas condições de trabalho para os

que permanecem empregados e o sistema de informação pessoal interligado) e a reação dos Sindicatos e dos Representantes dos Empregados.

A seguir, procede-se a análise casuística.

A segunda parte refere-se aos Contratos Coletivos que tratam das condições gerais das mudanças tecnológicas, com destaque especial ao contrato dos metalúrgicos da região de Nordwürttemberg-Nordbaden.

A terceira parte diz respeito aos Direitos de Co-Gestão do Conselho de Representação como por exemplo o direito de participar nas decisões sobre a introdução e aplicação de equipamentos técnicos que visem controlar o comportamento e o desempenho dos empregados; sobre o levantamento de dados pessoais por meio de equipamentos técnicos que abrange o controle de entrada; sobre os dados registrados manualmente no computador; além do direito geral de intervir na mudança das condições de trabalho. Nesta ocasião, o autor nos lembra que o conselho de representação tem o direito de informação abrangente mesmo em relação a áreas em que lhe é vedada a participação nas decisões.

As últimas considerações são destinadas a detalhar casos (de sucessos e de deficiências) de controle pela negociação das tecnologias, e a delinear possíveis perspectivas baseadas nas próprias plataformas sindicais.

O terceiro e último Capítulo do livro refere-se a **Internacionalização da Economia e do Direito do Trabalho**. O primeiro artigo é *Direito do Trabalho e Relações com o Exterior*.

O autor aponta que a economia alemã é uma economia altamente internacionalizada, mas porém, sem correspondência comparável de internacionalização das relações de trabalho. Ponderando sobre as circunstâncias advindas da unificação européia, o autor discorre sobre as conseqüências de um mercado sem fronteiras e sobre a criação de uma legislação supranacional.

Quanto ao primeiro caso, o autor analisa as variáveis atinentes a reestruturação de mercados e a possibilidade de prática de dumping social (elementos normais em uma economia de mercado) para concluir que a *onda internacionalizante* não deverá modificar a orientação nacional das relações de trabalho.

Em relação a criação de normas de Direito do Trabalho emanadas da própria Comunidade Européia que em ordem preferencial deveria sobrepor-se ao direito nacional (segundo caso), o autor que entende que os passos mais importantes nessa direção seriam a introdução da co-gestão nas Sociedades Anônimas Européias, as convenções européias e as lutas trabalhistas sem fronteiras, não enxerga condições práticas para a legislação supranacional tanto no passado quanto em futuro previsível.

Para comprovar o alegado, o Prof. *Daübler* promove em relação ao passado, a evolução dos resultados alcançados na Comunidade Européia na área de política social e do Direito do Trabalho em três fases distintas: de 1958 a 1972; de 1972 a 1980; a partir de 1980. Quanto à evolução futura, analisa-se detalhadamente os dois projetos existentes que atuam em duas direções: a *Desregulamentação* e o *Nivelamento por Meio do Progresso*.

O passo posterior objetiva averiguar as especificidades dos casos esporádicos de empregos que ultrapassam fronteiras. Assim sendo, examina-se os requisitos de funcionários alemães enviados ao Exterior, a situação jurídica em caso de trabalho interino no Exterior, a situação jurídica em caso de trabalho constante no Exterior (ordem jurídica aplicável, modificações do direito contratual alemão, aplicação dos contratos coletivos alemães, a aplicação do estatuto das empresas, co-gestão e partes públicas do direito do trabalho). A outra parte da questão refere-se aos Empregados Estrangeiros enviados para a Alemanha (onde prepondera o entendimento da jurisprudência que considera o direito que regulamenta o funcionamento das empresas como norma obrigatória). Por tal motivo, ganha relevância o tópico seguinte sobre a situação jurídica dos empregados estrangeiros contratados no País de destino.

O último aspecto tratado é o relativo ao Processamento Transnacional de Dados Pessoais que discute a questão da licitude e das condições de processamento no exterior de dados referentes a empregados que trabalham na Alemanha. Ilustra a complexidade do problema os casos mencionados e comentados no texto da *Texaco*, da *PanAm*, da *Rank Xerox* e da *Opel-Paisy*. A indagação final fica por conta da constatação ou não da aplicabilidade da lei alemã de proteção de dados, bem como do estudo do conteúdo normativo da aludida lei.

Europeização do Direito do Trabalho? é o segundo artigo da última parte do livro. O fulcro do trabalho é questionar se o direito do trabalho nacional estaria ou não sendo impregnado cada vez mais pelas diretrizes de Bruxelas e pelas sentenças da corte europeia em Luxemburgo, ou ainda, se o direito do trabalho irá tornar-se assunto de alçada europeia como já acontece com as regras jurídicas da concorrência comercial.

O Prof. *Daübler* indica-nos que em três segmentos do direito do trabalho formou-se ultimamente uma espécie de amálgama europeia-nacional em consequência das diretrizes da Comunidade Europeia (CE) e das decisões dos juízes da Corte de Justiça Europeia. São os seguintes: o direito de livre trânsito; a igualdade de remuneração e tratamento para homens e mulheres; a segurança do trabalho. Além dos aspectos mencionados, em outras áreas do direito do trabalho assomam esporadicamente elementos jurídicos da CE cujo exame é processado. O artigo informa-nos ainda, que nos casos sem consolidação a nível da CE, faz-se necessária uma coordenação entre os diversos sistemas jurídicos nacionais.

A escassez de normas de Direito do Trabalho na CE se explica — genericamente — com frequência, pela falta de competência dos órgãos da Comunidade. Porém, o autor vê nesta apatia, falta de vontade política em direção à harmonização e adequação do Direito do Trabalho dentro da CE e comprova sua tese com minuciosas considerações.

No campo das Perspectivas, são reiterados os argumentos sobre a necessidade de uma política social europeia, aduzindo elementos destinados a realçar outras três deficiências da CE, a saber: um direito de voto do Parlamento Europeu muito restrito em relação aos atos normativos da Comunidade; falta de transparência às decisões da Comunidade; ausência de uma opinião pública europeia. As mudanças processadas pelo tratado de Maastricht são consideradas positivas, porém insuficientes, porque o referido tratado não prevê novas instituições no campo da política social. Neste ambiente contraditório é que o autor oferece uma série de sugestões para o encaminhamento da questão.

Direito Internacional do Trabalho. Esperança dos Sindicatos? é o último artigo do livro. Aqui o autor, motivado por uma decisão da Corte das Comunidades Europeias — após explicar a ambiguidade

das definições e suas diversas acepções —, utiliza-se do conceito clássico de Direito Internacional do Trabalho para referir a todas aquelas normas internacionais, em especial acordos, convenções e convênios que dizem respeito à execução do trabalho assalariado.

Neste diapasão, o autor discorre sobre os níveis de formação e prioridades de regulamentação das normas internacionais de cunho trabalhista, normalmente derivadas de acordos multilaterais, e no caso alemão, decorrentes da ONU, da OIT, do Conselho da Europa e das Comunidades Européias.

No âmbito da ONU os instrumentos relevantes são os dois Pactos sobre Direitos Humanos e na esfera da OIT figuram-se as convenções e recomendações. Neste ponto são destacados os Códigos de Comportamento para as Empresas Multinacionais aprovados pela OIT e pela OCDE, mas desprovidos de obrigatoriedade à semelhança das recomendações de OIT.

No campo da Europa, explica-nos o Prof. *Wolfgang Daübler*, que o **Conselho da Europa** serviu de fundo institucional para a elaboração de três convenções de grande importância: a Convenção Européia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais de 4.11.50; a Carta Social Européia de 18.10.61; e a Convenção para a Proteção do Indivíduo no Processamento Automático de Dados Pessoais de 28.1.81.

Nos limites da CE todavia, informa-nos o autor a influência dos tratados sobre a competência judicial e a execução de sentenças judiciais em matéria de natureza civil e comercial (também aplicável aos litígios trabalhistas) e sobre o direito aplicável a compromissos de dívidas.

Além disto, destaca-se ainda em relação à CE, o artigo 48 do tratado da CE que garante a liberdade de locomoção e domicílio dos empregados, assim como o artigo 100, I, do mesmo tratado que autoriza o Conselho das Comunidades Européias a promulgar, após sugestão da Comissão, diretrizes para adequação das normas jurídicas e administrativas que têm influência direta sobre a implantação e o funcionamento do mercado comum (neste caso inclui-se também as normas trabalhistas). Em relação às diretrizes, o artigo examina as situações mais destacadas e palpitantes ao Direito do Trabalho.

O movimento seguinte do texto dirige-se a examinar as prioridades de conteúdo, ou seja, a indagar sobre os fatores que motivam várias regulamentações de determinadas questões, enquanto outras são abordadas só excepcionalmente ou nem isso. As justificativas oferecidas pelo autor, além de absolutamente pertinentes, demonstram de maneira cristalina a atualização e o perfeito conhecimento do direito internacional do trabalho por parte do mesmo. Como decorrência deste tópico, em seguida, analisa-se os mecanismos de aprovação dos tratados internacionais em suas várias instâncias e a integração dos instrumentos internacionais no direito alemão.

Porém, apesar da amplitude cada vez maior de direito internacional do trabalho, demonstra-se que a tão decantada distância entre norma e realidade também se processa em relação ao assunto na Alemanha, sobretudo nas decisões judiciais. Tal característica portanto, não deve — segundo o autor —, ser atribuída como falha individual ou introversão nacional dos juristas alemães. Da mesma forma, evidencia-se que aludido “*enfraquecimento*” das normas de direito internacional no âmbito nacional, ao contrário do que muitos imaginam, deve-se a um problema de nível nacional, posto que os órgãos judiciários estão autorizados e até mesmo obrigados a aplicar normas de direito internacional e em grande parte delas não fazem uso.

O Prof. *Daübler* inicia suas explicações sobre o problema valendo-se de oportuna lição segundo a qual, as normas de direito internacional, resultado de um jogo de forças entre as quais não se insere apenas fatos econômicos, políticos e militares, mas também tradições nacionais, ideologias, sistemas de valores e outros elementos da superestrutura, cujo contexto de criação difere certamente do ambiente interno de um determinado país. Posteriormente, agrega o autor outros fatores significativos para explicar a disfunção referida, como por exemplo, a ausência (impossibilidade) de pressão social sobre os órgãos internacionais respectivos por parte dos assalariados, e as dificuldades inerentes da própria estrutura de criação das normas trabalhistas de direito internacional para coroar de êxito o esforço de uniformização das condições da concorrência entre as empresas.

Por fim, são apresentadas as conseqüências do problema anunciado para as disputas atuais, buscando desenvolver princípios de

convivência com o direito internacional do trabalho (*"tentando encher de vida as normas existentes"*), inclusive por meio do envolvimento das instâncias internacionais e dos tribunais alemães.

São esses os pontos que gostaríamos de destacar nesta oportunidade para oferecer ao leitor uma pequena mostra da qualidade desta obra. Trata-se, de fato, de um grande livro.

A singela síntese do livro ora proferida, além dos fatores elencados no início desta apresentação, demonstra a atualidade dos estudos, a inesgotável cultura jurídica e competência do seu autor, assim como a importância para o Direito do Trabalho brasileiro da publicação de *"Direito do Trabalho e Sociedade na Alemanha"*. Com esta edição, a Editora LTr, com a colaboração da *Fundação Friedrich Ebert no Brasil* (ILDES) realiza a primeira tradução para o nosso idioma de trabalhos de Prof. *Wolfgang Daübler*. Esperamos sincera e ansiosamente pelas traduções futuras.

José Francisco Siqueira Neto

*Advogado, Mestre em Direito pela PUC-SP,
Pesquisador do Centro de Estudos Sindicais e de
Economia do Trabalho (CESIT) do IE da UNICAMP,
Membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho.*

CAPÍTULO I

O CONTEXTO GERAL

I.I. Trabalho e Direito na Alemanha Federal

1. Trabalho remunerado e não-remunerado. 2. Formas concretas de trabalho remunerado. 3. O Direito do Trabalho no Sistema Jurídico. 4. Estrutura Externa e Fontes do Direito do Trabalho. 5. Parceria Social como Princípio que Rega Tácita ou Explicitamente a Resolução de Conflitos. 6. Direito do Trabalho de Primeira e de Segunda Classe — Desregulamentação pelo Deslocamento das Fronteiras. 7. Igualdade de Direitos para Homens e Mulheres no Trabalho. 8. As Novas Tecnologias e o Direito do Trabalho. 9. Internacionalização do Direito do Trabalho Alemão. 10. A Exportação do Direito do Trabalho da Alemanha Federal para a ex-Alemanha Oriental.

1. Trabalho Remunerado e Não-Remunerado

Há 15 anos, o tema *trabalho e direito* teria sido identificado automaticamente a *direito do trabalho* e direito. O “trabalho” está regulamentado nessa forma de direito, complementado por algumas normas sobre o trabalho autônomo do empresário, do agricultor e do artesão, normas estas que fazem parte do acervo tradicional dos direitos civil e profissional.

Desde então, a nossa compreensão sofreu uma transformação progressiva: o *trabalho* já não é realizado exclusivamente no contexto do mercado. Em sua definição de *atividade útil* a favor de outros, o trabalho pode ser encontrado nas mais diversas condições. Assim pode ser encontrado por exemplo na família, sobretudo na forma de educação das crianças, bem como nas atividades dos *voluntários* em igrejas, associações, organizações políticas e sindicatos; ele existe na forma de ajuda entre vizinhos que vai desde a prestação de pequenos favores até a participação em mutirões de construção. O número de horas trabalhadas nesses setores *informais* se equipara, de acordo com diversas estimativas, com as da jornada de trabalho *oficial*. O direito do trabalho não tem praticamente nada a ver com esse fenômeno. Também às outras áreas do sistema jurídico cabe quando muito uma função secundária. Não se trata de um problema

jurídico quando, em casos individuais, os deveres familiares deixam de ser cumpridos, ou quando o colaborador voluntário não aparece para um compromisso assumido, ou quando se tem outra coisa mais importante a fazer do que ajudar o vizinho no conserto do carro. A punição se dá a nível social: quem frustra as expectativas dos outros recebe críticas e rejeição. A sanção ordinária do direito civil, a indenização, não vem ao caso. Existem exceções quando há violação do *interesse* de integridade de terceiros: assim o estado inter-vém quando é desrespeitado o "*bem dos filhos*"; mesmo quem presta apenas um favor responde pelo ressarcimento de danos causados culposamente contra a vida, a saúde e a propriedade de terceiros. Nestes casos pode haver até conseqüências de direito penal.

Esse *recuo* da ordem jurídica tem suas vantagens, sendo a mais importante delas a ausência de coação e a conseqüente possibilidade de dispor livremente de seus atos. A grande desvantagem é a ausência de pagamento. Numa sociedade em que a maior parte dos bens só pode ser adquirida no mercado, verifica-se uma marginalização quase que automática do trabalho não-remunerado. Com a atuação do movimento feminista surgiram também propostas de valorização econômica do trabalho doméstico, sem descaracterizá-lo no entanto como tal. Já foram dados os primeiros passos nesse sentido: quem cria um filho recebe um bônus de três anos para efeito de aposentadoria, como se tivesse trabalhado três anos a mais. Outra medida é a compensação por bens aqüestos e benefícios em caso de dissolução do matrimônio: o cônjuge que tiver reunido mais patrimônio ou maior aposentadoria deve ceder a metade do excedente à outra parte⁽¹⁾. Uma espécie de comercialização *artificial* acontece quando o cônjuge que cuida da casa sofre um acidente de trânsito; a indenização das despesas com uma empregada doméstica não é considerada necessariamente como solução satisfatória⁽²⁾.

2. Formas Concretas de Trabalho Remunerado

2.1. Trabalho Autônomo

O trabalho autônomo não está sujeito a um *estatuto* legal. O artigo 12, inciso 1, da Constituição Federal estabelece que o indivíduo

(1) Arts. 1363 e segs. (compensação de aumento patrimonial), 1587 e segs. (compensação de sustento).

(2) Mais detalhes, ver em *Lenze*, "Hausfrauenarbeit. Kritische Analyse und rechtliche Bewertung", Baden-Baden, 1989, págs. 113 e segs.

pode escolher e organizar seu trabalho de acordo com seus desejos. Também as atividades atípicas que não correspondem ao *perfil* de profissão tradicional contam com a proteção constitucional⁽³⁾. A venda de seus produtos e serviços obedece às regras do Código Civil.

A liberdade da atividade autônoma está sujeita à regulamentação do estado em três áreas:

a) Quem quiser exercer uma *atividade artesanal* precisa constatar do registro artesanal. Cabe ao código artesanal definir as abrangências de cada grupo artesanal (p. ex. marceneiro, encanador, electricista, sapateiro, etc.). O registro é obtido só por aqueles que passaram por um treinamento de três anos e fizeram o exame de mestre-artesão. A organização do treinamento, a realização de provas e exames e o controle do exercício da profissão são em sua maior parte delegados às câmaras profissionais, que funcionam como corporações compulsórias a que devem estar filiados todos os profissionais da respectiva área.

b) As profissões liberais são regulamentadas de modo semelhante. Também os médicos, dentistas e farmacêuticos bem como advogados, consultores e arquitetos estão organizados em câmaras (conselhos). Só que nesses casos a formação é atribuição das escolas superiores.

c) Certas atividades que geralmente não podem ser executadas por um único indivíduo necessitam de autorização e supervisão por parte do Estado por causa de sua periculosidade. Esta premissa se aplica a todas as atividades produtivas que emitem determinados poluentes para o ambiente, para a tecnologia nuclear, mas também para o armazenamento de dados pessoais em centros de processamento⁽⁴⁾.

Nas estatísticas, os autônomos aparecem como exceção relativamente insignificante. Apenas 8,53% de todas as pessoas economicamente ativas exerciam em maio de 1987 uma atividade autônoma⁽⁵⁾. 1,78% eram colaboradores familiares que podem ser encon-

(3) BVerfGE 14, 19, 22 — Profissão montador de máquinas automáticas.

(4) Ver especialmente *Simitis-Rydzy*, "Von der Mitbestimmung zur staatlichen Administration: Arbeitsbedingungen bei riskanten Technologien. Eine Studie am Beispiel der Nuklearindustrie", Baden-Baden, 1984.

(5) "Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland", 1990, pág. 104.

trados sobretudo na agricultura, no varejo e em atividades artesanais. 80,62% de todos os ativos eram operários e empregados. 9,07% eram funcionários públicos e militares⁽⁶⁾. Assim, praticamente nove entre dez pessoas economicamente ativas são assalariadas, pois de lá para cá não houve mudanças maiores nesta relação. Enquanto a condição de funcionário público se fundamenta em ato administrativo, sendo regulamentada exclusivamente por lei, estão os operários e empregados sujeitos ao direito do trabalho. Este último estará no centro de nosso estudo.

2.2. Trabalho assalariado

A separação entre o trabalho *autônomo* e o *assalariado* não tem a mesma exatidão de uma construção geométrica. Empregado é aquele que, na execução de seu trabalho, está sujeito às ordens de outra pessoa. Nesse sentido, o empregado é pessoalmente *dependente*. Em casos individuais não está sempre claro se existe tal dependência ou não; na jurisprudência depende, por exemplo, do fato de a pessoa fazer parte de uma organização, de modo que outros esperam que a pessoa realize uma certa tarefa dentro de um determinado prazo⁽⁷⁾. A definição do que seja um empregado compete ao Poder Judiciário; mesmo que ele decida desta maneira sobre a área de aplicação de todo o direito do trabalho, não existe nada a objetar a essa situação, pois segundo pronunciamento do Tribunal Constitucional não há necessidade de regulamentação por parte do legislador nesse particular⁽⁸⁾.

Não importa que nome as partes dêem ao contrato; mesmo o *colaborador* livre e o *subcontratado* estarão sujeitos ao direito do trabalho se, no caso individual, existir a dependência pessoal exigida pelo Poder Judiciário⁽⁹⁾.

Apesar dessa aparente clareza há também na Alemanha Federal um grupo de empregados que poderiam ser comparados aos *parasubordinati* italianos⁽¹⁰⁾. Em muitos casos o empregador pode

(6) "Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland", 1990, pág. 104.

(7) BAG, "DB" 1980, 1996

(8) BVerfGE 59, 231 e segs.

(9) BAG "AP" n. 15 sobre Art. 611 BGB (Dependência).

(10) A respeito Ghezzi, Giorgio; Romagnoli, Umberto, "Il rapporto del lavoro", Bolonha, 1987, art. 51.

organizar o trabalho de uma forma tal que seja evitada a *dependência pessoal*, fazendo com que, paralelamente, a dependência econômica seja tão forte que existe de fato uma dedicação total ao serviço contratado. Um exemplo clássico dessa situação são os trabalhadores domésticos, e exemplos modernos encontramos nos *free lancers* das estações de rádio e televisão e nos assim chamados *novos autônomos*, que são empregados transformados em carreteiros autônomos, gerentes de filial que agem por própria conta e risco depois de assinar um contrato de *franchising*, empresas individuais encarregadas de determinadas funções nos canteiros de obra⁽¹¹⁾. Enquanto os trabalhadores domésticos continuam equiparados juridicamente aos empregados comuns⁽¹²⁾, revela-se difícil a situação das outras pessoas que exercem funções parecidas com as de empregados, pois os princípios do direito do trabalho só se aplicam a eles excepcionalmente, e a seguridade social só existe para eles se pagarem integralmente do próprio bolso as contribuições previdenciárias (inclusive a parte que costuma caber ao empregador).

2.3. Trabalho ilegal

Tanto o trabalho autônomo quanto o assalariado podem existir à revelia das regras do sistema jurídico vigente. É estimado em 8% a participação do trabalho ilegal no PIB da Alemanha⁽¹³⁾. Em consequência da chegada de um grande número de migrantes dos países do Leste europeu é provável que essa porcentagem tenha ainda aumentado ultimamente.

O trabalho ilegal apresenta-se sob as mais diversas formas. A lei contra o trabalho não legalizado⁽¹⁴⁾ se refere tão-somente àqueles pessoas que, registradas como desempregados, deixam de informar as agências do Instituto do Trabalho sobre atividades profissionais exercidas, que fazem trabalhos artesanais sem estarem habilitados para tanto ou que não legalizaram sua microempresa. A

(11) Ver outros exemplos em Däubler, W., "Das Arbeitsrecht 2", Reinbeck, 1990, pág. 943 e seg.

(12) Lei do trabalho doméstico, de 14 de março de 1951 (BGBl I, 191), alterada parcialmente pela última vez pela lei de 13 de julho de 1988 (BGBl I, 1034).

(13) Morin, em: "Soziales Europa", caderno n. 3/1988, pág. 12. Para Portugal e a Itália a estimativa é de 20%.

(14) de 30.3.1957 (BGBl I, 315) alteradas pela lei de 29.01.1982 (BGBl I, 109).

mesma importância cabe hoje ao emprego de mão-de-obra estrangeira sem a devida permissão de trabalho, aos serviços temporários agenciados ilegalmente e à contratação de assalariados que não recolhem imposto de renda e contribuições sociais. A atividade das prostitutas, finalmente, atenta, segundo o artigo 138, inciso 1, do Código Civil, contra os bons costumes.

O trabalho ilegal é um trabalho discriminado. Essa discriminação se manifesta até mesmo na maneira como é registrado pela opinião pública e pela ciência: sabe-se que existe mas não se fala desse trabalho. Pior é que não se aplicam a ele as regras comumente aceitas pelo mercado: os contratos de compra e venda e de prestação de serviços são nulos, e o mesmo se deve dizer também da troca de trabalho por salário. Mesmo que o trabalho seja assalariado, não existe seguridade social. O trabalho ilegal é um trabalho totalmente desprotegido; a remuneração costuma ficar muito aquém dos níveis acertados em contratos coletivos⁽¹⁵⁾. O direito do trabalho revela *boa vontade*, mas fica de mãos amarradas: em princípio considera a atividade ilegal do passado como tendo sido legal, de modo que o empregado pode exigir o pagamento do salário da categoria ou uma remuneração adequada, de acordo com o artigo 612 do Código Civil⁽¹⁶⁾. Na prática, o *trabalhador ilegal* não tem como fazer valer esse seu direito porque vive em total dependência, com risco de perder seu emprego ou até sob a ameaça de sanções penais por sonegação de impostos. Até certo ponto constitui exceção o trabalho ilegal de temporários, pois segundo o artigo 10 da Lei de Cessão de Empregados⁽¹⁷⁾ origina-se automaticamente um vínculo empregatício com o dono da empresa que aluga os temporários a terceiros⁽¹⁸⁾. Mas, também nesse caso é necessário percorrer um caminho cheio de obstáculos de ordem psicológica e social para chegar finalmente à legalização.

(15) Exceções no caso de prostituição e atividades criminosas, cujo peso numericamente é pequeno.

(16) BAG "AP" n. 2 sobre art. 138 do BGB. Esta é a aplicação concreta mais importante do assim chamado vínculo empregatício de fato. Ver a esse respeito, p. ex. Söllner, "Grundriss des Arbeitsrechts", 9ª ed., Munique, 1987, especialmente pág. 17.

(17) Lei de cessão de empregados, de 7 de agosto de 1973 (BGBl I, 1393) alterada pela lei de 14 de junho de 1985 (BGBl I, 1068), e, posteriormente, pela lei de 22 de dezembro de 1989 (BGBl I, 2406).

(18) Ver p. ex., o caso BAG "AuR" 1984, 348, com comentário de Ulber.

3. O Direito do Trabalho no Sistema Jurídico

As normas jurídicas relativas aos empregados constituem uma área jurídica própria, regida por princípios próprios. Ao contrário do que afirmam por vezes autores liberais⁽¹⁹⁾, o direito do trabalho não é um simples derivado do direito civil.

Em primeiro lugar, são outros os seus objetivos. Quanto ao conteúdo, o direito do trabalho retoma parte dos interesses emancipatórios do movimento operário estabelecendo condições mínimas para a troca de força de trabalho por salário. Neste sentido exerce uma função protetora. Mas não é esse seu único objetivo. Há também normas que delimitam os poderes dos sindicatos visando sobretudo excluir qualquer risco para o sistema. Um exemplo é a proibição de greves espontâneas⁽²⁰⁾ ou a obrigação do conselho de representantes de orientar-se pelos interesses dos empregados e pelo bem da empresa. Ambos os objetivos não se integram simplesmente no direito civil tradicional, cuja função de controle se limita à definição de normas gerais para o comportamento no mercado.

Em segundo lugar, só uma parte das normas jurídicas se liga à figura abstrata do proprietário de mercadorias. Se por um lado as regras formais de contratação e demissão ainda estão de acordo com o direito civil quanto à sua estrutura, já não acontece o mesmo com o direito de segurança no trabalho. Este não se preocupa com um indivíduo abstrato que deve ser protegido contra danos à sua saúde. O verdadeiro objeto da ação protetora é a saúde do homem individual e concreto em sua situação como empregado na empresa⁽²¹⁾. Isso tem consequências para a estrutura das normas de direito: enquanto o direito civil tradicional podia limitar-se a estabelecer normas gerais e abstratas, é outra a realidade do direito de segurança no trabalho: os riscos de saúde numa indústria química são certamente diferentes dos riscos de uma metalúrgica ou de uma empresa de prestação de serviços. Por isso, se faz necessária a descentralização da fixação de normas, podendo chegar ao estabelecimento de regras de procedimento específicas a nível de

(19) Ver sobretudo o texto do "Grupo de Kronberg" "Mehr Markt im Arbeitsrecht", Frankfurt-Main, 1986.

(20) BAG "AP" n. 32 sobre o artigo 9º da Constituição (conflito trabalhista), jurisprudência permanente.

(21) Art. 2, inciso 1, do BetrVG.

empresa ou até de área⁽²²⁾. Ao lado disso dá-se uma certa *coletivização* pelo enfoque no ser humano concreto: já que ele não existe isoladamente como proprietário de uma mercadoria dentro da empresa, mas inserido em todo um contexto de divisão de trabalho, só é possível mudar a sua situação por meio de uma atuação conjunta⁽²³⁾. Esta nova forma de direito não cabe dentro das categorias de mercado do direito civil, sobretudo em relação à doutrina do ato jurídico; basta pensar nas dificuldades que enfrentaria a construção de um direito subjetivo à greve⁽²⁴⁾ ou a definição exata do conceito de obrigatoriedade de um plano social em caso de mudanças na empresa⁽²⁵⁾.

Em terceiro lugar está prevista também na própria Constituição a existência de um direito do trabalho auto-suficiente, uma vez que são mencionadas competências legislativas distintas para o *direito civil* no artigo 74, n. 1, da Constituição e para "o direito do trabalho inclusive Lei Constitucional de Empresas, segurança do trabalho e agenciamento" no artigo 74, no 12; no artigo 95, inciso 1, da Constituição garante-se, além disso, uma Justiça do Trabalho independente.⁽²⁶⁾ Fazendo sua esta interpretação, o Tribunal Constitucional desde o início se refere a uma *área jurídica independente e auto-suficiente que existe ao lado do direito civil*⁽²⁷⁾. Até mesmo o direito de contratação de serviços do Código Civil estaria em grande parte *excluído e modificado*⁽²⁸⁾; o direito do trabalho teria sido *totalmente separado* do direito privado, transformando-se então numa *área jurídica especial de índole própria*⁽²⁹⁾. Esta é também a perspectiva do

(22) Sobre princípios de uma diferenciação do direito civil segundo setores sociais, *Damm Juristenzeitung* 1986, 916; sobre o caso específico do direito das sucessões, ver *Däubler, W.*, "Alternativkommentar zum BGB", vol. 6 (direito das sucessões), Neuwied/Darmstadt, 1990, introdução, número marginal 27 e segs.

(23) *Sinzheimer*, "Das Weltbild des bürgerlichen Rechts", 1932, reimpressão em: "Arbeitsrecht und Rechtssoziologie", vol. 2, Colônia, 1975, pág. 313 e segs. Visão semelhante de *Ghezzi, Giorgio; Romagnoli, Umberto*, ob. cit., pág. 1.

(24) Visão sinóptica em *Däubler, W.*, "Arbeitskampfrecht", Baden-Baden, 1987, Número marginal, 128 e segs.

(25) Ver por ex. o problema do compromisso com uma decisão de desativação ou da desativação fictícia.

(26) A relação entre a existência de um ramo especial do Poder Judiciário e a autonomia do Direito do Trabalho é aprofundada por *Wedderburn*, ILJ 16 (1987), pág. 16 e segs.

(27) BVerfG — BVerfGE 7, 342 LS 2.

(28) *Idem* 350.

(29) *Idem*, 350, 351. Decisão confirmada ultimamente por BVerfG "Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht" 1988, 355.

legislador, se bem que manifestada em lugar aparentemente oculto. O artigo 3, inciso 2, da lei de formação profissional determina que ao contrato de treinamento e aprendizagem devem ser aplicadas as normas e os *princípios jurídicos válidos para o contrato de trabalho*. Só uma área jurídica própria pode dispor de princípios jurídicos próprios.

O alcance prático desta constatação se revela não apenas na interpretação mas também na redução de normas do direito do trabalho: faz muita diferença por exemplo excluir um determinado grupo de pessoas dos benefícios da lei de proteção contra demissões baseando-se tão-somente no direito civil ou considerando também o princípio de manutenção de direitos adquiridos que existe no direito do trabalho.

4. Estrutura Externa e Fontes do Direito do Trabalho

4.1. Auto-ajuda e normas de conteúdo protetor

O direito do trabalho divide-se em duas grandes partes:

De um lado está o direito de *auto-ajuda* coletiva que abrange todas aquelas normas jurídicas que possibilitam a defesa em comum dos interesses de empregados assalariados. Entre estas normas se incluem a liberdade de coalizão, a autonomia da negociação coletiva e — uma especialidade alemã — A Lei Constitucional de Empresas e a co-gestão. Devem ser mencionadas neste contexto também as possibilidades (aliás muito reduzidas) de defesa dos interesses frente aos órgãos do Estado. Convencionalmente se chama essa parte de *direito coletivo do trabalho*.

Ao lado do direito de auto-ajuda encontra-se a garantia estatal de padrões mínimos e de definição das obrigações dos empregados. A sua parte mais importante é a proteção da saúde dos trabalhadores no emprego, mas incluem-se também a proteção contra demissões e toda uma série de direitos e obrigações específicas que resultam do vínculo empregatício⁽³⁰⁾. Essa parte é chamada tradicionalmente de *direito individual do trabalho*, mesmo que esse termo não corresponda plenamente à realidade: quanto ao conteúdo trata-se de muito mais do que de relações meramente contratuais. A abordagem de certas questões específicas, como *contratação* do empre-

(30) Esta distinção encontra-se quanto ao conteúdo já em *Sinzheimer*, ob. cit. "Arbeitsrecht und Rechtssoziologie", págs. 102/103), onde ele fala de "legislação de liberdade trabalhista" e de "legislação de proteção trabalhista".

gado, "equivalência salarial entre homem e mulher" ou "demissão por necessidade da empresa", pressupõem também aqueles princípios que fundamentam a negociação de contratos coletivos e os direitos de co-gestão.

4.2. Direito do Trabalho como Direito Escrito

A Alemanha Federal não tem Código do Trabalho. Hoje em dia existe um grande número de leis trabalhistas isoladas que tiveram origem nas mais diversas épocas. Enquanto o contrato de trabalho continua baseado em grande parte nos artigos 611 a 630 do Código Civil⁽³¹⁾, houve uma ampla reformulação do direito coletivo do trabalho depois da segunda guerra mundial, com nítida influência de regras estabelecidas na época da República de Weimar. O resquício mais importante da era fascista ainda é a regulamentação dos horários de trabalho que data de 1938⁽³²⁾.

A Constituição parece à primeira vista de pouca importância para o direito do trabalho. Exceto a liberdade de coalizão do artigo 9, inciso 3, a livre escolha do emprego no artigo 12, inciso 1, e o princípio do estado social firmado no artigo 20, não parece conter outras determinações sobre o trabalho assalariado. Mas, a realidade é bem outra.

a) Na assinatura de contratos coletivos e acordos nas empresas devem ser respeitados os direitos do indivíduo, entre os quais se destacam por exemplo a equiparação de homem e mulher (artigo 3, inciso 2), a proteção do matrimônio e da família (artigo 6, inciso 1) e a garantia da propriedade que se estende aos direitos de valor patrimonial dos empregados.

b) A garantia de coalizão do artigo 9, inciso 3, da Constituição expressa verbalmente um direito individual, mas o Tribunal Constitucional vê nela a base para atividades sindicais nas empresas, para negociações e contratos coletivos e para a participação dos sindicatos nos estatutos da empresa⁽³³⁾. O próprio direito de greve é derivado desta garantia⁽³⁴⁾.

(31) O BGB data de 1896, tendo entrado em vigor em 1900.

(32) Sobre a problemática na Itália, ver *Giugni*, "DLRI", 1982, 373 e segs.; *Romagnoli, Umberto*, "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1983, 11 e segs.

(33) Visão sinóptica em *Däubler, W.*, ob. cit., "Ratgeber Arbeitsrecht", Reinbeck, 1993, pág. 49 s.; *Söllner*, ob. cit., pág. 56 e segs.

(34) BAG "DB" 1980, 1266, coluna da direita.

c) Valores de direito constitucional reaparecem também na definição dos direitos e deveres decorrentes do vínculo empregatício⁽³⁵⁾ e obrigam o legislador, ou então o juiz que age como seu representante, a procurar sempre um equilíbrio conveniente dos interesses no contrato de trabalho⁽³⁶⁾. Atenção especial mereceu recentemente a proibição do trabalho dominical no artigo 140 da Constituição, remetendo para o artigo 139 da Constituição de Weimar⁽³⁷⁾. Interessa aqui também a decisão do Tribunal Constitucional que declarou inconstitucional por violar o princípio de igualdade a prática de estatuir prazos diferentes de aviso prévio para os operários e os empregados administrativos⁽³⁸⁾.

O direito do trabalho deve grande parte de sua estabilidade a esse fato de estar *permeado* de normas constitucionais. Como são muito raras mudanças na Constituição, seja por iniciativa do legislador, seja por modificação da jurisprudência pelo Tribunal Constitucional, mantém-se a sua estrutura básica inalterada durante dezenas de anos⁽³⁹⁾.

4.3. Direito do Trabalho e a Jurisprudência

O direito *real* que determina o comportamento de empregadores e empregados é encontrado só em parte nos textos da lei. Inúmeras regras, muitas vezes de extraordinária importância, foram desenvolvidas pela Justiça do Trabalho, mas sobretudo pelo Tribunal Federal do Trabalho e pelo Tribunal Federal Constitucional. Isso se aplica não somente aos conflitos trabalhistas, que não foram regulamentados pela lei, mas também a matérias que o legislador já contemplara perfeitamente. A lei de proteção contra demissões menciona, por exemplo, a rescisão do contrato de trabalho por razões de *ordem pessoal*. Na jurisprudência desenvolveu-se o princípio de que uma doença pode ser motivo de demissão, desde que ela faça pre-

(35) Exemplo: continuação no emprego até a sentença judicial no processo de proteção contra demissão (BAG "DD" 1905, 2197 e segs.).

(36) BVerfG "Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht" 1990, 390: "Onde falta um equilíbrio de forças entre os envolvidos não é possível garantir uma conciliação objetiva dos interesses apenas à base dos recursos do direito contratual. Se numa situação como essa se dispõe sobre posições asseguradas pelo direito constitucional, é necessário que o Estado intervenha com sua regulamentação compensatória."

(37) Ver a esse respeito, *Richardi*, "Grenzen industrieller Sonntagsarbeit. Ein Rechtsgutachten", Bonn, 1988.

(38) BVerfG, "DB", 1990, 1565.

(39) Texto fundamental sobre a influência da Constituição sobre o direito do trabalho: *Kahn-Freund, Otto*, "DLRI", 1979, 77 e segs.

ver faltas no futuro, com os conseqüentes transtornos para o funcionamento da empresa⁽⁴⁰⁾. Sem apoio direto no texto da lei, a jurisprudência exige também que a demissão seja precedida de uma avaliação abrangente dos interesses de ambas as partes⁽⁴¹⁾. Mas, só uma análise cuidadosa das decisões judiciais permite inferir quais sejam os aspetos a serem tomados em consideração: a situação econômica da empresa, o tempo de serviço, a obrigação do empregado de prover o sustento de dependentes, etc. Os tribunais desenvolveram uma rede fina de normas "quase-jurídicas" cujo conhecimento é indispensável para todos aqueles que assessoram alguma corporação, algum empregador, conselho de representação ou empregado individual. Ao contrário do que acontece no mundo jurídico anglo-americano, as decisões não têm formalmente caráter compulsório, mas em pelo menos 99% de todos os casos pode-se contar com uma sentença orientada na jurisprudência anterior.

O *direito judicial* se forma sobre a base de um cabedal extremamente rico de *matéria processual*". A cada ano se registram na (antiga) Alemanha Federal entre 300.000 e 350.000 processos trabalhistas⁽⁴²⁾. Mais ou menos dez por cento desse total é decidido por sentença, nos outros casos chega-se normalmente a um acordo entre as partes litigantes. Assim, o Poder Judiciário se revela aberto aos conflitos sociais decidindo-os via de regra no sentido da racionalidade predominante⁽⁴³⁾.

A apresentação dos envolvidos e as próprias sentenças denotam elevado dispêndio de arrazoamento. Ao contrário do que se vê comumente na França, as decisões do Tribunal Federal do Trabalho podem chegar perfeitamente a um volume de 50 páginas impressas.

4.4. A "Doutrina Predominante"

Enquanto não se dispõe de uma jurisprudência confirmada pelos diversos tribunais superiores a respeito de um certo problema, a prática jurídica procura orientar-se pela opinião defendida em ma-

(40) Ver a respeito Weller, "Das Arbeitsrecht der Gegenwart 20", 1983, pág. 77 e segs. Ultimamente, BAG "DB" 1989, 2075.

(41) BAG "AP" n. 6 sobre o art. 1 da lei de proteção contra demissões, jurisprudência permanente.

(42) Dados segundo BArbBl, cad. 7-8/1989, págs. 163-165.

(43) Especialmente claro nos conflitos trabalhistas onde a greve é funcionalizada em apoio à autonomia de contratação coletiva sem considerar outras formas de interpretação dos direitos constitucionais. Ver também, Blanke, "AuR", 1989, 2 e segs.

nuais, comentários, monografias e artigos de juristas *reconhecidos*. Assim reportam-se os empregadores, os sindicatos e os conselhos de representação em suas contendas não raramente a proposições doutrinárias de cientistas jurídicos; por vezes são encomendados pareceres que têm a finalidade de sustentar uma posição própria em áreas pouco ventiladas. Os resultados da interpretação dada por relativamente poucas pessoas — professores, magistrados, consultores jurídicos, advogados de renome e juristas exponenciais — adquirem desta maneira força quase legal, pois a experiência ensina que os tribunais se orientam em casos controvertidos na *doutrina predominante*⁽⁴⁴⁾.

Justamente no campo do direito do trabalho, o debate científico na Alemanha Federal não é absolutamente nenhum discurso livre de *influências dominantes*. Sobretudo os interesses das federações patronais e dos sindicatos (com restrições) encontram maneiras de manifestar-se em doutrinas científicas. A quase todos os autores se atribui uma certa inclinação para esse ou aquele lado. Raramente alguém troca de posição. As formas de debate não primam pela distinção; não faltam até argumentos que vão desde a pedra lascada à bolsa de tintas e à faca traiçoeira. Ainda não se cristalizou uma *cultura da contenda*, com regras universalmente aceitas. Quanto ao conteúdo, a doutrina alemã se diferencia da dos países latinos sobretudo em dois pontos:

a) As discussões costumam girar em torno de questões bem concretas. A argumentação dogmático-jurídica ocupa o primeiro plano, enquanto os conhecimentos científico-sociais se mantêm mas discretamente em segundo lugar. A controvérsia em torno da aceitação da jornada de 35 horas semanais pode servir como ilustração dessa situação: a discussão não girava em torno das funções e dos limites da autonomia de negociação coletiva ou da relação entre a ordem jurídica estatal e a de origem particular, e sim em torno de um problema tão simples como a possibilidade de se estabelecer no contrato de trabalho particular uma jornada mais longa que a do contrato coletivo.⁽⁴⁵⁾ Esta questão se decide afinal pela opção mais *van-*

(44) Zimmermann, Rita, "Die Relevanz der herrschenden Meinung für Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts", Berlin, 1983.

(45) A favor: Buchner, "DB", 1989, 2030; Zöllner, "DB" 1989, 2124; contra: Däubler, W., "DB" 1989, 2534; Zachert, "DB" 1990, 986. Sobre um processo diante do Tribunal Federal do Trabalho que terminou com a desistência da ação por parte do empregado, ver Neumann, D., "Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht" 1990, 962.

tajosa entre trabalhar mais tempo ganhando mais dinheiro ou ter uma jornada mais curta com salário menor. Assim algumas intervenções ganham feições por demais concretas.

b) A tradição do direito do trabalho da época de Weimar encontra continuação em um ou outro autor mas não na ciência jurídica como tal. O motivo disso deve ser procurado, por um lado, na abordagem detalhista, por outro, no fato de muitos temas, que na elaboração da ordem jurídica de Weimar ainda necessitavam de explicação, terem agora ficado óbvios. Mais decisiva, porém, é certamente a distância histórica e sócio-política. A pergunta *Weimar — e poi?*⁽⁴⁶⁾ receberia da parte de muitos a resposta espontânea e *poi il fascismo*. Outros ainda consideram suspeitas as opções sócio-políticas de *Sinzheimer* e de sua escola, já que para eles o *status quo* não representava de modo algum o melhor dos mundos possíveis.

4.5. Contratos Coletivos e Acordos a Nível de Empresa

A situação jurídica concreta do empregado individual não depende somente de leis, da Constituição, da Jurisprudência e da *doutrina predominante*. Levantamentos feitos pelo Ministério do Trabalho revelam que mais ou menos 17 (de 20) milhões de empregados vivem sob o regime de um ou mais contratos coletivos⁽⁴⁷⁾. E nos novos Estados da ex-Alemanha Oriental a situação já passou a ser análoga. Esses contratos variam muito quanto a conteúdo e nível de proteção. Na abastada indústria química se pagam salários bem mais altos que no setor têxtil; no Estado de Baden-Württemberg se ganha mais que em Schleswig-Holstein⁽⁴⁸⁾. Varia também de setor para setor a jornada de trabalho; em 30.06.1990, a média se situava em 37,7 horas semanais⁽⁴⁹⁾. No setor público existe um amplo sistema de proteção contra demissões baseado em contratos coletivos; quem estiver com 40 anos de idade e tiver trabalhado durante 15 anos no setor público só pode ser despedido por *motivo grave*. Regras semelhantes encontramos na economia privada apenas para funcionários mais velhos (p. ex. a partir de 53 anos de idade), desde que tenham também um longo tempo de serviço.

(46) *Romagnoli, Umberto*, "Il Diritto dal Lavoro", Bologna, Zanichelli, pág. 77 ("Weimar — und was dann?").

(47) *Clasen, BArbBl*, cad. 3/1990, pág. 11

(48) Ver a respeito, *Kurz-Scherf*, WSI-Tarifarchiv und WSI-Mitt. — DGB 1989, 120.

(49) *Bispinck*, WSI-Tarifarchiv, WSI-Mitt. 1990, 548.

O conselho de representação dos empregados e a direção da empresa podem assinar também acordos a nível de empresa, contanto que seu objeto não tenha sido regulamentado já por contrato coletivo. Na prática, esta limitação é muitas vezes desrespeitada; em muitas empresas o conselho de representação negocia o pagamento de salários superiores aos definidos no contrato coletivo.

Contratos coletivos e acordos a nível de empresa são recursos de que empregados organizados dispõem para conseguir vantagens materiais e maior segurança de emprego. Paralelamente, esses instrumentos fazem com que o direito do trabalho se torne um sistema flexível: dependendo da situação econômica de um setor ou de uma determinada empresa e em função da força reivindicatória dos empregados é possível criar condições melhores ou piores. Em muitos casos, os contratos coletivos têm uma espécie de papel pioneiro: inicialmente chega-se a melhorias em alguns poucos setores isolados, mais tarde o legislador estende essas conquistas a toda a economia. Um exemplo é a continuação do pagamento do salário em caso de doença, ou as férias para fins de aperfeiçoamento profissional que hoje já estão garantidas por lei em alguns Estados.

5. Parceria Social como Princípio que Rege Tácita ou Explicitamente a Resolução de Conflitos

5.1. Lei Constitucional de Empresas

O conselho de representação dos empregados é parceiro do empregador podendo *participar* de uma série de decisões.

Essa parceria entre o conselho e o empregador decorre da norma do artigo 2, inciso 1, da Lei Constitucional de Empresas que obriga ambas as partes a uma *cooperação confiante*, de modo que o conselho não deve procurar o conflito e sim a cooperação. Em seu conteúdo, o artigo citado exige que o conselho se oriente em suas ações não apenas pelo bem dos empregados, mas também o de toda a empresa.

O artigo 74 do mesmo estatuto concretiza estas normas gerais. De acordo com o inciso 1, o empregador e o conselho devem reunir-se pelo menos uma vez por mês para discutir questões controversas, com *disposição* séria de chegar a um *acordo*. Segundo o inciso 2 do mesmo artigo é vetado ao conselho, iniciar ou apoiar me-

didas de conflito trabalhista contra o empregador. Além disso proíbe-se ao conselho de representação atividades político-partidárias, com exceção expressa apenas para questões sócio-políticas, econômicas ou ligadas a contratos coletivos, desde que digam respeito diretamente à empresa e a seus empregados. Finalmente, o conselho de representação deve *abster-se de todas as atividades que comprometam a rotina de trabalho ou a paz interna da empresa*.

A *contrapartida* destas condições são os direitos de co-gestão. Estes se referem a determinados assuntos relacionados expressamente. Todos os assuntos não mencionados continuam automaticamente de competência exclusiva do empregador. A co-gestão prevê por exemplo participação em decisões sobre a sistemática do trabalho, início e fim da jornada diária, trabalho com jornada reduzida e horas extras, supervisão das instalações técnicas e a negociação de planos sociais em caso de mudanças substanciais na empresa. Não existe co-gestão plena na contratação de empregados, e antes de qualquer demissão deve ser ouvido o conselho de representação dos empregados. Estão excluídas da co-gestão participativa sobretudo as decisões sobre investimentos.

O que vem a ser então *co-gestão*? Objetivamente falando trata-se de uma competência de ação dividida: o empregador não pode agir sem o consentimento do conselho; atos unilaterais carecem de validade jurídica⁽⁵⁰⁾. O conselho por seu lado tem o direito de propor uma certa forma de regulamentação das questões em debate; além disso, pode também partir dele a iniciativa. Se não se chegar a um consenso, cabe a decisão a uma comissão conciliadora composta de um número igual de assessores do lado empregador e do lado do conselho dos empregados (normalmente de dois a quatro), além de um presidente neutro. A escolha da pessoa *neutra* deve resultar de um consenso entre ambas as partes, caso não se chegue a esse consenso, cabe à Justiça do Trabalho indicar um presidente. A comissão de conciliação decide por maioria. Se o conselho perder, pode o empregador executar a medida desejada; se a decisão for a favor do conselho, o empregador deve desistir de seu projeto ou até tomar as medidas propostas pelo conselho de representação dos empregados.

(50) Referências sobre a jurisprudência e a literatura em: *Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither*, BetrVG, Handkommentar, Munique 1990, Art 87, Número marginal 23.

5.2. Sindicatos

Enquanto o conselho de representação é eleito por todos os empregados de uma empresa, é voluntária a adesão ao sindicato. Mais ou menos 35% de todos os empregados e funcionários públicos estão filiados a um dos 16 sindicatos da Federação Alemã de Sindicatos (DGB)⁽⁵¹⁾. A Federação Alemã de Empregados (DAG) e a Federação Alemã de Funcionários (DBB) chegam a congregar apenas uns 2,5% cada uma⁽⁵²⁾.

A principal função dos sindicatos é a negociação de contratos coletivos. Normalmente esses contratos valem para todo um setor ou para uma parte regionalmente delimitada. O primeiro tipo tem como exemplo o contrato coletivo do funcionalismo público que se aplica a todos os funcionários da administração pública (inclusive dos municípios). O segundo tipo pode ser encontrado nos grandes setores industriais. Na indústria metalúrgica, por exemplo, há um contrato coletivo para a região Nordwürttemberg-Nordbaden ou para a região do Baixo Vístula.

Quanto ao objeto, os contratos coletivos se referem essencialmente aos salários e à jornada de trabalho, mas em casos isolados podem ser reguladas também medidas compensatórias em processos de racionalização ou questões modernas como o incentivo ao trabalho feminino ou a proteção de empregados de certa idade.⁽⁵³⁾ As opiniões divergem em relação à possibilidade de incluir a decisão sobre investimentos como item de contratos coletivos.⁽⁵⁴⁾ Na prática, essa discussão não tem maior importância, já que a força de negociação dos sindicatos não costuma ser suficiente para discutir exigências dessa natureza com alguma possibilidade de sucesso. Muitas questões, como a seguridade social e a segurança no trabalho obedecem a normas legais, de modo que nestas áreas praticamente já não há o que regulamentar em contratos coletivos.

No sistema alemão de relações do trabalho detêm os sindicatos o monopólio da greve: só eles têm o direito de convocar uma gre-

(51) Detalhes com Löhlein em: *Kiltner*, "Gewerkschaftsjahrbuch" 1990, Colônia, 1990, pág. 67 e segs.

(52) Dados em ob. cit., "Statistisches Jahrbuch", pág. 634.

(53) Blspinck/WSI-Tarifarchiv, WSI-Mitt. 1990, 548 e segs.

(54) P. ex. BAG, "DB" 1991, 181, e na literatura *Runggaldier*, "Kollektivvertragliche Mitbestimmung bei Arbeitsorganisation und Rationalisierung", Frankfurt/Main, 1983; *Wiedemann*, "RdA", 1986, 231 e segs.

ve legal, que terá necessariamente como objetivo a assinatura de um novo contrato coletivo⁽⁵⁵⁾. Esta atribuição está de acordo com o modelo de parceria social que prevalece nas relações de trabalho na Alemanha: conforme acentuou em diversas oportunidades o Tribunal Federal do Trabalho, a celebração de contratos coletivos também está subordinada ao princípio de ordem e apaziguamento da vida do trabalho⁽⁵⁶⁾.

Ao lado dos contratos coletivos existem outras formas importantes de os sindicatos influírem de modo informal tanto nas empresas isoladamente quanto na administração pública. Um fator decisivo é a composição político-partidária do governo, mesmo que os dois grandes partidos não difiram em princípio: apesar de haver tradicionalmente uma colaboração mais estreita entre o SPD (Partido Social Democrata) e os sindicatos da DGB, existe da parte do SPD o cuidado de não preterir o lado empresarial em questões fundamentais. E o CDU respeita até certo ponto também a opinião dos sindicatos, apesar de sua ligação estreita com os representantes da indústria e do comércio.

5.3. Coordenação dos Conselhos de Representação e dos Sindicatos

O enfoque isolado dos direitos de co-gestão e do sistema de contratação coletiva poderia induzir à idéia de que as duas realidades funcionam lado a lado de modo independente, como se os sindicatos fossem responsáveis pela área supra-empresarial e os conselhos de representação pela área intra-empresarial. Na verdade, o direito vigente concede ao sindicato uma série de direitos também dentro da empresa.

Em primeiro lugar existe a prerrogativa do contrato coletivo. Na medida em que existem regras fixadas no contrato coletivo fica excluída a possibilidade de co-gestão do conselho de representação⁽⁵⁷⁾. Conseqüentemente, o contrato coletivo pode reduzir a área de atuação dos conselhos; mas por outro lado pode também vir a ampliar

(55) Sinopse em Däubler, W., ob. cit., "Das Arbeitsrecht I", Reinbeck, 1990, pág. 238e segs.; Löwisch, (ed.), "Schlichtungs-und Arbeitskampfrecht", Wiesbaden, 1989, número marginal 481 e segs.

(56) BVerfGE 50, 92, 371, jurisprudência permanente.

(57) Conclusão do Art. 77, inciso 3, do BetrVG, bem como da introdução ao Art. 87, Inciso 1, do BetrVG.

suas competências previstas pela lei⁽⁵⁸⁾. Na área salarial, porém, essa prerrogativa tem, na prática, alcance limitado; em muitas empresas há *negociações* salariais que levam a aumentos que vão além do estabelecido no contrato coletivo⁽⁵⁹⁾. A vantagem para o empregador é que esses acordos não têm validade jurídica, de modo que podem ser revogados em tempos de crise. A flexibilidade do sistema se amplia desta forma: certos benefícios podem ser reduzidos sem que seja questionado o nível alcançado pelo contrato coletivo, o que provocaria certamente um grande conflito.

Em segundo lugar possuem os sindicatos uma série de direitos de influência sobre os conselhos de representação. Em princípio, podem mandar sempre um ou mais delegados para as reuniões do conselho e para as assembleias realizadas nas empresas, podem contestar as eleições por violação do direito, requerer na Justiça do Trabalho a destituição do conselho ou de membros do conselho por grave desleixo no cumprimento do dever. Mais importante ainda deve ser na prática a *função de prestação de serviços* da parte do sindicato. Se por exemplo um conselho estiver processando o empregador, o sindicato poderá colocar à disposição do primeiro um representante judicial; se um membro do conselho pretender fazer um curso de aperfeiçoamento, poderá recorrer a um amplo leque de programas de formação dos sindicatos; se nas negociações for vantajosa a presença de um especialista em informática, o sindicato poderá ajudar a encontrá-lo.

Apesar desse *envolvimento*, o conselho de representação mantém um alto grau de autonomia, já que não faz parte da hierarquia sindical. A vantagem disso é que minorias intra-sindicais não podem ser simplesmente marginalizadas, porque dentro dos conselhos de representação eles mantêm importantes bases de apoio. Além disso, o sistema dual de representação dos interesses trabalhistas adquire caráter inovador justamente em decorrência da autonomia dos conselhos de representação: os seus direitos de co-gestão os obrigam a ocupar-se com as questões novas que vão surgindo, a tomar posição, mesmo que a diretoria do sindicato continue indecisa e o próximo congresso sindical se realize só daqui a dois anos. A introdução de novas tecnologias e novas formas de jornada de trabalho se transformaram em problemas abraçados pelos sindicatos justa-

(58) BAG "AP" n. 23 sobre Art. 77 do BetrVG de 1972 e BAG "AP" n. 53 sobre o Art. 99 do BetrVG de 1972.

(59) Sobre as causas, ver *Däubler, W.*, ob. cit., "Arbeitsrecht I", pág. 154 e segs.

mente porque os conselhos de representação nas empresas levantaram essas questões junto aos dirigentes sindicais. Como existem muitos contatos entre pessoas práticas ligadas às empresas de um lado e cientistas do outro, certas questões acabam sendo ventiladas na literatura jurídica com menos atraso do que acontece freqüentemente em outros países.

A parceria social exigida pela legislação e pela jurisprudência é hoje uma realidade. A partir de 1984 tornou-se cada vez mais raro o recurso à greve⁽⁶⁰⁾. Sua forma predominante é a greve de advertência durante as negociações coletivas; ela dura, via de regra, umas poucas horas e fica restrita a diversas empresas. Uma greve "grande" traria muitos riscos para ambos os lados: como muitas empresas estão cada vez mais interligadas e interdependentes, uma greve por tempo indeterminado de 50.000 empregados poderia levar em duas semanas à paralisação de empresas com um total de 2 milhões de empregados. O uso parcimonioso do direito de greve é facilitado pelos grandes progressos atingidos nos últimos anos tanto na área de salários quanto nas jornadas de trabalho. Na ex-Alemanha Oriental eram outras as condições, de modo que lá se registrou um apelo mais forte às formas tradicionais de conflito trabalhista.

6. Direito do Trabalho de Primeira e de Segunda Classe — Desregulamentação pelo Deslocamento das Fronteiras

A apresentação do direito do trabalho e das relações industriais exercem uma certa força sugestiva: o observador pode ficar com a impressão de que tudo isso é mais ou menos natural, de que todas as normas são realmente eficazes, de que o padrão de proteção tem caráter universal. Tal suposição estaria, no entanto, totalmente fora da realidade.

6.1. O Empregador Atípico

Não encontramos o *direito do trabalho normal* nas microempresas. A Lei Constitucional de Empresas pressupõe um *limite* de pelo menos 5 empregados (artigo 1) — mas mesmo estabelecimentos com 20, 30 ou 50 empregados muitas vezes não têm conselho de representação porque ninguém toma a iniciativa de convocar uma

(60) Ob. cit., "Statistisches Jahrbuch 1990", pág. 113. Estatisticamente, cada empregado fez em 1988 2,4 minutos de greve.

eleição. Se o pequeno empresário não fizer parte de uma associação de empregadores também não precisa respeitar as normas estabelecidas pelo contrato coletivo. A lei de proteção contra demissões só entra em funcionamento se a empresa tiver pelo menos 6 empregados (artigo 23 da lei de proteção contra demissões). Nas microempresas subsiste desta maneira uma espécie de direito trabalhista fragmentário que, juridicamente falando, não protege os empregados muito melhor do que há 80 anos.

As normas trabalhistas falham também quando o próprio empregador não dispõe de margem de manobra. Este princípio se aplica por exemplo aos fornecedores de grandes empresas, sobretudo do setor automobilístico: a divisão de trabalho entre as empresas chegou a tal ponto que os *fabricantes principais* acabam determinando a jornada de trabalho, a tecnologia empregada e as exigências para com os assalariados⁽⁶¹⁾. Circunstâncias semelhantes podem surgir num grande grupo⁽⁶²⁾. O direito do trabalho até hoje não conseguiu reagir de modo adequado a essa cisão do lado dos empregados; existem apenas umas tentativas rudimentares no direito dos conglomerados⁽⁶³⁾, mas de resto a relação de trabalho continua sendo interpretada como relação bipolar, de modo que não se consegue estabelecer direitos e deveres também em relação a um "terceiro centro de decisão".

6.2. O Empregado Atípico

Fica-se aquém do padrão normal de proteção também quando o empregador é uma empresa média ou grande com bastante margem de manobra, mas o vínculo empregatício é atípico⁽⁶⁴⁾. Esse fenômeno se dá sobretudo em três situações:

a) Um número crescente de empregados trabalha apenas em jornada parcial. Nestes casos, comumente o salário não é suficien-

(61) Sobre as conseqüências da produção "just-in-time" para o direito do trabalho, ver *Wagner, J.*, "AuR", 1990, 245 e segs.

(62) Ver a esse respeito *Windbichler*, "Arbeitsrecht im Konzern", Munique, 1989.

(63) *Hennsler*, "Der Arbeitsvertrag im Konzern", Berlin, 1983, que defende sobretudo o dever da cúpula do grupo em relação aos empregados das empresas subsidiárias. Sobre a criação de um conselho de representação do grupo/conglomerado, ver Art. 54 e segs. do BetrVG.

(64) Sobre o conceito do vínculo empregatício normal como ponto de referência para as formas atípicas de emprego, ver sobretudo *Mückenberger*, ZfS 1985, 484 e segs.; *Zachert*, "Die Sicherung und Gestaltung des Normalarbeitsverhältnisses durch Tarifvertrag", Baden-Baden, 1989, bem como — no direito comparado — "BB" 1990, 565. O tema todo já fora abordado por *Lyon-Caen, Gérard*, "La crise du droit du travail", em: *Gamillscheg et al. (ed.)*, *In Memoriam Sir Otto Kahn-Freund*, Munique, 1980, pág. 517 e segs.

te para um padrão de vida adequado. Também as perspectivas de ascensão na empresa são reduzidas, e os benefícios sociais são reservados aos empregados com jornada integral. Quem não trabalha mais que 15 horas por semana e ganha apenas 530 marcos (uns 300 dólares) ou menos por mês fica, segundo o artigo 8º da lei de seguridade social, à margem da previdência social.

b) As pessoas com contrato de trabalho temporário não têm direito à manutenção do nível de emprego, de modo que fica difícil para elas planejar o futuro de uma maneira mais ou menos segura. Os benefícios que dependem do tempo de serviço na empresa não estão a seu alcance. A esperança de prorrogação do emprego ou de contratação por tempo indeterminado torna essas pessoas extremamente dependentes.

c) Aos empregados de aluguel que precisam trabalhar em diversas empresas falta familiaridade com a empresa. Normalmente não têm nem representação de seus interesses nem a proteção dos contratos coletivos.

No passado também havia empregados com *status* menor⁽⁶⁵⁾. Mas, há 80 ou 90 anos, os “empregados de segunda classe” eram encontrados geralmente fora do alcance do direito do trabalho: trabalhadores domésticos e ajudantes familiares formavam os maiores grupos. Seu papel é hoje de somenos importância⁽⁶⁶⁾, em vez disso aumentou a diferenciação no grupo dos empregados. Não dispomos de números confiáveis sobre empregados com empregador *atípico*⁽⁶⁷⁾, mas sabemos que nos anos 80 aumentou claramente o número de empregos atípicos: o total de empregados em tempo parcial está chegando a 15% de todos os empregados⁽⁶⁸⁾; o número de empregados com contrato temporário aumentou entre 1984 e 1988 de 4% para 8%⁽⁶⁹⁾, e mais ou menos 0,55% são empregados aluga-

(65) Zachert, “AuR”, 1988, 129e segs.

(66) Ver a esse respeito item II.

(67) Ob. cit., “Statistisches Jahrbuch 1990”, pág. 118: em maio de 1987 trabalhavam 0,65 milhão de pessoas em estabelecimentos com uma pessoa, 2,811 milhões em estabelecimentos com duas a quatro pessoas, incluindo-se o proprietário ativo, de modo que dispomos apenas de dados imprecisos sobre o número de empregados.

(68) Ver Däubler, W., ob. cit., “Das Arbeitsrecht II”, pág. 873 e seg.

(69) Büchtemann, *Mitb.* 1989, 548. Cf. também Linne-Voswinkel, “Vielleicht ist ja noch alles offen”. Eine empirische Untersuchung über befristete Arbeitsverhältnisse, Hamburg, 1989, pág. 329 e segs.

dos⁽⁷⁰⁾. Desta maneira, praticamente uma quarta parte de todos os empregados encontra-se numa situação de emprego atípico⁽⁷¹⁾. O recurso jurídico usado para esse deslocamento de um direito trabalhista de *qualidade* para um de *menos qualidade* foi em primeiro lugar o contrato de trabalho. O cálculo exato dos custos de mão-de-obra fez com que a força de trabalho só fosse mantida se houvesse realmente trabalho para ela. Diante do desemprego em massa foi relativamente fácil impor esta visão empresarial. Houve também um certo apoio da parte do legislador que, através da lei de incentivo à criação de empregos, de 1985, facilitou a contratação de mão-de-obra temporária⁽⁷²⁾. Mudanças maiores não chegaram a ser ventiladas seriamente, uma vez que encontrariam forte resistência por parte dos sindicatos. A redução do *direito de trabalho de primeira classe* criaria também problemas de ordem constitucional. O sistema de parceria social ficaria profundamente abalado e, com a função protetora, o direito do trabalho perderia também sua função ordenadora. Por isso, não interessa nem aos empregadores uma redução maior dos direitos; numa declaração conjunta com a DGB (Federação dos Sindicatos Alemães), a Federação dos Sindicatos Patronais, BDA, professou expressamente a sua fé na autonomia da contratação coletiva e nos direitos de co-gestão em vigor⁽⁷³⁾.

7. Igualdade de Direitos para Homens e Mulheres no Trabalho

As mulheres já constituem hoje mais de 40% de todas as pessoas economicamente ativas⁽⁷⁴⁾, mas, sob muitos aspectos, continuam em desvantagem na vida de trabalho. Numa visão global, as mulheres têm menos qualificação profissional que os homens, de modo que acabam trabalhando em atividades menos prestigiadas e menos bem remuneradas⁽⁷⁵⁾. Mas, mesmo com qualificação igual, as mulheres

(70) Kock, WSI-Mitt., 1989, f. 25.

(71) Dados mais precisos são difíceis de obter: o número de empregados de aluguel de fato deve ser maior, por outro lado existem os temporários que aparecem em ambos os grupos.

(72) Ver Däubler, W., ob. cit., "Das Arbeitsrecht II", pág. 861 e segs.

(73) Declaração conjunta da DGB e do BDA de 26.7.1989, impresso em: "Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung. Der EG-Binnenmarkt und die Sozialpolitik", Bonn, 1989, pág. 46.

(74) Ob. cit., "Statistisches Jahrbuch 1990", págs. 100/101. O índice das pessoas economicamente ativas subiu de 46,9% em 1972 para 50,5% em 1989.

(75) Mais detalhes em: Däubler, W., Gmelin, "Frauenarbeitslosigkeit", Reinbeck, 1977, pág. 44 e segs.

são muitas vezes prejudicadas, por exemplo quando não são consideradas capazes de assumir postos executivos; muitas vezes elas mesmas acabam concordando com esta avaliação. O seu domínio específico seriam em determinadas atividades que exigem sobretudo uma atitude *servil*, altruísta e muitas vezes monótona. Assim as mulheres são freqüentemente enfermeiras, assistentes, professoras, mas também operárias nas linhas de montagem. Difícil é encontrá-las em postos de comando⁽⁷⁶⁾. O desemprego entre as mulheres está acima da média. Mas, há cada vez mais mulheres dentro e fora dos partidos políticos e dos sindicatos dispostas a mudar essa situação.

O direito trabalhista reage a essa situação em três níveis diferentes:

a) Existe consenso de que qualquer discriminação ligada diretamente ao sexo da pessoa é proibida. Este princípio não tem muito efeito prático na hora da contratação (onde a candidata preterida dificilmente poderá provar que foi discriminada) mas, se manifesta na definição das faixas salariais⁽⁷⁷⁾ e na concessão de adicionais⁽⁷⁸⁾, já que a política salarial dos sindicatos e das empresas está sujeita às correções (limitadas) do Estado.

b) As decisões da Suprema Corte Européia a respeito da discriminação indireta⁽⁷⁹⁾ tiveram algum efeito positivo sobretudo para os empregados com jornada reduzida. Como 90% desse grupo são mulheres, há uma conotação de discriminação nas desvantagens a que está submetido. Assim fica normalmente proibido que empregados com jornada reduzida sejam excluídos do fundo de pensão da empresa⁽⁸⁰⁾ ou que lhes seja negado o pagamento de salários em caso de doença⁽⁸¹⁾. Desta maneira se neutraliza em grande parte o efeito desregulador do trabalho em jornada reduzida, uma vez que o direito anti-discriminatório proíbe a prática de um direito do trabalho de segunda classe. Até o momento é polêmico o alcance des-

(76) Ênfase em BVerfG, "NJW" 1981, 2177.

(77) Básico EuGH "DB" 1986, 1877, bem como *Colneric*, "AiB" 1986, 40.

(78) BAG "AuR" 1983, 219. Sinopse em *Pfarr-Bertelsmann*, "Diskriminierung im Erwerbsleben", Baden-Baden, 1989.

(79) EuGH "NJW" 1981, 2639.

(80) BAG "NZA" 1990, 25. Ver também G. Peter, "Frauendiskriminierung durch Teilzeitbeschäftigung", Frankfurt/Main, 1988.

(81) EuGH "DB" 1989, 1574.

sas correções; discute-se, por exemplo, se as horas de trabalho que excedem o número de horas preestabelecidas individualmente devem ser pagas como horas extras⁽⁸²⁾. Mais controverso ainda é a adoção do critério de *tempo de serviço na empresa*, já que as mulheres, com sua biografia de atividade profissional típica, têm muito menos chances de permanecer durante muitos anos seguidos numa mesma empresa.

c) Diante dos pontos de partida desiguais, a proibição da discriminação ainda não cria a igualdade real de oportunidades. Por isso, há discussões em torno da fixação de quotas⁽⁸³⁾ e de outras formas de incentivo ao trabalho feminino⁽⁸⁴⁾. Os efeitos práticos, porém, continuam limitados.

8. As Novas Tecnologias e o Direito do Trabalho

A nível de opinião pública, as tecnologias ligadas à informática foram (e continuam sendo) registradas sobretudo como um risco. Teme-se pelos empregos e pelas condições de trabalho; a idéia de um sistema de supervisão abrangente provoca visões aterrorizantes. Em muitos conselhos de representação dos empregados trabalha-se com o objetivo de tornar a nova tecnologia *socialmente aceitável*. As questões jurídicas decorrentes dessa situação foram discutidas em quatro etapas:

a) No início estava em foco o debate em torno do trabalho diante dos monitores. Em primeiro plano apareciam os problemas ligados à proteção da saúde, à defesa contra controles e aos planos sociais. O Tribunal Federal do Trabalho concordou com o direito de co-gestão nos itens dois e três, mas em relação à proteção da saúde ateuve-se em grande parte à regulamentação legal⁽⁸⁵⁾.

b) Uma segunda etapa concentrou-se no *prontuário computado-rizado* do sistema de informação pessoal. Após longos debates, o Tribunal Federal do Trabalho chegou a um resultado favorável à idéia da

(82) Ver a respeito Schüren, "RdA", 1990, 18 e segs.

(83) Ver a respeito Pfarr, "Frauenförderung und Grundgesetz", Baden-Baden, 1988.

(84) Ver a respeito Degen, "AiB" 1986, 218; Fristsche, Klein-Schonnefeld, Malzahn, PersR 1988, 143.

(85) BAG "AP" n. 7 sobre o Art 87 do BetrVG de 1972.

co-gestão: quando são armazenadas individualmente informações sobre empregados, de modo que, juntamente com listas, atas e outros *conhecimentos complementares*, podem dar ensejo a conclusões sobre o comportamento e o desempenho de empregados, entra em ação o direito de co-gestão⁽⁸⁶⁾. Cada análise do conjunto de dados existentes também precisa do consentimento do conselho de representação dos empregados⁽⁸⁷⁾.

c) A terceira etapa diz respeito ao registro de dados da empresa. A execução dos trabalhos passa a ser registrado e controlado cada vez mais por sistemas eletrônicos. Exemplos concretos temos no desenho computadorizado (CAD), nos comandos de produção de *chips* e nos trabalhos realizados em microcomputadores. Nessa discussão entram também os sistemas de controle de entrada e o registro dos dados de telefonia. Como normalmente é possível exercer um controle, pelo menos com a ajuda de conhecimentos complementares, entra em ação o direito de co-gestão do conselho de representação, de acordo com o artigo 87, inciso 1, alínea 6, da Lei Constitucional de Empresas⁽⁸⁸⁾. Com isso, o conselho tem a possibilidade de participar em grande parte das decisões sobre a instalação de equipamentos eletrônicos.

d) A quarta etapa se refere ao fenômeno da integração das redes dentro das empresas e, sobretudo, também para além delas⁽⁸⁹⁾. Neste último caso surge o problema já mencionado anteriormente de que as decisões podem até ser tomadas fora do âmbito da empresa empregadora⁽⁹⁰⁾.

Em relação às tecnologias tradicionais que implicam riscos de vida, saúde e ambiente, a iniciativa cabia mais à esfera política. A possibilidade de o conselho de representação e o sindicato defenderem processos e produtos ecológicos⁽⁹¹⁾ só virou assunto no final dos anos 80. Sobretudo na indústria química foram assinados mais de 20 acordos internos que permitem ao conselho de representação ter acesso a informações e direito de participação nas decisões em

(86) BAG "AP" n. 9 e 12 sobre o art. 87 do BetrVG de 1972.

(87) BAG "AP" n. 13 sobre o art. 87 do BetrVG de 1972.

(88) BAG "AP" n. 11 e 13 sobre o art. 87 do BetrVG de 1972.

(89) Ver a respeito *Klebe-Roth*, "Informationen ohne Grenzen", Hamburgo, 1987, pág. 7 e segs.

(90) A respeito de considerações sobre aplicação da co-gestão ao sistema de informação como tal, ver *Däubler, W.*, ob. cit., em: *Bieback-Zechlin* (ed.), "Ende des Arbeitskampfes?" Hamburgo, 1989, pág. 101 e segs.

(91) Ver a respeito *Trümmer*, *Mitb.* 1988, 357.

todas as questões relativas à proteção ambiental⁽⁹²⁾. Como o conselho é um órgão interno da empresa está em melhores condições a atuar nessa área do que algum órgão de controle externo; poderão surgir conflitos se uma política conseqüente de proteção ambiental levar a casos concretos de corte de empregos⁽⁹³⁾.

9. Internacionalização do Direito do Trabalho Alemão

A economia alemã está altamente internacionalizada. Mais de uma quarta parte do produto interno bruto é exportada⁽⁹⁴⁾; os investimentos diretos no exterior chegaram em 1988 ao valor de 184 bilhões de marcos⁽⁹⁵⁾. Os números das importações e dos investimentos estrangeiros na Alemanha situam-se em níveis semelhantes⁽⁹⁶⁾. Além disso, viviam na Alemanha em meados de 1989, 1,6 milhões de operários estrangeiros⁽⁹⁷⁾.

As relações de trabalho não experimentaram um ritmo de internacionalização comparável. O trabalho é realizado quase sempre de acordo com o direito alemão e sob as condições locais; por outro lado praticam-se normalmente nas subsidiárias de empresas Alemãs no exterior *salários locais* e o direito trabalhista do respectivo país.

A Alemanha Federal ratificou uma série de convenções da ONU, da OIT e do Conselho da Europa⁽⁹⁸⁾, mas os responsáveis nas empresas e a maioria dos tribunais as desconhecem por completo⁽⁹⁹⁾. O cotidiano trabalhista vive perfeitamente sem elas. Durante muito tempo era esse também o destino do direito da Comunidade Européia. Só na metade dos anos 80 começou a registrar-se o fato de que Bruxelas definia também normas jurídico-trabalhistas. Uma sé-

(92) Ver a respeito *Salje*, "BB", 1988, 76.

(93) *Hoffmann-Mückenberger*, Mitb. 1988, 166.

(94) Concretamente: Em 1989, exportações no valor de 641,3 bilhões de marcos, diante de um PIB de 2260,4 bilhões de marcos, ob. cit., "Statistisches Jahrbuch 1990", pág. 256, 566).

(95) Ob. cit., "Statistisches Jahrbuch 1990", pág. 605.

(96) Ob. cit., "Statistisches Jahrbuch 1990", pág. 256 (importações no valor de 506,6 bilhões de marcos), 1990, 604 (investimentos estrangeiros diretos no valor de 109 bilhões de marcos).

(97) ob. cit., "Statistisches Jahrbuch 1990", pág. 105.

(98) Documentado em *Däubler, W.; Kittner; Lörcher*, (ed.), "Internationale Arbeits- und Sozialordnung", Colônia, 1990.

(99) Sobre as causas desse "nillismo jurídico", ver *Däubler, W.*, ob. cit., WSI-Mitt., 1987, 186 e segs.

rie de tribunais do trabalho passaram a aplicar o artigo 177 do acordo da CEE dirigindo-se à Corte Européia, o que deu novos impulsos sobretudo à equiparação de homens e mulheres. Não se deve esquecer, no entanto, que a CE só se pronunciou até agora a respeito de poucos itens de direito do trabalho⁽¹⁰⁰⁾.

A cooperação com os representantes de empregados e sindicatos de outros países continua pouco desenvolvida. Não é tanto o *grande problema* da greve de solidariedade internacional⁽¹⁰¹⁾ que deveria preocupar, muito mais importantes são questões modestas como por exemplo o direito do conselho de representação de passar suas informações a um interlocutor estrangeiro ou se, no exercício de suas funções (vale dizer, às custas do empregador) pode reunir-se com um *consiglio di fabbrica* ou um *comité d'entreprise*⁽¹⁰²⁾.

10. A Exportação do Direito do Trabalho da Alemanha Federal para a ex-Alemanha Oriental

O *Acordo entre a República Federal da Alemanha e a República Democrática Alemã sobre a Unificação da Alemanha*, ou simplesmente acordo de unificação⁽¹⁰³⁾, tem dois anexos: o anexo I relaciona as leis, decretos, etc. que só deverão entrar em vigor no território na ex-RDA mais tarde ou com modificações. O anexo II estabelece quais os direitos que continuam em vigor no território da ex-RDA (normalmente por tempo determinado). Não havia necessidade para um anexo III (extensão de direitos da ex-RDA sobre a Alemanha toda) ou anexo IV (validade temporária de direitos federais): ao que tudo indica nenhuma norma do direito da Alemanha Oriental passou a fazer parte do sistema jurídico da Alemanha unificada.

O direito do trabalho não foge a essa regra; ele se aplica também na Alemanha Oriental desde 3.10.1990. Mesmo assim foram necessárias uma série de normas de transição. Os contratos coletivos existentes continuavam em vigor até serem substituídos por novos. Os representantes dos empregados nas empresas continuavam em suas funções até a eleição de conselhos de representação, no má-

(100) Mais detalhes em Birk, "Recht der internationalen Wirtschaft", Aussenwirtschaftsdienst des BBs, 1989, 1e segs.; Colneric, "BB", 1988, 968e segs.; Däubler, W., "NZA" 1992, 577e segs.; Lichtenberg, (ed.), "Sozialpolitik in der EG", Baden-Baden, 1986; Wlotzke, NZA 1990, 417; Zachert, "AuR", 1989, 161.

(101) Ver a respeito Hergenröder, "Der Arbeitskampf mit Auslandsberührung", Berlin, 1987.

(102) Bobke, "AiB" 1989, 231e segs.

(103) De 31.08.1990, BGBl II, pág. 889.

ximo até 30.6.1991, contanto que tinham sido eleitos em votação secreta e democrática pela maioria dos empregados. Também os contratos de trabalho continuavam válidos, se bem que sujeitos ao novo direito. No serviço público havia a possibilidade de demissão de funcionários sem que fosse concedido o apelo ao direito de proteção contra demissões.

A introdução do direito do trabalho da Alemanha Federal trouxe uma série de desvantagens imediatas para os empregados. No antigo regime não havia praticamente motivo para temer demissões, hoje existe desemprego em massa que prejudica de modo especial mulheres economicamente ativas com filhos⁽¹⁰⁴⁾. O nível de descontentamento na população está mesmo assim relativamente baixo porque o sistema antigo estava totalmente desacreditado.

Ainda não se podem avaliar em detalhe os efeitos dessa expansão do direito trabalhista alemão. Numa primeira fase é necessário aprender e assimilar as estruturas complexas do direito importado; tanto os sindicatos quanto as associações patronais dispõem de consultores vindos dos Estados da Alemanha Federal. Foram enviados também muitos juízes trabalhistas para o território da antiga RDA. Os juízes anteriores são submetidos a uma inspeção política. O baixo nível salarial (cerca da metade dos salários pagos na Alemanha Federal) provoca intensas negociações de acordos coletivos e muitas greves. Os antigos sindicatos se dissolveram recomendando geralmente aos seus membros que se filiassem aos sindicatos da DGB que, desde o final de 1990, são os únicos interlocutores nos conflitos de contratação coletiva. A propriedade do Estado foi em grande parte privatizada. Quase não sobram vestígios da antiga ordem⁽¹⁰⁵⁾. Apesar dos elevados níveis de desemprego há um processo de adaptação dos salários aos níveis ocidentais, já que nem os empregadores nem os sindicatos querem ter uma zona de salários baixos dentro do próprio país, uma situação que levaria à migração de mão-de-obra qualificada para a parte ocidental dificultando ainda mais o desenvolvimento nos novos Estados da federação.

(104) Sinopse em *Däubler, W.*, ob. cit., "A/B", 1990, 366.

(105) Sobre as causas da derrocada do sistema político da RDA, ver *Blanke-Erd*, "DDR. Ein Staat vergeht", Frankfurt/Main, 1990; *Hemmer-Stoll*, "Gleichheit Freiheit Solidarität. Für ein 'Zusammenwachsen' in gemeinsamer Verantwortlichkeit", Colônia, 1990; *Däubler, W.*, ob. cit., "Arbeitsbeziehungen und Recht — Überlegungen zur Situation in der DDR", "GMH", 1990, 353 e segs.

I.II. Relações de Trabalho e Direito na Alemanha Federal

1. Introdução. 2. Capital e Trabalho. 3. Intervenção do Estado. 4. Características Estruturais da Intervenção Estatal através do Direito. 5. Resolução Autônoma de Conflitos pelos próprios Antagonistas Sociais. 6. Dinamismo Social e Intervenção do Estado pelo Direito do Trabalho.

1. Introdução

Ao recorrer ao uso do termo Relações do trabalho nos países de língua alemã, faz-se necessária imediatamente a distinção entre esse termo e o “*estatuto do trabalho*” (*Arbeitsverfassung*) que vem sendo discutido com bastante frequência nos últimos tempos⁽¹⁰⁶⁾. Essa tarefa é problemática pelo fato de o termo “*estatuto do trabalho*” se revelar extremamente incerto não só em seus contornos como até em seu próprio âmago. Num determinado estudo, o termo pode ser equiparado ao sistema de direito coletivo do trabalho⁽¹⁰⁷⁾, em consonância com o artigo 9º, parágrafo 3 da Constituição Federal (da Alemanha), mas em outros estudos fala-se de um subsistema do direito coletivo que se destacou como ordem parcialmente autônoma, com seu próprio conteúdo semântico ou pretensões específicas em relação à ordem política⁽¹⁰⁸⁾. Para outros autores, trata-se de um elemento (natural) das normas básicas da economia, ou melhor, do sistema econômico⁽¹⁰⁹⁾. Uma quarta conceituação abandona a área normativa para enxergar no estatuto do trabalho a “*totalidade dos fatores jurídicos e factuais*” que determinam as Relações do trabalho⁽¹¹⁰⁾. Neste último caso, fica obscuro o alcance objetivo de tal in-

(106) Confira o estágio atual da discussão na sinopse bibliográfica de *Scholz, Rupert* em “Festschrift 25 Jahre BAG”, 1979, pág. 511, nota 3, onde falta referência a *Kempen*, “Strukturwandel der Arbeitsverfassung”, “GMH”, 1977, 473.

(107) *Buchner*, “Grundgesetz und Arbeitsverfassung”, em: Löw, “25 Jahre Grundgesetz. Ein Zwischenzeugnis”. Colônia/Berlin etc. 1974, pág. 55.

(108) Por exemplo *Scholz, Rupert*, ob. cit., pág. 511.

(109) Por exemplo *Badura — Rittner — Rüthers*, “Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz”, Munique, 1977, pág. 249; de modo semelhante *Rüthers*, “Arbeitsrecht und politisches System”, Frankfurt/Main, 1972, pág. 18.

(110) *Ramm*, “ZfA”, 1978, pág. 362.

interpretação, uma vez que parece bastante artificial a intenção de separar as condições do trabalho de seus fatores constitutivos de natureza jurídica e factual. Mesmo nas outras acepções fica duvidoso o sentido e o efeito prático da construção de um "*estatuto*" autônomo. A sintetização de normas isoladas num todo superior não costuma levar a avaliações estranhas à lei e ao estatuto? Assim pode acontecer que a identificação do oponente social com determinados objetivos como *ordem e apaziguamento da vida do trabalho* substitua os debates imparciais sobre conteúdos relevantes⁽¹¹¹⁾. O conceito estético de estatuto sugere esse risco; se ele quiser ser mais que um simples rótulo, será necessário que englobe diretrizes para os processos de desenvolvimento social que, ao menos na Alemanha Federal de 1980, sempre acabam gerando uma tendência para a manutenção do *status quo*.

Desta maneira, a questão da diferenciação se revela como problema fictício: O termo *estatuto do trabalho* não leva nenhum progresso científico, antes parece altamente suspeito de ideologização. O tema de nosso estudo são as *relações do trabalho* como totalidade das Relações diretas entre capital e trabalho, incluindo as normas jurídicas correspondentes. Sua vantagem num enfoque comparativo consiste na possibilidade de incluir também aquelas áreas que, em determinada ordem nacional, talvez não estejam juridicamente regulamentadas, ficando diretamente a critério das disputas sociais. O sentido concreto deste posicionamento pode ser demonstrado no exemplo clássico da análise que *Otto Kahn-Freund* fez do sistema inglês de Relações do trabalho⁽¹¹²⁾.

2. Capital e Trabalho

A oposição entre capital e trabalho caracteriza as Relações do trabalho na Alemanha. O Tribunal Federal do Trabalho (TFT) destacou expressamente que, no vínculo empregatício, o empregado, que via de regra dispõe tão-somente de sua força de trabalho, se defronta com o empregador que, como detentor dos meios de produção, costuma dominar economicamente o empregado, de modo que se

(111) Formulação em BVerfGE 18, 18 (27) e BVerfGE 50, 290 (371); de uma "ordem razoável da vida de trabalho" falam BVerfGE 4, 96 (107) e BVerfGE 50, 290 (367). Atitude crítica em *Hoffmann, Reinhard*, "GMH", 1966, 151 e segs.

(112) *Kahn-Freund, Otto* "AuR", Frankfurt/Main, 1979, pág. 38 e segs.

faz necessária uma proteção especial do empregado⁽¹¹³⁾. Esta visão se restringe no entanto à evidência do desnível de poder que o direito do trabalho vigente procura corrigir. Como o TFT faz também referência adequada à distribuição dos meios de produção, aborda um antagonismo estrutural que, ao contrário do problema do poder, não se encontra em sociedades que vivem sob outra ordenação da propriedade: como proprietário dos meios de produção, o empresário se vê obrigado a fabricar produtos vendáveis e lucrativos, sob pena de arruinar sua empresa. Neste sentido, a sua autonomia é fictícia, uma vez que suas opções se restringem à escolha entre as diversas estratégias de obtenção de rentabilidade; no mundo dos negócios não há lugar para filantropos⁽¹¹⁴⁾. Como é impossível prever o dinamismo do mercado (o próprio planejamento do Estado consegue apenas influenciá-lo, mas não controlá-lo segundo prioridades políticas), pode ficar extremamente reduzido o espaço de manobras do empresário quando se trata de chegar a um compromisso. Esta realidade não é invalidada nem pelo fato de existir hoje em grande parte uma separação (mesmo que não seja integral) entre a propriedade e sua gestão, nem pelo surgimento de empresas que dominam todo um mercado. A atitude fundamental do comportamento empresarial continua sendo a mesma, apesar de todas as modificações nos detalhes. No contexto das Relações de trabalho chega-se então à conclusão que a defesa dos interesses dos empregados, que querem mais salários, melhores planos de saúde, condições de trabalho mais humanas etc, só é possível pela superação de enormes resistências, uma vez que sua implementação costuma resultar em mais despesas por parte da empresa. Nestas condições, os empregados precisam ter à sua disposição meios de pressão específicos para que consigam fazer valer nos processos decisórios da economia um certo número de interesses de reprodução e emancipação. É lógico também que um certo nível de conquistas estará sempre ameaçado de recuos e reduções; é fácil empurrar a responsabilidade para os "malvados empresários", seguindo aquela imagem caricatural muito difundida do gordo patrão de charuto na boca, enquanto o problema na verdade é de outra natureza. O fato é que as Relações de trabalho na Alemanha Federal são de caráter antagônico, e seu ordenamento jurídico deve partir, por assim dizer, desse "pressuposto".

(113) BAG "AP" n. 54 sobre o art. 611 do BGB Gratificação, F. 2R.

(114) Marx, Karl — Engels, Friedrich, "Die heilige Familie", MEW vol. 2, pág. 37: "A classe proprietária e a classe do proletariado representam a mesma auto-alienação humana".

3. Intervenção do Estado

No Alemanha Federal, as Relações do trabalho são marcadas por uma ampla regulamentação por parte do Estado. Por um lado, esta se faz sentir por força das mais diversas medidas de política econômica e social que vão desde a criação de incentivos para investimentos, como a oferta de terrenos a preços reduzidos por parte do poder público, até os apelos no sentido de não ultrapassar certos limites nos aumentos de salários e preços. Por outro lado, a intervenção se realiza através da decretação ou ratificação de normas jurídicas obrigatórias que determinam, por exemplo, de que maneira o capital e o trabalho devem resolver seus conflitos, mas que assumem também posições de proteção material do empregado, como o direito às férias, ou de contentamento de interesses empresariais através de adaptações do sistema tributário. Uma ligação menos direta com as Relações entre o capital e o trabalho verifica-se na área de infra-estrutura em sentido amplo em que o Estado se torna cada vez mais ativo, desde a construção de estradas e as providências para o abastecimento de energia, até o sistema de formação. Desta maneira, o Estado procura compensar os déficits da economia de mercado, "aliviando" também o sistema das Relações do trabalho.

O conteúdo dessa intervenção do Estado se pretende objeto de um processo político democrático. O fato de a limitação das opções disponíveis ser semelhante à limitação das alternativas oferecidas como estratégias empresariais contradiz a doutrina da soberania popular; a propagação desta tese acaba minando a confiança depositada no processo democrático, de modo que deverá ser difícil — para não dizer impossível — chegar a um consenso. Mesmo assim, é forçoso constatar que, nas condições existentes, não há lugar para uma política anticapitalista que desbanque do centro das decisões o interesse dos empresários numa produção rentável. Basta lembrar que o Estado perderia sua própria base financeira se quisesse reduzir de modo considerável a lucratividade das empresas⁽¹¹⁵⁾. É óbvio que o lado empresarial, apesar de todas as limitações impostas pela economia de mercado, dispõe de um potencial de pressão tão

(115) Mais detalhes em Hickel (ed.), *Goldscheid, Rudolf, Schumpeter, Josef*, "Die Finanzkrise des Steuerstaats — Beiträge zur politischen Ökonomie der Staatsfinanzen", Frankfurt/Main, 1976, especialmente págs. 7-37.

formidável que é capaz de evitar qualquer tipo de política do Estado que lhe pareça inaceitável. A supressão temporária de investimentos ou o seu remanejamento para outros países pode deixar qualquer governo *reformista* em dificuldades imensas, basta considerar apenas as conseqüências de tal medida sobre o mercado de trabalho⁽¹¹⁶⁾. Quem quiser arriscar-se a enfrentar conflitos desta natureza precisa não apenas do respaldo de uma ampla parte da população, é necessário também que disponha de um projeto alternativo de uma possível ordem econômica não capitalista.

A limitação da liberdade de ação do Estado não pode ser equiparada simplesmente a uma total incapacidade de agir ou a uma instrumentalização completa a favor de interesses monopolísticos concretos de curto prazo, conforme pretendem fazer crer certos preconceitos de um marxismo vulgar. Como o comportamento das empresas, também a ação do Estado se vê obrigada a obedecer a determinados limites; mas o espaço a ser preenchido dentro desses limites é objeto de confrontos sociais e políticos. A função repressiva do Estado que delimita a liberdade do cidadão e do estado de direito demonstra bem esse fato. Outra área em que se pode comprovar a verdade dessa asserção é a função de prestador de serviços que cabe ao Estado; tão controvertido quanto o nível salarial ou a melhora das condições de trabalho pode ser a questão da disponibilidade de bens comuns, como por exemplo uma ampla rede de transportes. O conflito se refere também às regras do jogo a serem observadas nas lutas distributivas imediatas que se travam entre o capital e o trabalho, repercutindo também sobre o direito que rege as Relações do trabalho. Mas, a forma de impor tais mudanças difere substancialmente das lutas por melhores salários e de outras *ações diretas*. Pretende-se que o equilíbrio entre os interesses em jogo deva ser encontrado no parlamento, enquanto o conflito direto e sua solução em forma de contrato (*pacto social*) deva ficar restrito a casos excepcionais em situações de crise, em respeito à dignidade do Estado. Mas, quanto mais as decisões se deslocam para fora do parlamento, tanto mais urgente se apresenta o problema de prover tam-

(116) Normalmente existem ligações de ordem política e conceitual entre o aparelho do Estado e os centros de decisão industriais, mas esse fato passa a ser pouco relevante, uma vez que, na prática, os movimentos reformistas já costumam estar "bloqueados" antes mesmo que se pense seriamente na aplicação de sanções por parte das empresas.

bém o movimento operário de um potencial de pressão que se possa opor aos meios de intimidação de que dispõe a parte empresarial. É neste contexto que surge a discussão sobre a greve política.

4. Características estruturais da intervenção estatal através do direito

4.1. O Direito do Trabalho como Parte da Intervenção do Estado

Uma opinião generalizada entende que só o direito do trabalho regula as Relações entre o capital e o trabalho. O desenrolar normal de uma vida de empregado confirma esta hipótese: desde a contratação até o desligamento da empresa, tanto a situação jurídica do indivíduo quanto suas possibilidades de ação coletiva são definidas pelo item *direito do trabalho*. E no entanto, tal perspectiva revela-se demasiadamente estreita, uma vez que deixa fora de consideração setores essenciais de intervenção jurídica do Estado. O *horizonte* do direito do trabalho termina normalmente na decisão do empresário que lhe serve (aparentemente) de pressuposto⁽¹¹⁷⁾; o grande número de normas jurídicas que regulam o comportamento empresarial desde a formação de cartéis até as obrigações de uma sociedade de capital não fazem parte do "direito do trabalho", e sim do "direito econômico", apesar de sua enorme influência sobre o mercado e as condições de trabalho⁽¹¹⁸⁾. Também a receita e distribuição dos ganhos econômicos através dos impostos não são objeto de normatização jurídica trabalhista. Finalmente, todos os grandes *riscos para a reprodução*, como doenças, acidentes, invalidez e velhice, são retirados da competência do sistema empregatício, para serem *socializados* por meio da seguridade social. Quem sai do emprego por motivos de doença ou de idade, deixa para trás também o âmbito de aplicação do direito do trabalho; seu destino passa a interessar doravante apenas ao perito em direito social.

A importância da *segmentação* da intervenção estatal não interessa apenas sob o prisma do sistema jurídico, se bem que este

(117) Como exemplo mais importante da impossibilidade concreta de verificar as decisões empresariais nos processos de demissão — BAG GS "AP" n. 20 sobre o art. 1 KSchG; BAG "AP" n. 28 sobre o artigo 44 do acordo das tropas; BAG "AP" no 1 sobre o art. 1 KSchG, 1969, demissão por razões empresariais.

(118) Cf. p. ex. *Steindorff*, "RdA", 1965, 235, e sobre o caso especial do controle pelo direito organizacional em forma da legislação referente à co-gestão: *Toubner*, "AuR", 1978, 296.

também não deva ser menosprezado. Assim surgem por exemplo áreas de atrito, quando acordos de proteção contra medidas racionalizantes começam a restringir de modo especial a autonomia empresarial⁽¹¹⁹⁾, quando a tributação faz com que os aumentos salariais tenham pouco ou nenhum efeito positivo sobre o padrão de vida, ou quando os planos de aposentadoria das empresas precisam ser ajustados à evolução dos benefícios pagos pelo seguro social⁽¹²⁰⁾. Mais importante ainda é o fato de a luta sindical se concentrar no âmbito de regulamentação do direito do trabalho, tratando das outras áreas apenas de modo programático⁽¹²¹⁾, quando não as deixa completamente fora de consideração⁽¹²²⁾. Tais fatos certamente não se explicam apenas como conseqüências típicas da tradição alemã ou dos acontecimentos do período de 1933 a 1945 que acabaram enfraquecendo o movimento trabalhista; suponho que seja muito mais decisivo o fato das regras de venda e utilização da mercadoria força de trabalho serem experimentadas de modo concreto e coletivo na empresa, de modo que a idéia de auto-ajuda se torna muito mais patente do que nas intrincadas decisões empresariais. Mas, nestas circunstâncias, a definição dos limites do direito do trabalho deixa de ser uma questão restrita ao sistema jurídico, passando a ser um problema de definição do espaço em que se possam desenvolver as ações do movimento sindicalista. Sob muitos aspetos, tais limites parecem ser relativamente estreitos na Alemanha. Basta lembrar as restrições jurídicas quanto ao controle de processos de racionalização ou, de modo mais genérico, de decisões sobre investimentos empre-

(119) A esse respeito, *Bulla*, "DB", 1980, 103, 158; *Koller*, "ZfA", 1978, 45 e segs.; a favor da regulabilidade total de decisões empresariais por contratos coletivos *Däubler*, *W.*, ob. cit., "Das Grundrecht auf Mitbestimmung", Frankfurt/Colônia, 1975, pág. 328e segs.; *Simitis*, "AuR", 1975, 321 e segs.

(120) A objeção à debilitação do art. 5 al.1 BetrAVG e a dinamização da aposentadoria dos fundos de pensão das empresas (veja BAG "DB", 1973, 773 e segs. e recentemente art. 16 BetrAVG).

(121) A DGB apresentou projeto em 1979 sobre um novo programa de princípios ("GMH", 1980, 50) em que se exigem sobretudo mais transparência e registros de investimentos. Quanto à discussão da idéia como tal, *Krüper*, "Investitionskontrolle gegen Konzerne?" Reinbeck, 1974.

(122) Caso concreto do direito tributário. O programa de ação da DGB, de 13.6.1979, se contenta com a exigência de simplificar o sistema tributário tornando-o socialmente mais justo (divulgado no ÖTV-Magazin, cad. 7/1979, pág. 20), enquanto o projeto de um programa de princípios de 1979 exige a redução dos privilégios tributários dos salários altos ("GMH", 1980, 45). Não há sinal de sugestões mais concretas.

sariais, por meio dos contratos coletivos⁽¹²³⁾. É também um fato que o sistema de seguridade social entra muito cedo em ação, ao contrário dos Países Baixos por exemplo, onde a doença do empregado não leva com tanta rapidez à demissão e, com isso, à transferência da responsabilidade ao seguro-saúde ou ao seguro-desemprego⁽¹²⁴⁾. O que essa situação pode significar para o indivíduo, muitas vezes ameaçado de desemprego constante, já foi debatido exaustivamente na literatura⁽¹²⁵⁾, sem que se notasse, no entanto, alguma mudança substancial.

4.2. Finalidade e Estrutura Formal do Direito do Trabalho — Consequências para uma Classificação Sistemática do Direito

Ao examinar o âmbito restrito do direito do trabalho, depara-se logo uma tese que afirma que o direito trabalhista nada mais é do que uma subdivisão do direito civil, por assim dizer o desenvolvimento de alcance especial dessa área, mas que pode ser perfeitamente reintegrado nas codificações existentes⁽¹²⁶⁾. Aqui está em jogo algo mais do que um interesse evidente de sistematização. Tratar o direito do trabalho como uma subdivisão do direito civil significa aceitar também as características estruturais deste último. Concretamente teríamos então um direito do trabalho que serviria de ponto de referência para direitos e deveres do indivíduo abstrato, do proprietário de uma mercadoria como tal. Assim, o direito do trabalho ficaria restrito a uma visão individualizante orientada no mercado; qualquer comunicação que não chegasse via mercado deixaria de ser processada por ser *estranha ao sistema*. Consequentemente assistiríamos a uma redução do direito do trabalho ao *direito do mercado* ou renunciaríamos à estruturação da área global do direito civil/trabalho segundo princípios uniformes, o que tornaria simplesmente absurda a própria sistematização. A autonomia em relação ao direito civil se justifica com dois argumentos:

a) As finalidades do direito do trabalho vigente e as do direito civil não coincidem. Assumindo interesses emancipatórios do movi-

(123) Vide nota 119.

(124) Quanto à situação jurídica da Alemanha Federal, BAG "AP" n. 1-4 sobre o art. 1 KSchG, doença, bem como *Neumann-Lepke*, "Kündigung bei Krankheit", Düsseldorf, 1977; uma visão sinóptica jurídica encontra-se em *Zöllner, D.*, "RdA", 1978, 305.

(125) Ver especialmente *Seggern*, "Der Betriebsrat", 1979, 270 e segs.; *Stein, Axel*, *Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht*, 1979, 161 e segs.

(126) Sobre o estágio atual da discussão, *Richardl*, "ZfA", 1974, 5 e segs.

mento operário, o direito do trabalho estabelece condições mínimas para a troca de força de trabalho contra salário. Ao lado dessas *normas objetivas* que incluem por exemplo o direito a um mínimo legal de férias, a fixação de um teto máximo de horas de trabalho e a limitação da responsabilidade civil do empregado, oferece procedimentos que garantam o respeito aos interesses do empregado⁽¹²⁷⁾. Neste sentido, o direito do trabalho desenvolve uma função de proteção. Mas, esta não é sua única finalidade; ele contém igualmente normas que impõem limites ao poder dos sindicatos, procurando assim excluir sobretudo qualquer risco para a manutenção do *sistema*. Como exemplos podemos citar a proibição de deposição espontânea do trabalho, a obrigação do conselho dos empregados de tomar em consideração tanto os interesses dos empregados quanto o bem da empresa ou a norma que exige das partes contratantes que se atenham à *ordem sensata e à paz da vida do trabalho*⁽¹²⁸⁾. Ambas as finalidades não podem ser integradas no direito civil tradicional cuja função de controle se restringe à instituição das condições gerais de comportamento no mercado.

b) Em segundo lugar, apenas uma parte das normas trabalhistas está ligada à figura abstrata do proprietário de uma mercadoria. Enquanto, de um lado, as regras formais de contratação e demissão ainda apresentam alguma concordância estrutural neste sentido, não se pode afirmar o mesmo do direito de segurança (saúde??) do trabalho. Este último não visa resguardar um indivíduo abstrato de danos à saúde. O objeto terminante da proteção é a saúde de cada ser humano concreto em sua situação de trabalho numa empresa, o que acaba influenciando a própria estrutura da norma jurídica: enquanto o direito civil tradicional podia restringir-se a normas genéricas e abstratas, uma vez que precisava tomar em consideração apenas umas poucas *caraterísticas*, como capacidade civil plena, ausência de vícios de consentimento etc, apresenta-se a situação no direito de segurança do trabalho de outra maneira: uma é a periculosidade de uma indústria química e outra a de uma metalúrgica ou de

(127) A distinção encontra-se objetivamente também em *Sinzheimer*, "Arbeitsrecht und Arbeiterbewegung", 1927, reimpresso em: *Id.*, "Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Gesammelte Aufsätze und Reden", vol. 1, Frankfurt/Colônia, 1976, pág. 102 e seg, onde se fala em legislação de segurança do trabalho e de legislação de liberdade do trabalho.

(128) *Vide* nota 111.

uma prestadora de serviços. Faz-se necessário, então, uma descentralização na fixação das normas, podendo chegar a regras específicas para uma certa indústria ou um certo departamento. Ao mesmo tempo, a consideração do homem concreto implica também uma certa *coletivização*. Como na empresa ele não existe como proprietário isolado de uma mercadoria, mas antes dentro de uma rede de interdependências mútuas, só é possível mudar a sua própria situação através de uma ação conjunta. Não se pode dar conta desta nova forma de direito recorrendo às categorias mercadológicas do direito civil e, em especial, da doutrina do ato jurídico; as dificuldades que se apresentam quando se trata de formular de uma maneira juridicamente exata fatos relevantes do âmbito do estatuto da empresa servem para sublinhar essas diferenças⁽¹²⁹⁾.

A autonomia do direito do trabalho em relação ao direito civil não significa que as Relações supracitadas com outras formas de intervenção estatal devam ser relativizadas. Entendendo a sistematização como forma de sintetização de normas jurídicas que tenham finalidade equivalente ou comparável e se caracterizem pela semelhança de sua estrutura formal, deveria seguir-se como consequência que os esforços científicos se concentrassem na elaboração de um "direito de intervenção" que passaria a abranger tanto o direito do trabalho quanto o direito econômico, tributário e social.

4.3. Direito Positivo — Jurisprudência — Direito Científico

O direito do trabalho distingue-se de outras áreas do direito pela pluralidade das fontes jurídicas. Quem quiser inteirar-se das normas de proteção contra demissões numa empresa média alemã, não deverá limitar suas pesquisas apenas à lei de proteção contra demissões. Pelo menos a mesma importância atribuída à lei deve ser dada também à jurisprudência derivada desta lei e desenvolvida pelas ciências jurídicas; ainda mais importância cabe eventualmente a contratos coletivos ou acordos a nível de empresa, se estes por exemplo proíbem a demissão ordinária dos empregados a partir de

(129) Korsch, "Arbeitsrecht für Betriebsräte", 1922, reimpressão, 4. ed, Frankfurt/Main, 1973, pág. 138 e segs. e *passim*, enxergou a novidade do direito do trabalho no fato de estar relacionado com o coletivo como grandeza autônoma. Dificuldade: um direito que esteja de acordo com os interesses do movimento operário precisa conhecer também direitos individuais (p. ex. o direito de trocar de emprego), enquanto formas de direito coletivo existem também no direito societário e dos cartéis.

certa idade, tornam-se completamente supérfluas as elucubrações sobre sua *justificação social*. Deixemos de lado, por ora, as *fontes de direito autônomas*, como os contratos coletivos e os acordos a nível de empresa, debruçando-nos sobre as peculiaridades da teoria das fontes jurídicas do direito do trabalho sancionado pelo Estado.

É uma verdade trivial afirmar que o direito do trabalho vigente é apenas em parte regulamentado por lei. Esta asseveração não vale somente para áreas que sofrem de uma falta crônica de normas, como por exemplo o direito dos conflitos trabalhistas, ela se aplica igualmente a áreas como o direito do estatuto do trabalho que foram contempladas com minuciosas normas legais, cujo grau de detalhamento nada fica devendo à codificação clássica do direito civil. Também nesse particular, a solução para muitos conflitos de interesses certamente não fora prevista de modo inequívoco pelo legislador — basta lembrar as discussões em torno do conceito *funcionário executivo*, do direito a cursos de treinamento dos representantes dos empregados ou do alcance conceitual e individual da proteção dos direitos especiais de empresas de cunho ideológico-religioso. Não se pode falar, nestes casos, em falha do legislador, já que o mesmo problema se apresenta também com maioria parlamentar bem diversa, com tramitação mais ou menos prolongada e em países diferentes. Atrás do *poder judicial* no direito do trabalho⁽¹³⁰⁾, distinguem-se certas tendências da sociedade. Se o direito do trabalho for entendido (como aqui) como forma de intervenção estatal (contravertida) — (controvertida de controvérsia) nas relações de trabalho que, de um lado, protege o indivíduo concreto em sua situação real e, por outro lado, encaminha os conflitos entre capital e trabalho para soluções adequadas ao sistema, não haverá mais lugar para a sobrevivência apenas de normas genéricas e abstratas, será necessária a intervenção em pontos determinados. Esta intervenção pode assumir a forma de uma *legislação descentralizada*, como no caso do direito de segurança do trabalho. Outra maneira, com efeito semelhante, seria a de delegar ao juiz a definição das regras de procedimento, confiando-se a ele o atendimento de todas as circunstâncias que o caso particular exige. Assim por exemplo considera-se perfeitamente aceitável na área do direito civil que se impute a um jovem de 19 anos, sem a menor

(130) *Gamillscheg*, "AcP", 164 (1964), 388.

experiência comercial, suas declarações de natureza jurídico-comercial, não aceitando porém, no direito do trabalho, que determinadas ocorrências, como por exemplo a ofensa ao superior hierárquico, justifiquem sempre e sob qualquer circunstância a demissão sem aviso prévio⁽¹³¹⁾. O que parece necessário em relação às normas de proteção, pode ser oferecido de modo semelhante através da *função de apaziguamento*. No estatuto do funcionalismo público desenvolveu-se, por exemplo, o princípio da proporcionalidade dos conflitos trabalhistas pelo qual, em certas circunstâncias, podem ser declaradas ilegais aquelas greves que ameacem a estabilidade econômica e política; seria muito mais difícil conseguir um resultado comparável tendo como base a doutrina da adequação social, preterida a partir de 1971⁽¹³²⁾. Por isso, é ilusório querer apelar constantemente ao legislador ou exigir, quem sabe, a volta ao positivismo jurídico tradicional⁽¹³³⁾, sem falar de outras objeções que desaconselham a programação total da conduta judicial por meio de normas jurídicas⁽¹³⁴⁾. A não ser que se queira colocar em questão o poder controlador do poder judiciário como um todo (o que até poderia ser legítimo diante da exigência de um modelo social alternativo e abrangente)⁽¹³⁵⁾, contamos somente com a possível tentativa de aumentar a influência sobre os objetivos do controle numa certa direção, que poderia ser, por exemplo, o interesse dos empregados. Não há outra alternativa, conforme se pode ver no caso do direito econômico, onde as tendências apontam na mesma direção⁽¹³⁶⁾.

Ao lado do poder judicial encontramos também no direito do trabalho o poder de interpretação da jurisprudência que é chamado, por vezes, de *quarto poder*. Em todos os conflitos a serem decididos de acordo com os critérios da justiça que careçam, no entanto, de nor-

(131) *Schaub*, "Handbuch des Arbeitsrechts", Munique, 1977, art. 125 VII 9.

(132) *Meyer, Jürgen*, "ZRP", 1974, 253.

(133) *Ramm*, "Einführung in das Privatrecht", vol. III, Munique s.d. (1974), pág. 836 e segs.; *Ridder*, "Die soziale Ordnung des Grundgesetzes", Opladen, 1975, pág. 11 (diferentes pontos de vista políticos).

(134) *Simon, Dieter* "Die Unabhängigkeit des Richters", Darmstadt, 1975, apresenta uma descrição abrangente das tentativas, de determinar o real alcance do comprometimento do juiz com a lei. Na mesma obra (pág. 99), breve e pertinente crítica de *Ramm*.

(135) Será necessário enfrentar também sob este aspecto a complexidade das relações sociais. Sobre o direito judicial na RDA p. ex. *Schlüter*, "Das Obiter dictum", Munique, 1973, pág. 58 e segs.

(136) Houve, no entanto, um acentuado deslocamento de competências para o executivo e os peritos que o assistem, HART, "ZHR" 140 (1976), 31, 40.

mas jurídicas claras e específicas, confia-se na *opinião reinante* dos comentários e compêndios além de monografias e artigos⁽¹³⁷⁾. Apesar do fato da Jurisprudência se destacar cada vez mais entre as fontes de direito reconhecidas, não houve, até o momento, uma discussão séria em torno da categoria do *direito científico*. Mesmo assim, não pode haver dúvidas quanto à função orientadora da doutrina reinante; sociologicamente falando trata-se de uma fonte de direito, apesar da possibilidade óbvia de ser revogada a qualquer momento pelo Judiciário ou pelo legislador.

A especificidade das fontes do direito do trabalho do Estado levanta problemas de legitimação que nem de longe estão resolvidos. Mais do que no caso das leis de origem parlamentar, a fraca legitimação democrática do direito judicial e a total ausência de respaldo da *opinião reinante* na vontade da maioria dificultam, sobretudo do lado dos empregados, a aceitação de sentenças incômodas justificadas pelo interesse coletivo. Neste sentido, a participação dos antagonistas sociais na jurisdição trabalhista pode realmente significar uma certa compensação. Por faltar um mecanismo dessa natureza, a *opinião reinante* vê-se confrontada com ataques muito mais contundentes⁽¹³⁸⁾, apresentados pelos sindicatos e por cientistas jurídicos ligados a eles, formando aos poucos uma espécie de interpretação alternativa⁽¹³⁹⁾.

5. Resolução Autônoma de Conflitos pelos Próprios Antagonistas Sociais

A discussão em torno da jurisprudência e da opinião reinante seria um problema relativamente secundário, se a área de aplicação do direito do trabalho do Estado ficasse mais restrita, deixando-se a grande maioria dos conflitos por conta do entendimento entre os antagonistas sociais. Não é esse o procedimento atual. Há 15 anos que se alerta contra a *ocupação legislativa* do setor de contratação

(137) A respeito das cláusulas gerais, Lüdersen, *et al.*, "Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften", Baden-Baden, 1978.

(138) Uma primeira tentativa de elaboração em Wesel, "Kursbuch 56" (1979), pág. 88 e segs.

(139) Wahsner, "KJ", 1974, 369 e segs.

coletiva⁽¹⁴⁰⁾, um certo autor chegou ao ponto de chamar, com certa dose de exagero consciente, o direito do trabalho de especialidade alemã⁽¹⁴¹⁾. O grãozinho de verdade que está nessas teses não deveria impedir o reconhecimento de que a realidade das Relações do trabalho deva ser encarada com muito mais discernimento. A regulamentação dos conflitos pelos próprios antagonistas sociais não é apenas um item menor, como poderia querer sugerir um enfoque meramente jurídico.

Não há como contestar o fato de que o direito do trabalho do Estado intervém numa série muito complexa de tópicos; exceção feita ao nível salarial, dificilmente existirá alguma disputa em que as leis, a jurisprudência e a opinião generalizada não disponham de uma solução. Esta constatação vale até para a velocidade de uma linha de montagem⁽¹⁴²⁾, ou para o assunto admissível em uma conversa entre colegas de trabalho⁽¹⁴³⁾. As normas do Estado costumam respeitar, no entanto, ao que está determinado nos acordos coletivos; quanto à contrapartida do empregador aplica-se o princípio do mais favorável⁽¹⁴⁴⁾. Mais importante é o fato de o procedimento dos antagonistas sociais, inclusive o conflito trabalhista, depender de um grande número de normas previstas no direito sancionado pelo Estado, de modo que os resultados dos conflitos, dos contratos coletivos, dos acordos com empresas isoladas etc. já possuem caráter jurídico, podendo ser impostos pelos tribunais e pelo poder estatal.

Qual é a natureza desses *pressupostos* que vêm da parte do Estado? Na perspectiva de sua concretização devemos distinguir três formas diferentes de representação de interesses: estatuto do tra-

(140) Sobre a discussão (por enquanto provisória), *Abendroth, Blanke et al.*, "Der Kampf um das Grundgesetz. Über die politische Bedeutung der Verfassungsinterpretation", Frankfurt/Main, 1977, bem como *Däubler, W.*, ob. cit., "Gesellschaftliche Interessen und Arbeitsrecht", Colônia, 1974.

(141) *Biedenkopf*, "Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis von Tarifparteien, Gutachten für den 46", . DJT, Munique e Berlim, 1966, pág. 97 e segs.

(142) *Unterseher*, "Arbeitsrecht — eine deutsche Spezialität", em: *Jacobi-Müller-Jentsch-Schmidt, Eberhard*, "Gewerkschaften und Klassenkampf, Kritisches Jahrbuch", Frankfurt/Main, 1972, pág. 190 e segs.

(143) *Rüthers*, "ZfA", 405.

(144) *Flitting-Auffahrt-Kaiser*, "Handkommentar zum BetrVG", Munique, 1977, Art. 74, nota 10; Não são proibidas manifestações e conversas em geral de cunho político, contanto que se refiram a questões ligadas à vida na empresa e não se constituam em propaganda de partidos políticos. Essa afirmação se refere principalmente aos membros do conselho de representação dos empregados.

balho em empresas, co-gestão empresarial, representação direta pelos sindicatos em forma de contratos coletivos ou greve. No que diz respeito ao conselho dos representantes dos empregados na empresa, limita-se sua atuação a objetivos que não contrariem os interesses dos empregados e da empresa. Desta maneira fica-lhes vedado o incitamento à greve ou a outras formas de não-cooperação; antes devem praticar uma cooperação com o empregador baseada na confiança, tentando sempre chegar à conciliação através da negociação. Em certos casos relacionados expressamente na lei, os conselhos dos empregados têm o direito de participação nas decisões, de modo que, em caso de dissensão duradoura, a decisão deve passar para uma comissão de conciliação de composição paritária (com um presidente neutro). Nos demais casos, o empregador pode passar por cima do voto do conselho. De modo semelhante está organizada a representação de interesses nos órgãos das empresas: como todos os demais membros do conselho de administração, também os representantes dos empregados devem visar o bem da empresa⁽¹⁴⁵⁾, com consequências fundamentais sobretudo em relação ao dever de guardar segredo. Quanto aos procedimentos, as negociações têm importância restrita, pois, em caso de conflito, decide a maioria dos votos que, de acordo com a lei de co-gestão de 1976, está nas mãos dos acionistas. Mesmo os representantes sindicais devem obedecer a certos objetivos predeterminados, uma vez se lhes é vetado pôr em risco *a ordem e a paz da vida de trabalho*⁽¹⁴⁶⁾. Ainda dentro das condições desse quadro, cabe sempre à negociação a precedência sobre medidas de conflito trabalhista. A greve só é admissível quando, apesar de esforços intensos, não se chega a um acordo. Para que a opção por esse recurso fique mesmo como última hipótese, aumenta-se também seu grau de risco: quem faz greve se arrisca, segundo a doutrina aplicada até hoje, a um possível *lockout* por parte da empresa, fato este que costuma exercer um forte poder de dissuasão sobre os empregados, já que os sindicatos, segundo a tradição alemã, devem arcar com grande parte da compensação salarial.

(145) Wiedemann-Stumpg, "Tarifvertragsgesetz, Kommentar", Munique, 1977, Introd. nota 91.

(146) O art. 25 al. 1 MitbG 1976 remete neste sentido ao direito social. Em relação à atual fase da discussão, sobretudo quanto ao conteúdo do interesse da empresa, Fitting-Wlotzke-Wissmann, "Mitbestimmungsgesetz. Kommentar", Munique, 1978, Art. 25 nota 94 e segs.; sobre os princípios da posição sindical Kittner, "ZHR" 136 (1972), 208, 226 e segs.

Todos esses múltiplos compromissos que amarram a representação dos interesses coletivos e que poderíamos resumir no *slogan* da *parceria social* levam a um poder de negociação e pressão relativamente pequeno do lado dos empregados. Desta maneira, muitas normas mínimas se transformam, na prática, em normas máximas, e o poder judiciário se vê freqüentemente na contingência de ter que lidar com casos em que as partes contratantes ficam aquém dos padrões de proteção estabelecidos por eles mesmos⁽¹⁴⁷⁾.

A juridicidade das relações do trabalho se revela também no fato de que só é possível fazer prevalecer aquilo que ficou estabelecido nos acordos *autônomos* através do auxílio dos mecanismos do Estado. A execução social⁽¹⁴⁸⁾, ou a greve que tenha por finalidade a aplicação das medidas estabelecidas em contratos e acordos são recusados unanimemente pela jurisprudência e pela doutrina reinante⁽¹⁴⁹⁾. O encaminhamento pela via judicial acarreta outro inconveniente: as conquistas coletivas voltam a ser *individualizadas* durante o estágio da imposição. Se um empregador isolado não cumprir as cláusulas do contrato coletivo, não é ao sindicato que cabe o direito de demanda judicial; cabe ao próprio empregado individualmente reclamar os seus direitos perante a justiça, o que pode pôr em risco sua perspectiva de carreira profissional na empresa, além da ameaça de demissão numa próxima oportunidade⁽¹⁵⁰⁾.

Mesmo assim não se deve atribuir caráter absoluto à influência do direito do trabalho sancionado pelo Estado. *Déficits* de execução podem ser verificados em dois sentidos. De um lado, deixam de ser observados sobretudo regulamentos do direito de segurança do trabalho cuja aplicação importaria custos adicionais ao empre-

(147) Vide nota 111.

(148) Herschel, "AuR" 1972, 129 e segs.; Reuss, "AuR", 1972, 136 e segs.; Vossen, *Tarifdispositives Richterrecht*, Berlin, 1974. Como exemplos sejam citados os casos de degradação dos princípios sobre empregos seguidos (BAG "AP" n. 32 e 37 sobre o Art. 620 BGB, contrato de trabalho por tempo limitado) e de revogação de gratificações na rescisão de contrato de trabalho (BAG "AP" n. 57 sobre o Art. 611 BGB, gratificações). Na prática, esse tipo de concessão costuma ser compensado com sinais de boa vontade da parte do empregador em outros pontos (p.ex. montante da gratificação).

(149) Kahn-Freund, Otto, ob. cit., "Funktionswandel des Arbeitsrechts", 1932, reimpressão em Ramm, "Arbeitsrecht und Politik", Neuwied e Berlin, 1966, págs. 216/217, com referências a Sinzheimer.

(150) BAG "DB" 1978, 1404; Seiter, "Streikrecht und Aussperrungsrecht", Tübingen, 1975, pág. 496 e segs. e *passim*.

gador⁽¹⁵¹⁾. Ao lado dessa *recaída* na auto-regulamentação autoritária constata-se, por outro lado, a existência de uma representação de interesses que ultrapassa o direito do trabalho do Estado. Assim há conselhos de representação que, passando por cima do artigo 77, alínea 3 do estatuto do trabalho, acordam condições de trabalho que vão além dos acertos previstos nos contratos coletivos⁽¹⁵²⁾, e na prática existem tanto cláusulas de diferenciação quanto de efetivação que foram ambas declaradas ilegais pelo Tribunal Federal do Trabalho⁽¹⁵³⁾. Mas o sistema de Relações em clima de parceria social é decididamente questionado pelas ameaças de greves espontâneas proferidas por conselhos de representação "fortes"; se bem que seja difícil obter dados estatísticos confiáveis neste contexto⁽¹⁵⁴⁾, tais ameaças costumam ser muito eficientes na prática⁽¹⁵⁵⁾. Na Grã-Bretanha registram-se problemas semelhantes em relação a eventuais contratos coletivos: as cláusulas dos acordos coletivos não têm força normativa, mas, via de regra, são incluídas nos contratos de trabalho, seja por ilação, seja por convenção⁽¹⁵⁶⁾. Por isso pode haver também política sindical conflitiva, os riscos dessa opção, porém, costumam ser muito mais graves para os empregados implicados do que em outros países da Europa ocidental.

(151) Todos concordam quanto ao fato de que dificilmente se demanda algum processo enquanto existe vínculo empregatício, exceção feita ao serviço público, mas dispomos somente de estimativas quanto às Relações exatas: *Blankenburg-Schönholz*, "Zur Soziologie des Arbeitsgerichtsverfahrens", Neuwied e Darmstadt, 1979, pág. 57. Números mais precisos estão disponíveis sobre a Áustria, em *Hagen*, "Das Recht der Arbeit" (revista austríaca), 1977, 199; 96,5% das queixas são feitas apenas depois de terminado o vínculo empregatício.

(152) Mais detalhes em *Däubler, W.*, ob. cit., "Juristische Arbeitsblätter" 1977, 561, 564.

(153) *Bergmann/Jacobi/Müller-Jentsch*, "Gewerkschaften in der Bundesrepublik", Colônia/Frankfurt, 1975, p. 180; *Schacht-Unterseher*, "Das Tarifverhandlungssystem in der Bundesrepublik", em: *Meissner-Unterseher*, "Verteilungskampf und Stabilitätspolitik", Stuttgart/Berlin, 1972, pág. 84, 93 e segs.

(154) Sobre a ilegalidade de cláusulas de diferenciação: BAG "AP" no 13 sobre artigo 9 GG; sobre a prática contrária dos contratos coletivos: *Seitenzahl-Zachert-Pütz*, "Vorteilsregelungen für Gewerkschaftsmitglieder", Colônia, 1976, pág. 184. Sobre ilegalidade de qualquer cláusula efetiva: BAG "AP" n. 7 e 8 sobre o Art. 4 TVG cláusula efetiva; sobre a prática contrária, dados em ERD, "Verrechtlichung industrieller Konflikte", Frankfurt/Main, 1978, pág. 53.

(155) Quanto aos problemas dos dados estatísticos sobre lutas trabalhistas recentes, *Kalbitz*, "Aussperrungen in der Bundesrepublik", Colônia/Frankfurt, 1979, págs. 11-29.

(156) Merece atenção o fato de que, entre 1964-1968, 83,3% das greves eram selvagens, portanto ilegais segundo o TFT; nestas estavam envolvidos 66% de todos os empregados que participaram neste período de algum movimento grevista; esses dados se encontram em *Kalbitz*, em: *Jacobi/Müller-Jentsch/Schmidt, Eberhard*, "Gewerkschaften und Klassenkampf", Kritisches Jahrbuch, 1973, pág. 114.

6. Dinamismo Social e Intervenção do Estado pelo Direito do Trabalho

6.1. Tendências Concentracionistas

Ao tentar submeter o modelo de Relações do trabalho apresentado a uma análise de sua capacidade de adaptar-se de modo adequado às novas tendências, defrontamo-nos inicialmente com a questão dos efeitos da concentração progressiva das últimas décadas⁽¹⁵⁷⁾, e da ampliação do poder público⁽¹⁵⁸⁾, sobre o direito do trabalho. Por um lado perderam sua legitimação intrínseca todas aquelas normas do direito que estavam baseadas na vinculação pessoal entre o empregador e o empregado no processo produtivo: a comunidade de pessoas tornou-se um anacronismo na grande empresa moderna, de modo que a crítica desse modelo se ampliou consideravelmente nos últimos dez anos⁽¹⁵⁹⁾; o próprio Tribunal Federal do Trabalho deu a entender que não pretende agarrar-se incondicionalmente a esse modelo tradicional⁽¹⁶⁰⁾. Com isso não diminuem de modo algum os deveres das partes comprometidas pelo contrato de trabalho; vários autores chegam praticamente aos mesmos resultados, partindo do princípio de uma relação mútua de obrigações⁽¹⁶¹⁾. Uma outra modificação decorre da necessidade de se definir as atribuições dos conselhos de representação dos empregados a nível de grupo, para que tenham condições de participar das decisões nos grêmios realmente importantes. Aumenta assim o risco de um *isolamento* dos conselhos

(157) Quanto à tentativa de dar fundamentação jurídica a esses acordos sob a designação outros contratos coletivos, *Däubler, W.-Hege*, "Tarifvertragsrecht", Baden-Baden, 1978, pág. 206 e segs.

(158) Para o ano de 1970, a secretaria federal de cartéis constatou que, na média de todas as áreas econômicas, 2,35% das empresas responderam por 58% do faturamento (BT-Drucksache 7/2250, pág. 10 e segs., 35 e segs.). Outros dados em *Reich*, "Markt und Recht, Theorie und Praxis des Wirtschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland", Neuwied e Darmstadt, 1977, pág. 256 e segs., bem como nos relatórios da comissão de monopólios.

(159) Em 30.6.1977 havia um total de 4,2 milhões de pessoas trabalhando no serviço público (sem as empresas municipais de saneamento e transporte e sem as empresas estatais), o que corresponde a pouco menos de uma quinta parte de todos os assalariados. Dados do anário estatístico "Statistisches Jahrbuch der Bundesrepublik", 1978, pág. 422 (serviço público) e pág. 92 (número total).

(160) Exemplo típico em *Kempff*, "DB" 1979, 792; *Schwerdtner*, "Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen", Heidelberg, 1970; *Richardl*, em *Tomandl* (ed.), "Treu- und Fürsorgepflicht", Wien, 1975, pág. 59 e segs.

(161) BAG "AP" n. 1 sobre o Art. 103 BetrVG 1972, f. 6R.

de representação, já que ficam mais distantes dos problemas concretos do local de trabalho. Um processo semelhante se verifica na área sindical, se bem que não se trate de um fenômeno novo, pois os problemas antigos, decorrentes da prática de contratação coletiva por região, continuam os mesmos. As tendências concentracionistas dificultam a defesa dos interesses concretos do posto de trabalho, mas, por outro lado, aumentam as chances de ação em unidades maiores; os pesos acabam se deslocando a favor do lado empregador⁽¹⁶²⁾. Em casos isolados pode periclitir até o sistema dos contratos coletivos por região, supondo-se, por exemplo, que a situação econômica dos 2 ou 3 líderes do mercado seja tão boa que, diante das conquistas acima das cláusulas coletivas alcançadas pelo conselho de representação fora das vias legais, a garantia de níveis mínimos se torne relativamente desinteressante e faça parecer inútil qualquer engajamento em lutas trabalhistas⁽¹⁶³⁾.

Quando os empregados pertencem a um grupo empresarial, surge uma série de problemas especiais⁽¹⁶⁴⁾. É óbvio que a participação nas decisões através do conselho de representação e dos representantes dos empregados no conselho administrativo perde sua razão de ser, quando todas as decisões se concentram na matriz. O empregado que trabalha para uma empresa afiliada tem diante de si um *empregador* que já não persegue seus próprios interesses, uma vez que precisa orientar seu procedimento na política global do grupo. Sobretudo por causa das normas relativamente ineficientes do grupo factual⁽¹⁶⁵⁾, pode haver até conseqüências negativas para a situação econômica do *empregador*, mesmo que o grupo como um todo esteja em ótimas condições. Em casos isolados podem acontecer desativações provocadas pelos interesses do grupo⁽¹⁶⁶⁾, ou determinadas funções aos poucos podem ser transferidas para outras unidades do grupo⁽¹⁶⁷⁾. Outra conseqüência negativa para o empregado pode vir da transferência, justificável pelo interesse patronal,

(162) *Hanau-Adomeit*, "Arbeitsrecht", Frankfurt/Main, 1978, pág. 133 e segs.; *Söllner*, "Arbeitsrecht", Stuttgart s.d., pág. 208 e segs.

(163) Opinião semelhante *Rose*, "GMH", 1973, 614, 619.

(164) Relatório sobre a greve dos químicos de 1971, em *Bergmann, et al.* (nota 46), pág. 243 e segs.

(165) Sobre a problemática do direito trabalhista de grupos empresariais, estudo recente em *Mertens*, "Festschrift 25 Jahre BAG", pág. 367 e segs.

(166) *Reich*, ob.cit. (nota 51), pág. 323 e segs. e *passim*.

(167) *Rehbinder, E.*, "Konzernausssenrecht und allgemeines Privatrecht", Bad Homburg etc. 1969, pág. 471.

de uma empresa do grupo para outra: dificilmente pode surgir um vínculo de tempo de serviço mais prolongado. Exceção feita ao problema da co-gestão, não há por enquanto consenso geral quanto às possibilidades de neutralizar os riscos específicos da concentração das empresas. A tendência das primeiras abordagens do problema indica para uma interpretação mais ampla de certas normas do direito do trabalho, de modo que as empresas de um grupo sejam consideradas como uma só unidade⁽¹⁶⁸⁾.

6.2. Mudanças do Processo do Trabalho

O *substrato* das normas do direito do trabalho mudou também em função das mudanças fundamentais que o processo do trabalho sofreu em muitos setores. No setor de produção, reduziu-se muito o trabalho físico pesado, mas ao mesmo tempo aumentaram o desgaste nervoso e a carga de trabalho em turnos⁽¹⁶⁹⁾. Muitos postos de trabalho respondem por um alto grau de responsabilidade logística. Houve também uma grande expansão do setor de serviços⁽¹⁷⁰⁾; sobretudo no setor público surgiu um grande número de campos de atividade que já não estão ligados à economia de bens uma vez que a eles não importa mais o valor de troca e sim apenas o valor de uso. O atendimento médico e as aulas na escola constituem atividades em que a orientação exclusiva do servidor para salários e lucros causaria resultados danosos⁽¹⁷¹⁾.

Para o direito do trabalho, as conseqüências se resumem a um alcance cada vez mais reduzido do princípio de hierarquia em que se baseia o direito diretivo. Em lugar das ordens e da obediência, é necessário confiar na motivação suficiente dos empregados; este objetivo se procura alcançar, por exemplo, pelos incentivos à formação de patrimônio em poder dos assalariados, por determinadas

(168) *Wiedemann-Strohn*, comentário sobre BAG "AP" n. 3 do art. 1 KSchG 1969, demissão por razões empresariais. O tema todo é abordado também em *Mestmäcker*, "Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe, 1958, pág. 5.

(169) Mais detalhes *Däubler, W.*, ob. cit., "Das Arbeitsrecht", pág. 353 e segs.

(170) Os dados de *Raane*, "GMH", 1974, 437; *Buschfort*, "RdA" 1977, 104; dados mais recentes em *Münstermann*, e *Preiser*, "Schichtarbeit in der Bundesrepublik Deutschland", Bonn, 1978, pág. 2; 3,66 milhões de operários trabalham em turnos, 2,48 milhões têm jornada noturna, 3,22 milhões trabalham nos domingos e feriados, sendo que muitos deles fazem parte de 2 ou 3 dessas categorias.

(171) A participação dos empregados do setor de prestação de serviços (inclusive comércio e transportes) no total de pessoas economicamente ativas aumentou de 39% em 1962 para 48% em 1977; dados tirados do anuário estatístico de 1978, pág. 94.

formas de salário-prêmio ou pela criação de grupos de trabalho autônomos⁽¹⁷²⁾. Outras dificuldades têm sua origem em certas normas do direito do trabalho que se orientam ainda na indústria de produção tradicional; onde está por exemplo a passagem para outra empresa, prevista no artigo 613a do Código Civil, no caso de um determinado serviço (p. ex. a intermediação de pedidos numa agência de viagem) ser executado por terceiros⁽¹⁷³⁾? Há problemas também em relação aos níveis salariais e à segurança do trabalho que se orientam em sua maior parte pelo esforço físico, deixando praticamente de lado o desgaste psíquico que caracteriza mais o setor de prestação de serviços. O critério do valor de uso de uma atividade faz com que uma greve prejudique às vezes os alvos errados, motivo pelo qual só continua possível como ato demonstrativo, não como meio de luta no sentido tradicional⁽¹⁷⁴⁾. Neste ponto, é necessário encontrar formas alternativas de pressão, como por exemplo a recusa de realizar os serviços administrativos que podem ser de substancial importância para o *patrão*⁽¹⁷⁵⁾.

As mudanças nos processos de trabalho se fazem sentir também na estrutura de qualificação profissional. O conflito na indústria gráfica revelou com clareza exemplar que a inovação tecnológica pode levar todo um grupo de profissionais à ruína⁽¹⁷⁶⁾. Por enquanto não se dispõe de nenhum meio adequado para evitar ou atenuar a perda da qualificação profissional e a conseqüente degradação social. Ao contrário da propriedade, a qualificação profissional não recebeu praticamente nenhum tipo de amparo jurídico, apesar de sua grande importância tanto para o indivíduo como para o desenvolvimento da sociedade toda; não existe sequer a idéia de um direito ao uso da força do trabalho de acordo com sua qualificação, derivado do artigo 14 da Constituição. Que um direito dessa natureza dificilmente se adaptaria à economia de mercado capitalista já é outro problema.

(172) Grauhan, em *Grauhan-Hickel*, "Krise des Steuerstaats?", Opladen, 1978, pág. 229 e segs.

(173) Mais detalhes em *Haug*, "Direktion zwischen Sachzwang und Demokratie", Berlin, 1979.

(174) *Fangmann*, "AuR", 1979, 128 (sobre a privatização de serviços públicos) e *Däubler, W.*, "Das Arbeitsrecht 2", pág. 359s.

(175) *Hoffacker*, "Leviathan 1" (1973), pág. 254, 260 e segs. que exige logicamente um direito de greve diferenciado.

(176) Exemplo: Os médicos fazem a assim chamada "greve do lápis" (o tratamento dos pacientes continua no ritmo normal, mas sem registros para a administração do hospital, de modo que esta não pode emitir faturas).

6.3. Internacionalização da Produção e do Comércio

Um desafio especial para as estruturas tradicionais do direito do trabalho surgiu com a internacionalização da produção e do comércio que encontrou sua expressão maior na criação de grupos multinacionais. Estes não apenas têm condições de contornar algumas medidas legais do Estado,⁽¹⁷⁷⁾ eles modificam também a relação de forças no confronto direto entre capital e trabalho⁽¹⁷⁸⁾. Em muitos casos, os empregados têm até dificuldade em localizar concretamente o centro das decisões⁽¹⁷⁹⁾, quanto mais em obter uma visão global de todas as atividades do grupo, inclusive de sua situação financeira. Por isso, se encontram com frequência numa situação relativamente desamparada quando as reivindicações salariais são recusadas com argumentos baseados na má situação financeira da empresa localizada em território nacional⁽¹⁸⁰⁾. A defesa dos interesses coletivos pode ser minada também quando o grupo multinacional aproveita sua posição econômica forte para conceder condições de trabalho especialmente atrativas (ligadas eventualmente às mais recentes *técnicas sociais*), criando desta maneira uma espécie de egoísmo institucional em grande número de empregados, que passam a defender agora os privilégios adquiridos⁽¹⁸¹⁾. Mais comum que essa *tática do torrão de açúcar*, porém, é o uso da própria força econômica para rechaçar reivindicações indesejáveis da parte dos empregados. O meio de pressão mais importante neste sentido é a ameaça de remanejamento da produção. Não se costuma falar propriamente em desmontagem das instalações industriais e de sua remontagem em outro país, pois este seria um procedimento caro e pouco viável⁽¹⁸²⁾; na realidade, a opção fica entre dois tipos de comportamento:

Em primeiro lugar, o grupo multinacional pode ameaçar com a aplicação de investimentos futuros em países *mais tranquilos*, mon-

(177) *Mahlein*, "GMH", 1978, 261 e segs.

(178) *Kreye*, "Multinationale Konzerne", Munique, 1974.

(179) Uma seleção da vasta bibliografia: *Breidenstein*, "Internationale Konzerne", Reinbeck, 1977, pág. 142 e segs.; *Piehl*, "Multinationale Konzerne und internationale Gewerkschaftsbewegung", Frankfurt/Main, 1974, pág. 62 e segs.

(180) *Jungnickel-Matthies*, "Multinationale Unternehmen und Gewerkschaften", Hamburgo, 1973, pág. 16.

(181) *Piehl*, *WSI-Mitt.*, 1975, 147.

(182) Como exemplo poderíamos mencionar aqui a política de recursos humanos da IBM. A esse respeito, *Alberts-Klinger et al.*, "Mit IBM in die Zukunft", Berlin, 1974, e *Peter*, Gerd, "Das IBM-System", Frankfurt/Colônia, 1975.

tando por exemplo um novo modelo de veículo não mais no país X com suas constantes ameaças de greve, e sim no economicamente pacífico país Y, de modo que os empregos locais estarão ameaçados a longo prazo⁽¹⁸³⁾. Por outro lado, alguns grupos multinacionais têm condições de remanejar rapidamente, em caso de greve, sua produção para fábricas paralelas no exterior, frustrando assim completamente ou ao menos em parte os possíveis resultados de uma greve⁽¹⁸⁴⁾. Com isso mudam de modo dramático as *regras do jogo*⁽¹⁸⁵⁾, sobretudo em relação ao estatuto do trabalho e à co-gestão nas empresas; diante de centros de decisão situados no exterior deixam de funcionar simplesmente.

Parece pouco realístico esperar iniciativas espontâneas da parte do Estado ou a definição de regras de procedimento a nível internacional⁽¹⁸⁶⁾. É provável que o único instrumento realmente praticável seja a construção persistente de um poder sindical como contrapeso que deve começar a manifestar-se em ações de solidariedade em determinados casos concretos⁽¹⁸⁷⁾. As normas de direito do trabalho necessárias para esta atuação só deverão surgir aos poucos como conseqüências de uma prática sindical prolongada⁽¹⁸⁸⁾. De qualquer maneira, não temos como fugir da internacionalização das Relações do trabalho, mais podemos tentar controlar esse processo através dos meios jurídicos após o devido preparo científico. Que este se baseie no engajamento humanitário de que *Otto Kahn-Freund* nos deu o exemplo a ser imitado.

(183) Justifica-se a referência de *Erdmann*, "Arbeitsrechtliche Aspekte in internationalen Unternehmensverbund", em *Lutter*, "Recht und Steuer der internationalen Unternehmensverbindung", Düsseldorf, 1972, pág. 183, se bem que ele não aborde as formas mais subtis de remanejamento da produção.

(184) *Hellmann*, "Kontrolle der multinationalen Unternehmen", Baden-Baden, 1974, pág. 51, 112; *Jungnickel-Matthies*, ob. cit. (nota 73), pág. 21 e segs.

(185) *Jungnickel-Matthies*, pág. 64.

(186) *Wedderburn*, "Industrial Law Journal", 1972, 13.

(187) Sobre as tentativas de controle a nível nacional e internacional, *Hellmann*, ob. cit. (nota 77).

(188) De modo exemplar em *Birk*, "Die Rechtmässigkeit gewerkschaftlicher Unterstützungskampfmassnahmen", Stuttgart, 1978, pág. 127 e segs. (aspectos jurídicos); *Breidenstein*, ob. cit. (nota, pág. 130 e segs.) (aspectos de política sindical e prática empresarial).

I.III. O Conselho de Representação dos Empregados no Sistema Alemão

1. Introdução. 2. Onde se forma um Conselho de Representação? 3. Relações com o Sindicato. 4. Máximas de Ação. 5. Condições de Trabalho do Conselho. 6. Os Direitos de Co-Gestão do Conselho. 7. O Conselho de Representação como Agente Decisivo de um "Microcorporativismo". 8. Perspectivas.

1. Introdução

Os conselhos de representação são uma especialidade. Interlocutores estrangeiros costumam dizer que instituição semelhante no máximo poderia ser encontrada na Áustria. Os franceses, ingleses ou espanhóis que já tiveram contato com conselhos de representação alemães, constataram realmente algumas esquisitices. Os conselhos parecem ser poderosos — dispendo freqüentemente de uma sala representativa e às vezes até um carro da empresa; pode acontecer que se receba um convite para o almoço ou o jantar e que a conta seja paga com o cartão de crédito da empresa. Via de regra, nas conversações é indispensável a presença de um intérprete. Na maioria dos casos, os representantes são social democratas e, quase sempre, filiados a um sindicato da DGB, mesmo que nenhuma das duas condições seja obrigatória. Dificilmente haverá algum representante que tenha lido as obras de *Marx*, em vez disso recorrem todos a um grosso livro de 1.700 páginas que resolve todas as charadas jurídicas da Lei Constitucional de Empresa estando sempre ao alcance da mão em qualquer mesa de negociação; sem "*fitting*" perde-se prestígio, um bom representante é igualmente versado no trato com a literatura jurídica.

O que está realmente por trás desse fenômeno dos conselhos de representação? Qual a sua importância como interlocutores? Qual o seu papel no movimento sindical alemão? Uma resposta a essas questões deve tomar em consideração tanto a situação jurídica quanto real dos conselhos de representação.

2. Onde se forma um Conselho de Representação?

O estabelecimento fabril ou comercial é a unidade básica do estatuto das empresas. De acordo com a jurisprudência, trata-se de uma *unidade organizacional em que um empregador solitário ou em conjunto com seus empregados e com a ajuda de recursos técnicos e imateriais persegue continuamente determinados objetivos de trabalho*. Trata-se, portanto, de uma unidade de *trabalho*, não de um ente econômico em sentido amplo, tanto assim que uma mesma empresa poder ter vários estabelecimentos (p. ex. as filiais de um grande magazine) que podem eleger cada um o seu próprio conselho de representação.

Se numa mesma empresa existem vários conselhos de representação, é necessário formar um conselho geral composto de delegados dos conselhos isolados. Quando há empresas dependendo de outra, pode-se formar também um conselho de representação do grupo empresarial.

O número mínimo de empregados que uma empresa deve ter para que se possa formar um conselho é de 5. Todos os empregados com vínculo empregatício com o dono da empresa no dia da eleição têm direito a voto. Não importa a nacionalidade, nem a condição de temporário ou de empregado de meio expediente. Elegível é qualquer empregado que esteja ligado ao estabelecimento há pelo menos seis meses. A eleição é realizada em separado para operários e funcionários de escritório, a não ser que ambos os grupos resolvam por maioria absoluta realizar uma eleição conjunta.

Os eleitos formam o conselho de representação dos empregados; o empregador não é nem membro nem tem sequer o direito de participar das reuniões.

Nem todos os estabelecimentos fabris e comerciais que estariam legalmente em condições de eleger um conselho fazem isso efetivamente. Uma série de levantamentos e estimativas mostram que só em 10-15% dos estabelecimentos se realizam eleições de fato. Ficam de fora sobretudo pequenas e médias empresas. Considerando o número de pessoas legalmente empregadas, dispõem mais ou menos dois terços de representação, o outro terço não tem representação institucionalizada.

3. Relações com o Sindicato

De acordo com o texto legal, o conselho de representação não faz parte do sindicato, constituindo-se em representante independente dos empregados de um estabelecimento. O artigo 75, inciso 1 da Lei Constitucional de Empresa proíbe expressamente qualquer tipo de favorecimento ou discriminação de empregados individuais por causa de *sua atividade* ou *posição sindical*.

Nem por isso o sindicato fica banido da empresa; mas a lei lhe concede tão-somente direitos em relação ao conselho de representação, excluindo expressamente a representação sindical autônoma ou seja, a atividade propriamente dita do sindicato que fica sujeita à ação judicial.

Os direitos (escritos) do sindicato frente ao conselho de representação são muitos, não permitindo porém o *controle remoto* dos representantes. Em detalhes, o sindicato pode:

- a) tomar a iniciativa para a eleição de um conselho de representação, estimulando a constituição de uma comissão eleitoral;
- b) enviar um ou mais delegados para a reunião do conselho e para a assembléia dos empregados;
- c) impugnar uma eleição para o conselho ou requerer junto ao tribunal do trabalho a destituição do conselho ou de membros isolados do mesmo por falta grave no cumprimento do dever;
- d) ampliar os direitos do conselho de representação através de normas fixadas no contrato coletivo ou, pelo contrário, tirar-lhes a base regulamentando de modo definitivo no contrato coletivo um certo assunto.

Na prática, a função mais importante do sindicato deve ser a de prestadora de serviços: quando o conselho de representação move uma ação contra o empregador (ou terceiros) é o sindicato que coloca à sua disposição um agente versado em direito; se um membro do conselho quiser aperfeiçoar seus conhecimentos, poderá valer-se da ampla gama de atividades de treinamento do sindicato; quando nas negociações com o empregador se faz necessário um especialista em informática, esse muitas vezes também é colocado à disposição do conselho pelo sindicato.

Em vista dessas circunstâncias prevalece na prática uma relação de cooperação entre o conselho de representação e o sindicato. Mais ou menos 80% de todos os representantes de conselho são sindicalizados. Na cabeça de muitos empregados, o conselho de representação funciona de fato como uma espécie de *sindicato na empresa*.

Os direitos autônomos dos sindicatos que não se referem ao conselho de representação sofreram desenvolvimento modesto por parte da jurisprudência. O sindicato pode exercer atividades de propaganda e informação através de seus filiados que trabalham na empresa, fazendo-os distribuir, por exemplo, panfletos e jornais ou colocando um quadro de avisos. O direito de acesso é vedado a estranhos que não façam parte do quadro de funcionários da empresa, ao contrário do que a lei faculta expressamente em relação ao acesso até aos postos de trabalho. Em muitas empresas existem pessoas de confiança sindicais que representam exclusivamente os empregados sindicalizados. Normalmente funcionam como uma espécie de intermediários entre os empregados e o conselho de representação; dificilmente chega a haver oposição entre o conselho e os sindicalistas de confiança. É que atrás de tudo e de todos está sempre presente a realidade do sindicato único, se não fosse assim, provavelmente o sistema todo funcionaria de outra maneira.

A (relativa) autonomia dos conselhos de representação dentro do movimento sindical constitui-se em elemento democrático: representantes eleitos dentro de um universo limitado podem ser controlados, bem mais difícil é conseguir isso em relação à liderança de uma organização de massas de 1-2 milhões de filiados. Outro aspecto não menos importante é o da autonomia dos conselhos que faz com que o movimento sindical como um todo se torne bem mais inovador. Quando surgem problemas na empresa, o conselho precisa tomar alguma atitude, não há como esconder-se atrás da desculpa de que o Sindicato é responsável por tais assuntos. Esses *novos problemas* podem estar ligados a novos anseios dos empregados (p. ex. horário flexível), mas também podem ser consequência de mudanças nas condições de trabalho (p. ex. implementação de novas tecnologias). Em ambas as áreas coube nos últimos anos aos representantes a nível de empresa uma espécie de pioneirismo; só depois que começam a chegar as reclamações deles inicia-se um esforço de reflexão em termos de conceituação também a nível de direção sindical.

4. Máximas de Ação

De acordo com o artigo 2, inciso 1 da Lei Constitucional de Empresa, empregadores e conselho de representação devem colaborar em espírito de mútua confiança com os sindicatos patronais e dos trabalhadores representados na empresa, para o bem dos empregados e da empresa, respeitando os contratos coletivos em vigor. A justificativa oficial destaca que o mandamento da colaboração confiante foi colocado logo no início da lei para realçar a importância fundamental da idéia. Com isso defrontamo-nos com dois princípios fundamentais:

a) o conselho de representação é obrigado a procurar em todas as suas iniciativas um procedimento de cooperação e não de conflito;

b) o conselho de representação deve visar intrinsecamente não apenas o bem dos empregados, mas também o da empresa.

O artigo 74, inciso 2, da Lei Constitucional de Empresa dá forma concreta a essas normas gerais.

É vedado ao conselho de representação iniciar ou dar apoio a medidas de luta contra o empregador. Além disso se proíbe ao conselho de representação a atividade política, exceção feita a questões relativas à contratação coletiva, bem como à política social e econômica, desde que digam respeito diretamente à empresa e seus empregados. Finalmente, o conselho de representação deve *evitar quaisquer atividades que possam vir a colocar em risco a rotina de trabalho e a paz do estabelecimento*.

O alcance prático dessas regras não deveria ser sobrestimado. O espírito de parceria não pode ser ordenado simplesmente pelo Estado, uma vez que essa atitude mudaria no máximo a forma de manifestação dos conflitos existentes. A confiança que a lei exige não pode ser objeto de imposição, tampouco a *franqueza e a sinceridade* de que se fala em outra passagem (art. 74, inciso 1). Mesmo os representantes munidos de uma dose sadia de desconfiança não precisam temer qualquer repreensão. Comentário semelhante se pode fazer em relação ao bem da empresa: de fato não existem sanções contra um conselho de representação que oriente as suas exigências e seu comportamento exclusivamente no bem dos empregados.

Mais eficaz se revela a proibição de organizar uma conflito trabalhista ou de conturbar de outra forma a paz na empresa. Só em situações muito excepcionais o conselho pode ameaçar com a renúncia coletiva ou até renunciar efetivamente. Mesmo quando isso acontece, o próprio conselho precisa manter-se em segundo plano: nas negociações cabe-lhe apenas advertir de que, nas circunstâncias atuais, já não tem condições de impedir os colegas de iniciar uma greve; e mesmo durante um conflito eventual, continua negociando com o empregador com o objetivo expresso de restabelecer o quanto antes a paz interna da empresa. Meios de pressão que se mantenham aquém do limite da greve já não são tão arriscados: uma assembléia geral que duraria normalmente duas horas pode estender-se por um dia inteiro de trabalho (pago pelo empregador), ou um grande número de colegas se apresenta inesperadamente no horário de atendimento do conselho de representação para queixar-se das condições de trabalho etc. A arma principal do conselho, no entanto, é o apelo à conciliação obrigatória por um árbitro neutro, de que deveremos falar ainda mais especificamente. Antes de chegar a esse desfecho insiste-se normalmente no argumento essencial de que o retorno à tranquilidade só estará assegurado se houver algum acordo baseado nas propostas do conselho de representação.

5. Condições de Trabalho do Conselho

As condições de trabalho dos representantes do conselho, garantidas pela lei, são muito importantes apesar de pouco comuns no contexto internacional, já que criam uma real autonomia frente ao empregador:

a) Os representantes do conselho exercem a sua atividade durante o horário de trabalho, com pagamento pleno dos salários, na proporção do necessário para o cumprimento de suas funções, independentemente de quaisquer créditos de tempo: tudo o que um conselho *razoável* pode considerar necessário para cumprir sua função legal pode se realizar durante o expediente de trabalho.

b) Os conselhos de representação têm o direito a informações completas, incluindo até segredos empresariais. Basta que exista uma relação com as próprias funções, como p. ex. a necessidade de zelar pelo cumprimento das normas de segurança interna.

c) De acordo com o artigo 40 da Lei Constitucional de Empresa podem os conselhos de representação exigir do empregador as necessárias instalações, além dos recursos materiais e humanos de um escritório. O empregador deve pagar também os custos das atividades do conselho (p. ex. viagens, telefone). A discussão atual gira em torno do direito ao próprio micro.

d) Os representantes do conselho podem participar durante o horário de trabalho de eventos de treinamento e de formação (normalmente organizados pelo sindicato). Se os conhecimentos transmitidos forem necessários para o trabalho do conselho na empresa específica, caberá ao empregador não apenas continuar pagando o salário durante o tempo de duração do treinamento, como arcar também com os custos do mesmo. Se as informações forem apenas úteis para o trabalho no conselho, será suficiente continuar o pagamento do salário. Este tipo de *férias para formação* é limitado a um total de três semanas por período eletivo, enquanto os cursos para aquisição de conhecimentos necessários não conhecem limitação de tempo.

e) Os representantes do conselho são amplamente protegidos contra demissões. Em princípio podem ser demitidos apenas por justa causa e com a anuência da maioria do conselho de representação. Se o conselho negar a sua aprovação, poderá o empregador apelar ao tribunal do trabalho, se houver realmente justa causa. A demissão fica suspensa até que a ação seja julgada pelo tribunal, o que chega facilmente a durar dois anos. Nesse tempo, o representante pode continuar a exercer a sua atividade.

f) As possibilidades de convocação de peritos pelo conselho de representação são limitadas. Segundo o artigo 80, inciso 3, da Lei Constitucional de Empresa exige-se um *entendimento* com o empregador quanto ao objeto da solicitação, da pessoa e dos custos. Se não se chegar a um entendimento, poderá ser iniciada uma ação judicial com o objetivo de esclarecer se o conselho de representação necessita mesmo da ajuda de um perito. A justiça parte agora do princípio de que devem ser esgotados primeiramente todas as fontes de informação disponíveis dentro da própria empresa. Em muitos casos não resta outra alternativa ao conselho que a de limitar-se à ajuda do sindicato. Mas, o apoio do sindicato não é sempre suficiente quando se trata de questões mais complicadas, como p. ex. a instalação de sistemas de informatização.

6. Os Direitos de Co-gestão do Conselho

O cerne do estatuto alemão para as empresas é constituído pelos direitos de co-gestão do conselho de representação. Como estes se referem a determinadas áreas, continuam sendo atribuição do empregador todas as demais questões que não fazem parte expressa das normas de co-gestão.

O que significa *co-gestão*? Objetivamente trata-se de competências de ação divididas: o empregador não pode agir sem o consentimento do conselho de representação; atos unilaterais são juridicamente nulos. Ao mesmo tempo assiste ao conselho o direito de propor, por seu lado, um certo tipo de regulamentação para um assunto em questão, trata-se do chamado direito de iniciativa.

Exemplo: O início e o término da jornada diária estão sujeitos à co-gestão do conselho de representação. Caso o empregador decidisse antecipar o início do trabalho das 7:30 h para as 7:00 h sem o consentimento do conselho, nenhum empregado estaria obrigado a obedecer à nova ordem. Por outro lado cabe ao conselho o direito de propor o horário das 8:00 h para o início do trabalho e negociar com o empregador sobre a matéria.

O que acontece quando as duas partes não chegam a um acordo? Neste caso quem decide é a comissão de conciliação que se compõe de um número igual de vogais da parte do empregador e do conselho de representação (via de regra, de dois a quatro), além de um presidente neutro. Quanto à pessoa neutra, as duas partes devem chegar a um consenso; se não houver consenso cabe ao tribunal do trabalho indicar um presidente.

Caso as negociações na comissão de conciliação não cheguem a bom termo, decide-se por maioria de votos. O papel decisivo do presidente nessa situação é óbvio. O resultado da votação costuma ser definitivo. Na verdade existe a possibilidade de impugná-lo diante da justiça do trabalho alegando eventuais irregularidades jurídicas ou abuso de poder. Se a comissão de conciliação decidir contra o conselho, ficará o empregador autorizado a realizar a medida desejada; se a decisão, pelo contrário, for a favor do conselho, deverá o empregador desistir da medida prevista ou implementar até a medida proposta pelo conselho.

Os possíveis objetos da co-gestão estão definidos sobretudo no artigo 87 da Lei Constitucional de Empresa (questões sociais) e no artigo 112 da mesma lei (plano social em caso de mudanças na empresa). Uma descrição completa ficaria muito extensa, por isso é necessário recorrer a *fittings* e outras obras. Realce especial merecem as seguintes questões:

a) Pendências a respeito da ordem interna da empresa e do comportamento dos empregados. Esses assuntos podem ir do controle de saída até a proibição de fumar ou o sistema de punições.

b) Início e fim da jornada de trabalho. Horas extras e jornada reduzida. O direito inclui também o alcance da flexibilização do trabalho de meio expediente.

c) Implementação e utilização de equipamentos técnicos que visam controlar o comportamento e o desempenho dos empregados, o que inclui p. ex. a instalação de câmara de vídeo ou a introdução de um sistema informatizado de informação pessoal. De acordo com a jurisprudência aplica-se o direito de co-gestão a (quase) todas as situações que implicam levantamento, armazenamento e processamento de dados dos empregados.

d) Administração de benefícios sociais. Mas não se pode aumentar com medidas dessa natureza o total de encargos financeiros do empregador.

e) Questões salariais, desde que não existam regras definitivas estabelecidas pelo contrato coletivo.

f) Critérios de seleção, transferência e demissão.

g) Plano social em caso de mudanças internas. O artigo 111 inclui neste item não apenas a desativação parcial ou total do estabelecimento, mas também a introdução de métodos de trabalho fundamentalmente novos.

h) Na contratação de novos funcionários, o direito de participação do conselho é apenas parcial, uma vez que se restringe à possibilidade de recusar seu consentimento em função de determinados motivos previstos na lei. Em caso de demissão, o conselho só precisa ser ouvido. Mas, o contrato coletivo pode estabelecer o direito de co-gestão plena também nesse particular.

7. O Conselho de Representação como Agente Decisivo de um "Microcorporativismo"

A forma de representação de interesses dentro da empresa que acabamos de descrever sumariamente visa, tanto pela intenção da lei quanto na sua realização prática, o entendimento e o compromisso. Trata-se de uma forma concreta de parceria social. Os conflitos podem ser resolvidos sem *conflito trabalhista* pela aplicação da co-gestão em pendências substanciais. A exigência legal de conservação do ambiente de *paz na empresa* e de cooperação em base de confiança só se tornam aceitáveis para os empregados com a perspectiva de obtenção de vitórias pelo menos parciais através da comissão de conciliação. Como o abandono desse sistema acarreta riscos consideráveis, é raro ocorrer esse rompimento.

Esse microcorporativismo não pode ser comparado ao sistema de contratos coletivos a nível de empresa que é praticado por exemplo na Grã-Bretanha. Pois ao lado dos acordos celebrados na empresa continuam vigorando os contratos coletivos negociados pelos sindicatos a nível de setor estabelecendo as coordenadas para questões centrais como salários, trabalho de fim de semana, férias e uma série de benefícios sociais. Os conselhos de representação e o empregador só podem negociar quando o contrato coletivo deixa espaço para esses entendimentos ulteriores. Os direitos garantidos em lei fazem normalmente esta ressalva formal. De fato estamos diante de dois níveis que se complementam mutuamente.

As negociações dos contratos coletivos, por sua vez, também costumam procurar compromissos e equilíbrio. Não que existam normas legais nesse sentido, mas a jurisprudência constante do Tribunal Constitucional se baseia no princípio de que o exercício da liberdade de coalizão (que inclui as negociações de contratos coletivos) deve servir à *ordem e ao apaziguamento da vida do trabalho*. Desta maneira, as próprias greves de sindicatos constituem um fenômeno bastante excepcional.

Além da função prevista na lei, cabe ao conselho de representação uma função informal: em muitos casos segue-se à contratação coletiva uma segunda rodada de negociações salariais a nível de empresa, onde o conselho de representação e o empregador discutem a possibilidade de aumentar também os benefícios especiais ou de adaptá-los de outra maneira à nova situação. Ao que tudo indica, mo-

vimentam-se os acordos estabelecidos nestas conversações fora da ordem legal, uma vez que o artigo 77, inciso 3, da Lei Constitucional de Empresa veda acordos entre o conselho e o empregador em áreas reguladas pelos contratos coletivos ou normalmente afetadas a estes.

Por que este insurgimento contra a lei vigente que tão pouco condiz com a imagem de legalidade dos conselhos de representação? As razões por trás dessa atitude são de ordem econômica. Os contratos coletivos por setor em geral não são capazes de esgotar todo o espaço de manobra distributiva das empresas bem sucedidas; no modelo, eles precisam orientar-se por aquelas empresas que mal e mal conseguem suportar um aumento modesto de salários. Que as "ricas" empresas de grande porte não se aproveitem da situação para seu próprio proveito, procurando fazer algumas concessões a mais a seus próprios empregados, se deve a diversos motivos: de um lado pode ser importante para o conselho e os empregados a existência de um alto grau de organização e uma atitude nítida de exigência, por outro lado também a direção da empresa pode estar interessada em regras que tornem o trabalho atrativo, sobretudo quando incentivam determinados grupos de funcionários. Então haveria vantagens para todos na celebração de contratos complementares a nível de empresa, mas faltam as condições de política interna para esse procedimento. O sindicato não costuma ter força suficiente nos estabelecimentos para negociar um contrato coletivo sem a participação do conselho de representação, e o lado empregador prefere tratar com o conselho, já que este não pode ameaçar com paralisações. Além disso, constituiu-se na prática uma espécie de *amortecedor conjuntural*: como os acordos a nível de empresa desrespeitam o artigo 77, inciso 3, da Lei Constitucional de Empresa, fica relativamente fácil revogá-los quando uma empresa entra numa fase de dificuldades econômicas. O sistema de relações do trabalho, aliás bastante rígido na Alemanha, apresenta neste ponto um potencial nada desprezível de flexibilização.

8. Perspectivas

Nos próximos anos não deverá ser questionada nem a orientação básica da parceria social nem a divisão de tarefas entre os sindicatos e os conselhos de representação. Nos últimos quinze anos, o nível empresarial não conseguiu aumentar substancialmente as suas competências. Os desafios deverão vir de outra parte.

Para certas tarefas isoladas vêm se destacando ultimamente cada vez mais instâncias e *encarregados do estabelecimento* especiais. Assim por exemplo os deficientes físicos passaram a ter a sua própria representação, da mesma maneira como os jovens e os estagiários até 25 anos de idade. A segurança do trabalho foi confiada a especialistas em segurança e a médicos do trabalho; o encarregado da proteção de dados cuida nesse meio tempo da segurança dos dados na empresa; em caso de utilização de substâncias radiativas deve ser nomeado um encarregado de proteção contra radiações para a retirada de lixo perigoso existe um encarregado da destinação dos dejetos, etc. Todas estas instâncias não representam necessariamente os interesses dos empregados: muitas vezes são indicados pelo empregador — como p. ex. o encarregado da proteção dos dados e o encarregado ambiental; sua independência parece, portanto, bastante limitada. Para o conselho de representação surge a necessidade de defender o seu mandato ao lado desses órgãos mais ou menos concorrentes.

A proteção ambiental está em vias de transformar-se em novo campo de atividade dos representantes nos conselhos. Mas, sua situação pode tornar-se bastante problemática quando a implementação conseqüente dos direitos ambientais começar a ameaçar os empregos. Existem também aquelas empresas que usam o conselho dos empregados com o intuito de melhorar a própria imagem diante da opinião pública. Apesar de todas essas ameaças prevalecem sobretudo razões de ordem política para manter viva nos sindicatos e nos conselhos de representação a fidelidade às reivindicações emancipatórias, empenhando todas as forças na melhora da qualidade de vida.

Os conselhos de representação precisam aprender também a procurar o entendimento com os representantes dos interesses dos empregados de outros países. Há muito tempo que existem os grupos multinacionais, mas a internacionalização atingiu em nossos dias uma outra qualidade: se o controle a partir do exterior já não se restringe apenas ao comportamento da direção da empresa, chegando concretamente aos processos produtivos, então a co-gestão efetiva já não pode querer limitar-se a um contexto meramente nacional. A evolução do mercado interno europeu aguçou a percepção da realidade de que a representação dos interesses não precisa parar nas fronteiras do próprio país.

I.IV. Interpretação alternativa do Direito do Trabalho?

1. O que é Interpretação Alternativa?. 2. Teoria e Prática da Interpretação Alternativa. 3. Pressupostos da Teoria do Direito Alternativo. 4. Pressupostos Políticos da Interpretação Alternativa. 5. O Resultado dos Esforços — Três Exemplos. 6. A "Interpretação Alternativa" e Outras Tarefas.

1. O Que é "Interpretação Alternativa"?

Optar por alternativas significa, verbalmente, querer fazer certas coisas de outra maneira. Em relação ao direito, tal rótulo pode dar a entender tanto a utilização de um novo método quanto a obtenção de novos resultados de interpretação.

Não pretendo desenvolver aqui uma nova teoria de interpretação alternativa, antes desejo fazer um relato sobre as experiências registradas nesse sentido sobretudo na Alemanha. Isto não significa, naturalmente, que deva ficar fora das considerações o respectivo embasamento teórico, relegando para segundo plano o compromisso do intérprete com a lei. O que me parece essencial é o acesso ao material, uma vez que as reflexões sobre as alternativas de procedimento do jurista resultariam na prática muito melhor fundamentadas se pudessem amparar-se em processos reais.

Esboçemos primeiro as premissas em que se baseia a prática jurídica alemã. Uma das referências do intérprete alternativo é o estado de direito alcançado. Mas, esse *status quo* da evolução do direito não é (apenas) visto como resultado da totalidade das leis e de outras normas jurídicas existentes. Para a interpretação concreta do direito interessa em primeiro lugar o que a jurisprudência fez com o material disponível de normas. Quando não existe pronunciamento explícito a respeito de uma certa questão remete-se à *doutrina predominante* na literatura⁽¹⁸⁹⁾. Ambas as formas do *direito dos juristas*

(189) Sobre a importância social da doutrina predominante, ver Wesel, "Herrschende Meinung", em: Kursbuch 56, Berlim, 1979, pág. 88 e segs.; Zimmermann, Rita, "Die Relevanz der herrschenden Meinung für Rechtsanwendung und Rechtsentwicklung", Berlim, 1982.

se referem também a contratos coletivos e acordos entre os representantes dos empregados de uma empresa e o empregador: em caso de litígio estes se concretizam apenas com aquele conteúdo que lhes é atribuído na jurisprudência ou na literatura. A ordem *retocada* desta maneira é o ponto de partida da interpretação alternativa.

As alternativas podem tomar os mais diversos rumos. No Direito do Trabalho, a discussão na Alemanha reservou o conceito para aqueles resultados de interpretação que mais se aproximam dos interesses dos assalariados do que o *status quo*. O intérprete procura, por exemplo, estender a proteção contra demissões ou conseguir mais participação nas decisões e condições de trabalho mais humanas. Em uma série de outras áreas jurídicas há procedimentos análogos. No direito constitucional, por exemplo, trata-se de ampliar ao máximo os direitos de liberdade do cidadão fazendo o indivíduo participar do poder de soberania e de melhorar a segurança social dos mais fracos. No direito civil assiste-se a uma evolução das normas tradicionais no sentido de dar mais proteção ao consumidor como contraente reconhecidamente inferior. Quanto mais técnica uma área tanto menor costuma ser a importância de uma interpretação orientada em certos interesses: muitas questões do direito processual ou do direito de sucessões, por exemplo, não oferecem ensejo para interpretações divergentes. Mas, cuidado com conclusões apressadas: prazos reduzidos nos processos e formalidades complicadas prejudicam a parte juridicamente menos bem assessorada, vale dizer a parte socialmente mais fraca. Associar a *interpretação alternativa* a objetivos emancipatórios não é necessariamente um procedimento que se impõe pela própria lógica. São imagináveis também alternativas em sentido oposto, isto é interpretações que dão menos atenção aos interesses dos assalariados, dos cidadãos, dos consumidores, etc. do que a jurisprudência habitual. Se as discussões na Alemanha não reconhecem neste procedimento uma *interpretação alternativa*, trata-se de uma posição que não deve levar à falsa segurança de que uma tal evolução reacionária não possa nem sequer existir.

2. Teoria e Prática da Interpretação Alternativa

É uma das características da situação na Alemanha que a interpretação alternativa no sentido mencionado seja praticada com

freqüência mas, ao mesmo tempo, se registrem poucas reflexões teóricas. Pode ser que a não abordagem da questão dos interesses em jogo torne a argumentação de cada autor mais convincente, sugerindo na prática a aplicação neutra da justiça. Quem declara publicamente a sua disposição de dar mais atenção aos interesses dos assalariados do que se faz costumeiramente, corre o risco de ser considerado potencialmente *suspeito*. A jurisprudência advocatória não conta com o mesmo grau de reconhecimento social que a procura pura e simples da verdade — com a conseqüência de que por vezes até formas extremas de interpretação alternativa são apresentadas simplesmente como interpretação *positivista* da lei⁽¹⁹⁰⁾. Por isso, teríamos uma descrição muito incompleta da situação alemã se nos baseássemos exclusivamente em autores que se dispõem a revelar abertamente a sua posição de interesses⁽¹⁹¹⁾. Por isso, preferimos mostrar no exemplo de três áreas centrais do Direito do Trabalho como a interpretação alternativa funciona na prática.

a) No direito alemão o conflito trabalhista não é regulamentado por lei seguindo, em sua essência, os princípios desenvolvidos pelo Tribunal Federal do Trabalho que, em 1971, se manifestou a favor da possibilidade de o lado empregador reagir à greve com medidas de *lockout*. Como a própria greve, o *lockout* também deveria ser proporcional aos motivos, de modo que, inicialmente, haveria apenas efeito suspensivo; terminada a greve, o vínculo empregatício continuaria automaticamente de pé. Só em caso de movimentos grevistas de duração muito prolongada e de confronto encarniçado ou em caso de greves ilegais permite-se o recurso à demissão por *lockout*. O princípio básico do direito de *lockout* como um todo seria o assim chamado princípio de paridade, pois segundo o tribunal citado fica assegurado desta forma que *no sistema de autonomia de contratação por meio de negociações e eventualmente por meio de pressões e contrapressões se chegue realmente à assinatura de contratos co-*

(190) Um exemplo instrutivo encontra-se em Ridder, "Die soziale Ordnung des Grundgesetzes", Opladen, 1975.

(191) Sobre a discussão na Itália que foi, em muitos sentidos, mais aberta que a alemã, ver Barcellona, "L'uso alternativo del diritto", 2 vols., Roma — Bari, 1973. Sobre a evolução da discussão na Alemanha sob o ponto de vista italiano, ver a apresentação detalhada de Pedrazzoli, em Däubler, W., "Diritto sindacale e cogestione nella Germania Federale", Milão, 1981, págs. 19-46. No contexto da discussão na Alemanha, ver Abendroth-Blanke et al., "Der Kampf um das Grundgesetz", Frankfurt/Main, 1977.

letivos"⁽¹⁹²⁾. Se apenas uma das partes, no caso a parte dos trabalhadores, pudesse escolher o conflito, e o empregador ficasse apenas com a alternativa de agüentar e resistir, haveria o risco de a regulamentação das condições de trabalho deixar de repousar sobre um sistema de contratação livre. *A não ser em situações concretas especiais ditadas sobretudo pelas vicissitudes da economia, deve ficar garantido o princípio de que uma das partes não deve poder impor à outra de antemão a sua vontade, mas que existam, na medida do possível, chances iguais de negociação*".

A literatura orientada (nas suas conclusões) nos interesses dos trabalhadores criticou estas declarações sob dois aspetos:

a) De um lado, ela acusa o Tribunal Federal do Trabalho de desconhecer a verdadeira natureza da liberdade de coalizão, assegurada pelo artigo 9º da Constituição Federal⁽¹⁹³⁾. De acordo com sua importância histórica, o direito de coalizão seria tão-somente um direito do trabalhador que tenta atenuar, senão compensar, a supremacia do empregador assegurada pelos mecanismos do mercado de trabalho e da liberdade de contratação. Esta teria sido a idéia dos *país* da Constituição, ainda mais quando se sabe que deixaram indefinida a ordem econômica como um todo: sob esse aspecto seria errôneo interpretar a liberdade de coalizão de antemão como elemento integrante de um sistema econômico capitalista em funcionamento. Por isso, também não haveria nenhum princípio de paridade; este nada mais seria do que uma invenção da jurisprudência e da doutrina predominante. Medidas como o *lockout*, dirigidas contra a *manutenção e promoção do trabalho e das condições econômicas*", seriam ilegais⁽¹⁹⁴⁾.

a) De outro lado objeta-se ao Tribunal Federal do Trabalho a incoerência de sua própria argumentação. Para estabelecer *chances*

(192) BAG "AP" n. 43, a respeito do artigo 9º da Constituição (conflito trabalhista), também para o que segue.

(193) Posição exemplarmente defendida em *Zachert, Metzke e Hamer*, "Die Aussperrung", Colônia, 1978.

(194) O artigo 9º, inciso 3, alíneas 1 e 2, da Constituição reza: "O direito de se associar para a manutenção e promoção das condições econômicas é garantido a cada um e a todas as profissões. Acordos que tentem limitar ou impedir este direito são nulos e as medidas que visem tal objetivo são ilegais". Um raciocínio semelhante encontramos no direito italiano, onde encontrou ampla aceitação com base no artigo 28 do Estatuto dos trabalhadores; ver *Ghezzi, Giorgio e Romagnoli, Umberto*, "Il diritto sindacale", Bolonha, 1982, pág. 318, com mais referências.

iguais de vitória no conflito trabalhista, é necessário analisar também as conseqüências da greve, tanto do lado dos trabalhadores quanto dos empregadores; além disso existiria uma série de outros fatores a serem considerados, como por exemplo a possibilidade do empregador de remanejar a produção para outras unidades ou de despertar críticas nos meios de comunicação⁽¹⁹⁵⁾. Pela suspensão do pagamento de salários, os empregados são atingidos diretamente em sua vida particular; por isso sentem mais as desvantagens de uma greve do que o lado empregador que, no máximo, terá algum prejuízo em seu balanço. Supõe-se, também, que geralmente nem ocorrem prejuízos definitivos em decorrência da greve, porque os dias parados costumam ser compensados por meio de horas extras e outras providências. Cita-se como exemplo a indústria automobilística alemã, onde em 1963 e em 1971 duas montadoras foram paralisadas por greves de três semanas, enquanto as outras não tinham parado: a evolução das curvas de rentabilidade se revelou paralela em todas elas.

b) O segundo exemplo de interpretação alternativa a ser apresentado é o da liberdade de expressão dos empregados. Em 1971, o Tribunal Federal do Trabalho teve que decidir sobre o caso de um bancário filiado ao partido comunista alemão que, em seu tempo livre, tinha distribuído folhetos de crítica aos bancos num outro bairro da cidade, sem fazer menção de sua atividade profissional. No folheto noticiava-se que o banco empregador tinha comprado um bairro inteiro de Munique e que estava expulsando de lá os moradores, demolindo as casas antigas para construir prédios de escritórios a serem alugados por preços altíssimos⁽¹⁹⁶⁾. O bancário foi demitido por falta de fidelidade contratual, apesar da verdade das afirmativas do folheto nunca ter sido posta em dúvida seriamente. O Tribunal Federal confirmou a demissão em última instância baseando-se no raciocínio de que o empregado deveria salvaguardar os interesses do empregador mesmo fora do horário de serviço, o que excluiria a possibilidade de denegri-lo em público por meio de afirmações próprias ou pela divulgação de afirmações de terceiros. O mesmo princípio se aplicaria também se os ataques fossem dirigidos não diretamente à empresa empregadora e sim a toda a "classe" do empregador.

(195) Descrição exemplar em *Kittner*, "Parität im Arbeitskampf?" "GMH" 1973, 91; *Däubler*, W., ob cit., "Die unverhältnismässige Aussperrung", "JuS" 1972, 642.

(196) BAG "AP" n. 2, a respeito do artigo 134 do Código Civil.

A crítica por sua vez localizava-se em dois níveis⁽¹⁹⁷⁾.

De um lado argumentava-se que as obrigações do empregado tinham sido ampliadas de tal forma que já não se achavam em acordo com a natureza do emprego, já que a doutrina tradicional de relação comunitária de direito particular fora trocada em relação de troca de obrigações cujos efeitos não poderiam estender-se ao comportamento do trabalhador em seu tempo de lazer. As obrigações acessórias do trabalhador e do empregador não poderiam ser mais extensas que as de outras relações de obrigação. A favor dessa tese aduz-se ao texto do art. 611, inciso 1, do Código Civil que só se refere à prestação dos serviços e à remuneração pelo empregador.

Uma segunda frente de críticas formava-se a nível de direito constitucional. Derivar realmente do vínculo empregatício uma obrigação abrangente de salvaguarda dos interesses da outra parte significaria também a renúncia a greves e outros meios de luta, inclusive demissões. Se essa conclusão não for aceita, aliás em consonância com a doutrina preponderante, ver-se-á o trabalhador num conflito de papéis: na medida em que ele agir como sindicalizado, poderá prejudicar o empregador até conscientemente, mas fora dessa função estará na obrigação de dedicação abrangente. É difícil admitir que a ordem jurídica vigente queira conviver com essa contradição. Além disso resultariam graves danos para o processo de formação de opinião democrática: enquanto os trabalhadores dependentes arriscassem seu emprego em caso de críticas ao lado empregador ("classe" do empregador!) não existiria tal ameaça de sanções para os autônomos, mesmo que atacassem manifestamente por exemplo os empregados ou os sindicatos.

c) O direito alemão de proteção contra demissões só permite a demissão quando esta é *socialmente justificada*. Quando a demissão é controvertida surge o problema de saber se o empregado afetado deve ser mantido no emprego após o término do aviso prévio, até que a Justiça do Trabalho tome uma decisão em julgado. Nos tempos em que havia emprego para todos, não se cogitava de maiores problemas; mesmo sem estatísticas empiricamente confirmadas pode-se dizer que, via de regra, o empregado deixava o emprego ao final do período de aviso prévio. Até o julgamento de seu caso, nor-

(197) Däubler, W., ob. cit., "Gewerkschaftsrechte im Betrieb", Neuwied 1985, art. 18 II; Lodeur, "KJ" 1972, 409; Ramm, "AuR" 1973, 218; Schwerdtner, "JZ" 1973, 375.

malmente já havia encontrado outro emprego, de modo que o retorno ao emprego anterior devia ser pouco razoável. Por isso, era comum que as partes chegassem a um acordo de indenização cujo valor era tanto mais alto quanto maiores as chances de vitória do empregado demitido. Desta maneira, a lei de proteção contra demissões revelou-se, contra suas pretensões originais, não como uma *proteção do existente* e sim como *lei de indenização*.

Esta situação mudou definitivamente com o desemprego em massa que teve início em 1974. Continuavam as demissões das empresas, mas a consequência para os demitidos; era cada vez mais longos períodos de desemprego, de modo que a *falta de alternativa viável* fazia com que muitos desempregados quisessem retornar à empresa que os demitira. Mas como forçar a readmissão? De acordo com a lei, a queixa por demissão injustificada é uma ação declaratória que não implica execução judicial. O empregado tem a possibilidade de fazer valer seu direito à manutenção efetiva no emprego, juntamente com a queixa de proteção contra a demissão, mas até esse direito pode se tornar inócuo se, nesse meio tempo, seu antigo posto de trabalho deixou de existir em consequência de medidas de racionalização. Por outro lado existe a possibilidade de um *empregador contrariado* frustrar a sentença do tribunal por meio de nova demissão que provoque o início de um segundo processo. Isso tudo é extremamente grave, pois, apesar da relativa presteza com que a justiça do trabalho se pronuncia, é bem provável que o caminho pelas três instâncias leve de três a quatro anos até chegar ao Tribunal Federal.

Nessas circunstâncias, o vínculo empregatício só poderá ser preservado se o empregado permanecer na empresa mesmo depois de expirado o prazo do aviso prévio. Com esta hipótese, não haveria mudança alguma para o empregado que tivesse ganho de causa no litígio contra a sua demissão; mesmo uma nova demissão seria relativamente interessante para o empregador⁽¹⁹⁸⁾.

De acordo com o artigo 102, inciso 3º, do Estatuto das Empresas o trabalhador deve continuar no emprego sempre que o conse-

(198) Texto básico sobre o direito de continuação do vínculo em: Coen, "Das Recht auf Arbeit und der Bestandsschutz des gekündigten Arbeitsverhältnisses", Colônia, 1979; Klebe e Schumann, "Das Recht auf Beschäftigung im Kündigungsschutzgesetz", Colônia, 1981.

lho de representação dos empregados tiver contestado a demissão por determinadas razões (que raramente existem) e o empregado tiver proposto reclamação contra a rescisão do contrato de trabalho. A questão era se poderia haver suspensão da demissão também fora do âmbito do artigo 102, inciso 3º, do Estatuto das Empresas. O Tribunal Federal do Trabalho considerou em sua decisão de 1977 que o direito à manutenção do emprego só existe quando a demissão é nitidamente inválida. Não se deu maior atenção ao argumento de que desta maneira a lei de proteção contra demissões não poderia cumprir realmente o seu objetivo que consiste em garantir a manutenção do vínculo empregatício⁽¹⁹⁹⁾. Atribuiu-se ao seguro-desemprego a função de cuidar eventualmente dos indevidamente demitidos.

Ao tentar confrontar o posicionamento da mais alta instância judicial com a *interpretação alternativa* empreendida por diversos autores constatamos que seu procedimento metodológico não é exatamente idêntico, mas que também não há diferenças quanto aos princípios. Ambos os lados argumentam em sentido jurídico-dogmático na medida em que desenvolvem o significado das normas jurídicas com a intenção de inseri-las no sistema do direito vigente. Neste contexto corresponde muito mais à dogmática jurídica o posicionamento pró-assalariado em relação à liberdade de expressão do que a decisão restritiva do tribunal que procede segundo o princípio decisório. Por outro lado fica claro que os *alternativos* se orientam muito mais pela realidade dos fatos quando argumentam, por exemplo, que o direito de proteção contra demissões na prática fica impedido de alcançar seu objetivo se o direito de continuar no emprego for manipulado numa certa direção. Os argumentos que recorrem à posição do trabalhador em caso de greve também são de natureza eminentemente empírica; tenta-se chegar a uma concretização da exigência de dar a *ambas as partes chances iguais de negociação* para que se assegure — através de argumentos suplementares — a aplicação prática dos princípios desenvolvidos pelo Tribunal Federal do Trabalho. Essa tendência não é um mero acaso que poderia ser resultado de uma seleção unilateral dos exemplos aduzidos; a razão mais profunda dessa situação está numa característica que marca todo o nosso Direito do Trabalho: o alcance da norma é mais amplo do que seu valor para a realidade das empresas.

(199) BAG "DB" 1977, 2099.

Essa conclusão extraída da experiência prática⁽²⁰⁰⁾ está ligada ao fato de que o cumprimento das normas do Direito do Trabalho constitui normalmente um *fator de custos* do qual o empregador procura fugir, uma vez que as leis do mercado o obrigam a produzir da maneira menos custosa possível. A eficácia reduzida das normas pode ser também uma consequência da intenção do legislador de obter maior efeito apaziguador por meio de programas pomposos. Um autor norte-americano cunhou para esse contexto o conceito do progresso jurídico *simbólico*⁽²⁰¹⁾. Por isso, a interpretação alternativa se restringe com tanta frequência ao procedimento convencional pouco dramático de pegar o legislador na palavra.

Passemos agora aos pressupostos jurídico-teóricos e políticos em particular.

3. Pressupostos da Teoria do Direito Alternativo

A interpretação alternativa no sentido esboçado pressupõe que o intérprete das normas disponha de certa liberdade de avaliação, de modo que seu procedimento não seja considerado de antemão como algo *anormal*, descartado como uma espécie de heresia jurídica. Na época do positivismo, que na Alemanha correspondeu sobretudo aos anos anteriores a 1914, tais possibilidades eram bastante limitadas. Quem parte do princípio de que o juiz é a *boca da lei* e equipara o conhecimento do direito com o conhecimento da verdade nas ciências exatas⁽²⁰²⁾ não é capaz de compreender que as normas jurídicas abrem espaços que podem ser explorados a favor dos mais diversos interesses. A discussão afastou-se, na Alemanha, em grau maior ou menor dessa posição positivista⁽²⁰³⁾, precipuamente em consequência das rupturas históricas de 1918, 1933 e 1945.

(200) Cf. o estudo do grupo de pesquisa social do Instituto Max Planck, de Hamburgo, sobre a proteção contra demissões, *Falke et al.*, "Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland", Forschungsbericht, relatório de pesquisa publicado pelo Ministério do Trabalho e da Ordem Social, 2 vols., Bonn s. d. (1981).

(201) *Hyde, Alan*, num estudo ainda não publicado.

(202) *Römer*, "Kleine Bitte um etwas Positivismus", em: Hagen-Römer-Seiffert, Festschrift Rabofsky, Colônia, 1972.

(203) *Rosenbaum*, "Naturrecht und positives Recht, rechtssoziologische Untersuchungen zum Einfluss der Naturrechtslehre auf die Rechtspraxis in Deutschland seit Beginn des 19. Jahrhunderts", Neuwied e Darmstadt, 1972.

Sobretudo *Viehweg*⁽²⁰⁴⁾ e *Esser*⁽²⁰⁵⁾ encontraram ampla aceitação com seus teses, ao menos na medida em que o processo de aplicação do direito na realidade de nossos Tribunais e Escritórios passou a ter caráter tópico, exigindo portanto a ponderação de diversos pontos de vista para a solução de um problema. As considerações do juiz constituem um ponto de vista decisivo para a definição daquilo que deve valer no caso concreto e, em função do *direito judicial*, também para além do caso concreto. Ainda haveremos de mostrar que essas avaliações não devem ser confundidas com o arbítrio individual.

Poderíamos perguntar pelas causas que provocaram esse *afrouxamento* do compromisso do juiz com a lei. A explicação de que o legislador, por falta de possibilidades maiores de conhecimento, não tem condições de regulamentar todos os problemas e sobretudo de prever também conflitos futuros está correta mas incompleta: estas razões já existiam há 80 anos, mas nem por isso concedia-se naquele tempo aos tribunais a mesma liberdade de encontrar com a mesma independência a sentença mais adequada. O mesmo comentário se deve fazer em relação às possibilidades semânticas⁽²⁰⁶⁾ — é claro que também a linguagem dos juristas depende de um contexto, mas esse é um problema mais ou menos atemporal. A diferença decisiva me parece residir no fato de que o Direito do Trabalho visa outros objetivos que o sistema de direito civil que lhe serve de *fundamento*. O Direito Civil parte do conceito de um ser humano abstrato, do sujeito do direito em si, atrás do qual se esconde no fundo a categoria do proprietário de uma mercadoria⁽²⁰⁷⁾. Esse é submetido a uma regulamentação genérica e abstrata — o Direito Civil Liberal não se interessa por sua situação social ou suas capacidades intelectuais, a não ser em casos extremos como são a usura e a demência.

Por isso, também não haveria nenhum princípio de paridade; este nada mais seria do que uma invenção da jurisprudência e da doutrina predominante. Medidas como o *lockout*, dirigidas contra a *manutenção e promoção do trabalho e das condições econômicas*,

(204) *Viehweg*, "Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung", 5ª ed., Munique, 1974.

(205) *Esser*, "Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis", Frankfurt/Main, 1970.

(206) *Koch-Rüssmann*, "Juristische Begründungslehre", Munique, 1982.

(207) *Sinzheimer*, "Das Weltbild des Bürgerlichen Rechts", 1932, reimpressão em: *Kahn-Freund/Ramm*, *Hugo Sinzheimer*, "Arbeitsrecht und Rechtssoziologie", Colônia, 1976, vol. 2, pág. 313 e segs.

seriam ilegais. O direito do trabalho tem a pretensão de distinguir-se, por uma questão de princípio, daquele direito formal tradicional que proíbe tanto a ricos quanto a pobres de dormirem debaixo da ponte. Como direito protetor, visa concretizar as condições sob as quais a mercadoria força de trabalho é vendida e consumida. Esse objetivo só pode ser alcançado na medida em que se toma em consideração as necessidades específicas de proteção, colocando no centro das atenções não mais o sujeito abstrato de um direito e, sim, o homem concreto e os riscos que o ameaçam. Por isso, se faz necessário um modelo de normatização descentralizado que se estenda até as especificidades do caso individual. O recurso técnico-jurídico necessário à implementação prática desse modelo é, de um lado, a constituição aberta e descentralizada de fatos jurídicos, como acontece p. ex. na convenção coletiva ou nas normas de segurança e prevenção de acidentes que variam de uma atividade para outra. Ao lado disso devem ser desenvolvidas normas judiciais correspondentes que podem ter um nível de abstração variável e que sejam suficientemente flexíveis para garantir de fato um mínimo de segurança. Quando uma demissão pode ser considerada socialmente justificada? Até onde vai a responsabilidade civil de um empregado? Quais os *executivos* que ficam excluídos das normas do estatuto da empresa? — Questões como essas são decididas pelo juiz à base de pressupostos bastante genéricos, mas tomando em consideração as circunstâncias específicas do caso concreto. Neste contexto cabe à justiça realizar em parte política social; *materiando* o direito particular tradicional, ela desenvolve determinados padrões de proteção em relação ao ser humano real em sua situação concreta de vida.

Mas justamente no Direito do Trabalho seria precipitado enxergar na Jurisprudência apenas a sua função protetora. O combate a irregularidades ou a supressão de injustiças serve igualmente à manutenção da ordem constituída cuja aceitação é reforçada por decisões que prevêm o sopesamento dos interesses na rescisão de um contrato de trabalho ou o não enquadramento por responsabilidades ilimitadas do motorista que cometeu uma pequena falta qualquer. Além disso existem duas grandes vantagens específicas da Jurisprudência que tornam sua *função ordenadora* ainda mais eficaz.

Por um lado, a criação do direito judicial se presta de modo especial para a assimilação tanto de experiência quanto de conhecimento teórico que podem desembocar no desenvolvimento de cláusulas genéricas. Cabe em primeiro lugar à jurisprudência desenvol-

ver conceitos como *concorrência* ou *matrimônio* no sentido de determinadas acepções de valores, e essa regra se aplica também ao vínculo empregatício. É função da assim chamada dogmática responsiva⁽²⁰⁸⁾, que pressupõe justamente essa *abertura* das normas, apoiá-la nesta tarefa. Seria pouco realístico esperar do legislador a mesma *capacidade de aprendizagem*, pois o lugar da continuidade legitimadora seria ocupado pela agitação frenética que dificilmente se adequaria à idéia que o cidadão tem de um processo legislativo ordenado. Vista sob esse ângulo, a jurisprudência se revela um instrumento de controle muito mais flexível.

Por outro lado atribui-se à intervenção judiciária nessa área do direito dos conflitos trabalhistas a *vantagem* de atenuar potenciais confrontos com os interesses dos assalariados. Se existisse por exemplo a proibição legal de realização de greves espontâneas constituir-se-ia em desafio à ordem vigente qualquer greve *selvagem* desencadeada por aí, seria uma desobediência tratada da mesma maneira como uma greve fiscal, por exemplo. Sua escalada seria inevitável: ou a transgressão receberia as devidas sanções e seria suprimida ou passaria a ser aceita, com o conseqüente enfraquecimento da ordem vigente que pareceria *pouco confiável*. A situação muda quando se trata de uma proibição judicial: fica a critério do empregador prejudicado pela greve valer-se da decisão demitindo empregados ou pedindo indenização. Diante da máxima onde não há *demandante* não há *juiz* ninguém faz questão que a Jurisprudência seja imposta com o mesmo rigor que cabe por exemplo na reintegração de posse após a invasão de uma casa. A grande diferença entre a Jurisprudência e o direito legal manifesta-se claramente na evolução do direito de conflito trabalhista na Espanha e na Inglaterra: em ambos os casos resultaram ineficazes as leis do Estado impondo barreiras à greve, ao contrário, elas acabaram provocando uma crise do sistema político⁽²⁰⁹⁾. Restrições da parte do Poder

(208) Teubner, "Folgenkontrolle und responsive Dogmatik", "Rechtstheorie", 1975, pág. 179 e segs.

(209) Quanto ao fracasso da regulamentação das greves pelo Industrial Relations Act, Colneric, "Der Industrial Relations Act 1972 — ein Beispiel ineffektiver Gesetzgebung aus dem Bereich des kollektiven Arbeitsrechts", Ebelsbach, 1979; sobre a desobediência às normas de greve na época de Franco na Espanha, Däubler, W., ob. cit., "Arbeitsbeziehungen in Spanien", Colônia, 1982, pág. 7 e seg., bem como os artigos de González Ortega, "Kollektivverhandlungen im spanischen System der Arbeitsbeziehungen" (1939-1978), pág. 86 e segs. e Durán López, "Das Streikrecht im Prozess der politischen Reform und unter der neuen demokratischen Ordnung", pág. 194 e segs.

Judiciário são aceitas sem que haja reações violentas de intensidade comparável⁽²¹⁰⁾. Pode ser que muitos outros fatores também tenham entrado em jogo — de qualquer maneira constitui a intervenção estatal um estágio do desenvolvimento.

A definição de regras de comportamento pelos tribunais revela-se em nosso sistema como forma necessária de perspectiva social ou de política social que une a idéia da proteção à da ordem, evitando problemas específicos de legitimação da ordem legal. Isto significa que um retorno incondicional ao positivismo estaria de antemão condenado ao fracasso. Pode ser que na área do Direito do Trabalho seja especialmente grande a tentação de pregar a obediência incondicional à lei, já que via de regra se promete mais do que se cumpre, como vimos acima. Mesmo assim seria sinal de desconhecimento dos princípios de funcionamento dos destinatários da *jurisprudência* e, com isso, de grande parte da realidade se houvesse uma tentativa de estabelecer o positivismo ou um subsequente cânone de métodos como forma exclusiva de lidar com o direito vigente.

4. Pressupostos Políticos da Interpretação Alternativa

O espírito humano é inventivo. A experiência ensina que para os juristas — mesmo para aqueles que se definem especialmente fiéis à lei — existem muitas possibilidades de justificar resultados divergentes. O Código Civil alemão tem, por exemplo, um artigo 950 que diz:

“Quem, por meio de processamento ou transformação de um ou mais materiais, produz um novo objeto móvel, adquire a propriedade sobre o novo objeto, contanto que o valor do processamento ou da remontagem não seja substancialmente inferior ao valor do material. Como processamento se definem também escrever, desenhar, pintar, imprimir e gravar ou processos semelhantes sobre uma superfície”.

(210) Sobre a situação na Espanha, ver *Durán López*, “El Regimen legal de la Huelga tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8, abril de 1981” (Revista de Política Social), no 174 (1982), pág. 49 e segs., quanto à Grã-Bretanha, *Wedderburn*, “Industrial Relations and the Courts”, *The Industrial Law Journal* 1980, pág. 65 e segs.

Lendo essa norma com espírito desprevenido chega-se à conclusão que o relojoeiro adquire a propriedade sobre o relógio montado por ele e que o projetista vira proprietário dos desenhos confeccionados por ele. É óbvio que tal não pode ser a interpretação corrente na Alemanha. Segundo as regras da arte jurídica seria perfeitamente possível justificar tal interpretação, mas sua recusa política seria generalizada e o resultado não conseguiria convencer ninguém, de modo que a rejeição geral se tornaria inevitável. A quantidade de trabalho investido justificando o título de propriedade abalaria a estrutura capitalista básica de nossa economia num ponto vital, levando em pouco tempo a uma espécie de autogestão dos trabalhadores nas empresas. Pretender um tal efeito através da *interpretação alternativa* seria, para dizer pouco, ilusório⁽²¹¹⁾.

O caráter extremo do exemplo mostra exatamente que a interpretação alternativa não pode ser feita fora do contexto de desenvolvimento da sociedade. Seus resultados só têm alguma chance de influenciar a prática quando existem forças sociais e políticas que fazem com certa ênfase as mesmas ou semelhantes exigências. Os interesses dos trabalhadores só poderão contar com mais proteção quando, além da importância dada ao assunto por juristas esclarecidos, ocorrer também o mínimo de pressão nesse sentido seja nas empresas seja a nível de opinião pública e no Parlamento. Um grande número de pessoas precisa engajar-se na luta contra o *lockout* e a favor da liberdade de expressão e de garantias melhores contra as demissões, do contrário, a argumentação jurídica, por melhor que seja não passará de letra morta.

Essa constatação levanta algumas outras questões.

Por um lado, costuma ser impossível quantificar as forças sociais; a não ser em bases meramente especulativas, não dá para dizer quantas resoluções de comissões partidárias e sindicais, quantas manifestações ou até greves sejam necessárias para a criação de um Judiciário melhor. Por outro lado existe também uma grande diferença entre a decisão judicial de casos concretos e as reivindicações normalmente genéricas de sindicatos ou de protestos populares. Nesse sentido, os exemplos citados talvez constituem exce-

(211) Quanto à discussão sobre o art. 950 do Código Civil neste contexto, ver *Wagner, Heinz*, "Recht als Widerspiegelung und Handlungsinstrument", Colônia, 1976, pág. 146 e segs.

ções, já que um problema jurídico freqüentemente só pode ser compreendido — e por conseguinte também discutido — por especialistas. O intérprete deve concluir, então, que não pode ser seu objetivo traduzir diretamente para a terminologia jurídica aquilo que a sociedade exige. Seu trabalho corre o risco de exagerar nas exigências e se ver de repente sozinho para defendê-las. Ou a evolução atropela com tanta rapidez as suas posições que o progressista passa a ser considerado conservador em pouco tempo.

Outro problema que se coloca é que nem sempre existe unanimidade a respeito do que se deva entender por “maior defesa dos interesses dos assalariados”. O que acontece quando o cientista chega a outras conclusões que a reunião do sindicato e sua diretoria ou (o que é mais provável) quando está em contradição com o que o sindicato praticou até aquele momento? Terá ele que submeter-se à *organização* ou à *razão do partido*, ou deverá publicar seus conhecimentos sem considerar a opinião da maioria, talvez até contra a opinião unânime dos sindicatos e de determinados partidos? Esse problema de dissensão — é bom que fique claro — não é um problema de ordem jurídica. Ninguém poderá negar a um cientista que trabalha numa universidade o direito garantido pela constituição de publicar o resultado de suas pesquisas, mesmo que este se oponha diametralmente aos desejos de seu sindicato. O que importa é a dimensão política do problema. Não basta argumentar simplesmente com a dinâmica da formação democrática da vontade; o posicionamento de um cientista a respeito da proteção contra demissões ou da co-gestão tem outro peso — quando divulgado numa organização sindical — do que os subsídios para a discussão de um filiado “comum”, já que goza de maior ou menor validade para todos. Implica a repercussão mais ampla eventualmente a obrigação de manter-se mais reservado?

Tal suposição significaria que uma organização trabalha com mais eficiência quando há menos discussão em seu interior, quando a unidade não se estende só ao agir mas também ao pensar. Esta hipótese só seria verdadeira se a organização já tivesse atingido o ponto ideal de funcionamento e não pudessem surgir novos problemas. É óbvio que isso não acontece, que o sindicato continua sempre num *processo de definição de seus objetivos* (como mostram aliás as discussões atuais em torno dos programas de emprego e

proteção ambiental), de modo que o sindicato como sistema social depende de novos impulsos, de idéias inovadoras, mesmo que seja só para manter o *status quo* de sua missão a cumprir. Mas, a maior parte desses impulsos não pode vir de dentro do aparelho sindical que está sobrecarregado com as funções do dia-a-dia, além de ter que contar com restrições especiais: qualquer proposta que acabaria *doendo* aos superiores, reduzindo por exemplo sua área de influência, não se vê apenas rejeitada como pode ameaçar a posição do autor da iniciativa. Quem quer que se afaste da área de consenso que é marcado pela influência de funcionários de peso além de outros fatores, como preferências políticas e preconceitos, arrisque-se a cair no ostracismo; em casos extremos deve contar até com sua demissão. Nestas condições, a organização depende decididamente das sugestões inovadoras que vêm de fora, do assessoramento por pessoas cuja existência não depende do destino de suas propostas. Até erros podem tornar-se proveitosos. Por isso, não existem para o cientista interesses obrigatórios e predefinidos por organizações de empregados; sua função os autoriza a ver essas definições de outra maneira que as maiorias existentes. Surge, porém, o risco do isolamento, com a conseqüente perda de auditório para suas teses. A prática na Alemanha mostra que os cientistas jurídicos procuram defender posições que encontrem o apoio pelo menos de minorias sindicais.

5. O Resultado dos Esforços — Três Exemplos

As discussões em torno da legalidade do *lockout*, da liberdade de expressão e da manutenção do emprego após demissão produziram no decorrer dos anos certos resultados que gostaríamos de descrever resumidamente.

O Tribunal Federal do Trabalho modificou em 1980 de modo substancial a jurisprudência acerca do *lockout*⁽²¹²⁾. Agora o *lockout* passou a ser admissível só como resposta a uma greve parcial restrita; do contrário é considerado violação do direito vigente. Fala-se em *greve parcial restrita* quando na área de vigência de um certo contrato coletivo uma quarta parte ou menos dos empregados en-

(212) BAG "AP" n. 64-66, a respeito do artigo 9º da Constituição (conflito trabalhista).

volvidos deixam de trabalhar. Neste caso, a parte patronal pode proibir a uma quarta parte dos empregados da área o acesso às instalações operacionais.

Quanto à justificativa, o TFT rejeitou inicialmente a argumentação sindical de que a liberdade de coalizão seria um direito exclusivamente dos empregados, o que tornaria inconstitucional o *lockout* como meio de intervenção. O tribunal preferiu seu conceito anterior de paridade ("chances iguais de negociação") procurando desenvolvê-lo mais. Admitindo que, via de regra, os sacrifícios que uma greve exige dos empregados são muito maiores que os do empregador, deve se considerar o *lockout* como recurso de luta que regularmente não se faz necessário para conseguir reequilibrar as chances de convencimento. Mas, quando a greve atinge apenas uma pequena parte das empresas surge o risco de desentendimento no grupo patronal, já que as empresas sem greve votariam a favor da resistência, enquanto as empresas em greve dariam preferência a um *apaziguamento* rápido.

Seja qual for a avaliação desta justificativa, fica claro, para todos os efeitos, que a jurisprudência está disposta a aceitar compromissos. Antes aconteceu muito mais do que apenas a elaboração de estudos jurídicos. Depois dos *lockouts* de 1978, mais de 30.000 sindicalizados do sindicato dos metalúrgicos e mais de 10.000 filiados do sindicato dos gráficos tinham proposto queixa, com o apoio de suas organizações, contra o *lockout*. Este fenômeno relativamente novo no cenário alemão, de uma *queixa em massa*, levou em algumas áreas à preparação conjunta de audiências; a idéia era quebrar a individualização dos processos (um trabalhador propõe ação contra um empregador) para manter o elemento coletivo, que costuma prevalecer nos conflitos nas empresas, também na sala de audiência⁽²¹³⁾. Além disso registraram-se inúmeras declarações de sindicatos e pequenas manifestações que destacavam o repúdio dos sindicatos contra o *lockout*. Também o partido SPD (Partido Social-Democrata) tinha firmado posição nesse sentido, enquanto o governo social-liberal daquela época não conseguira chegar a uma proposta comum de projeto de lei. Assim o contexto político tendia para uma

(213) Maiores detalhes em Bobke, "Gewerkschaften und Aussperrung", Colônia, 1982, pág. 56 e seqs.

limitação considerável do direito de *lockout* — enquanto sua proibição completa teria mobilizado resistências muito fortes; é provável também que o Tribunal Constitucional teria anulado a proibição pura e simples⁽²¹⁴⁾.

O desenvolvimento na área da liberdade de expressão se mostrou diverso. Até o momento, o TFT não reviu expressamente a sua posição tomada na decisão mencionada acima⁽²¹⁵⁾. As sentenças posteriores se referem essencialmente a manifestações de opinião que ocorreram dentro das empresas. Neste sentido, o tribunal segue a linha de analisar individualmente as circunstâncias de cada caso. Assim por exemplo é ilegal usar um *bottom* contra o político Strauss quando o tamanho do distintivo e seu feitio tem caráter provocador, enquanto um distintivo discreto da mesma natureza, com no máximo 3 cm de diâmetro, foi classificado como *suportável*⁽²¹⁶⁾. A atividade político-partidária *provocadora* é proibida dentro das empresas, apesar de existir uma proibição formal só para os membros do conselho de representação (art. 74, inciso 2, do estatuto das empresas)⁽²¹⁷⁾. Finalmente houve também a confirmação da ordem dirigida a um professor para que não usasse um *bottom* contra a energia nuclear durante a aula⁽²¹⁸⁾.

Por que a interpretação alternativa foi tão pouco eficaz nessa área? A causa principal deve estar no fato de as posições estarem situadas fora do âmbito de ação dos sindicatos ou serem defendidas apenas por uma minoria. Ao contrário da discussão em torno do *lockout* houve um engajamento apenas morno ou até nenhum da parte dos sindicatos. Nos casos concretos em que esse engajamento existiu excepcionalmente, registraram-se também resultados mais favoráveis para os empregados. Assim por exemplo o Tribunal Constitucional decidiu em 1976 no caso de um presidente de conselho de representação, membro do SPD, que a sentença do tribunal do trabalho excluindo-o do conselho de representação por ter distribuído

(214) Sobre a avaliação política dessa jurisprudência, ver Däubler, W., ob. cit., "Perspektiven des Arbeitskampfrechts", "AuR" 1982, 289 e segs.

(215) Item II.

(216) Zachert, "Plaketten im Betrieb — Ausdruck von Meinungsfreiheit oder Störung des Betriebsfriedens?", "AuR" 1984, 289 e segs.

(217) BAG "NJW", 1978, 1875 (no caso concreto tratava-se de uma organização maoísta).

(218) BAG "DB" 1982, 2142; "AP" n. 8, a respeito do artigo 5, inciso 1, da Constituição (liberdade de expressão).

folhetos para as eleições municipais ultrapassou a medida do necessário, além de ter deixado sem a devida consideração a questão da liberdade de expressão, apesar de tratar-se de uma atividade eminentemente *político-partidária*⁽²¹⁹⁾. Esta sentença é digna de nota precisamente por tratar-se de uma atividade político-partidária que é expressamente proibida por lei aos membros dos conselhos de representação, enquanto não existe norma similar em relação aos trabalhadores em geral.

Quanto à proteção contra demissões não havia nenhuma dúvida sobre a disposição para o engajamento por parte dos sindicatos. Na verdade nunca ocorreram manifestações de vulto em apoio a este objetivo, mas isto se explica pelo fato de a maior parte das demissões serem francamente legais, de modo que o problema da manutenção do vínculo empregatício fica de antemão descartado. Mesmo assim houve recentemente um pronunciamento do Pequeno Senado do Tribunal Federal do Trabalho no sentido de concordar em princípio com o direito de manutenção do vínculo: quando o tribunal de primeira instância toma uma decisão favorável ao empregado, este deve efetivamente continuar empregado⁽²²⁰⁾, o que significa na prática que em caso de períodos mais longos de aviso prévio é sempre possível evitar a demissão e mesmo nos outros casos haveria uma interrupção do vínculo apenas por alguns meses. Trata-se de um grande progresso quando comparado com a situação jurídica anterior.

6. A "Interpretação Alternativa" e Outras Tarefas

A redução do horizonte a uma interpretação alternativa exclusivamente nos termos aqui esboçados traria consequências desastrosas para os juristas *críticos* que procuram defender os interesses dos assalariados.

A análise jurídica não deve restringir-se à procura da *melhor variante*, ela deve dedicar-se também à questão da estrutura social em que se baseia o sistema de normas em vigor. Justamente num país como a Alemanha em que o direito ocupa uma posição de grande destaque, é importante realçar através desse fenômeno a oposição

(219) BVerfG "NJW" 1976, 1627.

(220) BAG "DB" 1985, 551.

entre o capital e o trabalho e as funções do Estado. Limitar-se simplesmente à interpretação alternativa significaria passar a desenvolver tacitamente apenas idéias *em conformidade com o sistema*, já que outras nem têm chance de serem aceitas na atual situação política; dificilmente haverá um número maior de juristas dispostos a serem continuamente marginalizados em função de suas idéias jurídicas ou políticas.

Além dessa tarefa importante, comumente assumida, surgiu nos últimos anos uma segunda área que até o momento mereceu pouca atenção. Estou falando do problema da erosão lenta e gradativa das normas trabalhistas. Os contratos coletivos perdem sua importância porque existem cada vez mais trabalhadores que estão fora do âmbito de sua aplicação ou em parte até fora do alcance das normas trabalhistas, porque são temporários, *free lancers* formalmente autônomos, contratados que trabalham em suas casas ou trabalham apenas em jornada parcial. O desemprego em massa criou uma situação na Alemanha em que importa sobretudo defender para todos o padrão de segurança alcançado até hoje. Existe o risco de se conseguir progressos jurídicos para certos grupos de trabalhadores que contam com uma boa representação sindical, enquanto do outro lado surgem empregados marginalizados e formalmente autônomos que carecem de toda e qualquer proteção coletiva, sendo tratados, quando muito, segundo as normas do direito particular. As peculiaridades nacionais mostram que esse processo não precisa ser inevitável: se o sindicato estiver mal organizado e com falta de projetos amadurecidos será muito mais fácil criar em pouco tempo um subproletariado; a situação muda quando se tem consciência dos problemas e quando as tentativas de divisão são respondidas com todo o potencial de rejeição dos sindicatos⁽²²¹⁾. Aos juristas cabe a tarefa de sacudir os responsáveis mostrando-lhes as conseqüências desta evolução. Eles não podem ocupar o lugar dos órgãos políticos e sociais, mas, com a autoridade que lhes confere a sua profissão, podem transmitir importantes impulsos.

(221) É interessante observar p. ex. contratos coletivos italianos que permitem a existência de empregados atípicos apenas dentro de estreitos limites quantitativos e/ou só com o consentimento do sindicato. Ver *Ghera*, em: *Junod-Aubert* (ed.), "Crise, Maintien de l'Emploi et Partage du Travail", Genebra, 1984, pág. 167 e segs.

I.V. Indivíduo e Coletivo no Direito do Trabalho

1. Introdução. 2. O Questionamento Incompleto. 3. O Direito de Filiação e o Direito de Recusa. 4. A Garantia de Formas de Ação Coletiva. 5. Priorização dos Contratos Coletivos Frente aos Direitos Individuais?

1. Introdução

1.1. A Valorização do Indivíduo

Falar sobre o indivíduo e o coletivo no direito do trabalho não é, por certo, um lugar comum hoje em dia. O espírito de nossa época exigiria antes que se colocasse o indivíduo no centro das atenções, para perguntar de que modo ele se pode afirmar contra as inúmeras forças de um ambiente de difícil compreensão. Esta visão não se deve apenas às tendências que estão em moda. Os sociólogos confirmam a nossa experiência diária, mostrando que estamos vivendo numa época de destronamento, de liberação do indivíduo em relação às regras tradicionais⁽²²²⁾. Um indício importante deste facto é a perda de funções da família (nuclear) que passa a ser substituída progressivamente por parcerias ou solteirismo deliberado. Outro sinal é o desaparecimento das formas de morar tradicionais — uma *vila operária*, por exemplo, é coisa do passado. Pelo menos no que diz respeito à Alemanha Federal, sobrevivem apenas uns poucos vestígios da *cultura operária*. Os grandes partidos também deixaram de representar necessariamente sistemas de valores inspirados nos interesses dos assalariados; como se trata de partidos populares, pretendem receber votos tanto de profissionais autônomos quanto de trabalhadores, de católicos e de protestantes. Mesmo a situação no emprego já não pode ser estereotipada — a linha de montagem e o trabalho cadenciado de rotina perderam seu papel predominante, o que se revela também no número crescente de funcio-

(222) Resumidamente em BECK, U., "Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne", 1986, pág. 115 e segs.

nários de escritório⁽²²³⁾. Na fábrica de amanhã interessa o funcionário independente e polivalente, seguro de si e de sua competência técnica⁽²²⁴⁾. Já existem vários modelos de horários flexíveis que respeitam as preferências individuais dos empregados. O desenvolvimento caminha em direção à flexibilização, seja qual for o sentido que se dê a esse conceito: mais estreito ou mais amplo, orientado nos interesses do empregado ou do empregador⁽²²⁵⁾.

1.2. O Coletivo Desbancado

Não estranha que, sob essas condições, o *coletivo* se transforme em algo temível que representa a ameaça das regulamentações esquemáticas, do alijamento dos interesses particulares, suplantados por uma *maioria qualquer*. Esse tipo de desconfiança se manifesta sobretudo em relação aos sindicatos que, para uns, são defensores temerários de interesses grupais, para outros, uma espécie de dinossauros que, por causa de sua lerdeza, não estão em condições de enfrentar os problemas do dia-a-dia (por exemplo o trabalho em equipe dos engenheiros), nem muito menos de oferecer uma solução.

Frente a tais *condicionamentos* fica fácil duvidar também das funções tradicionais dos sindicatos como, por exemplo, a de garantir salários e condições de trabalho adequados.

Teria o Direito Coletivo do Trabalho perdido a sua legitimação, depois que a estrutura tradicional de classes ruiu⁽²²⁶⁾?

Não constituiria a volta ao jogo livre das forças no mercado de trabalho o melhor remédio para vencer o problema do desemprego?

(223) Em 1986, 45% de todos os empregados trabalhavam como funcionários burocráticos, 45,5% como operários e quase 10% eram funcionários públicos, segundo *Imiela-Krieger-Löhrlein*, "Perspektiven gewerkschaftlicher Angestelltenpolitik", em: *Kittner*, Gewerkschaftsjahrbuch 1987, pág. 50. Nos anos 30 deste século, a relação entre funcionários burocráticos e operários ainda tinha sido de 4 a 1, e em 1882 de 21 a 1, segundo *Falkenberg*, "Das Arbeitsrecht der Gegenwart", vol. 7, ed. 1970, pág. 67.

(224) Veja *Kern-Schumann*, "Das Ende der Arbeitsteilung?", 1984.

(225) Sobre a discussão na Alemanha, ver p. ex. *Oppolzer-Wegener-Zachert*, "Flexibilisierung — Deregulierung. Arbeitspolitik in der Wende", 1986; *Walter*, "Für ein besseres Arbeitsrecht", 1986, pág. 30 e segs.; Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände (confederação dos sindicatos patronais alemães) (ed.), "Beschäftigungsoffensive der Arbeitgeber", 27. und 28.10.1986, in Berlin, Dokumentation eines Kongresses, 1986. Sobre a França, ver Centre de Recherche de Droit Social, Université de Lyon III, "Flexibilité du droit du travail: Objectif ou réalité", 1986.

(226) Assim escreve expressamente *Reuter*, em: "Festschrift für Hilger und Stumpf", 1983, pág. 577, 579.

Por isso, a teoria neoclássica exige o desmonte do direito coletivo do trabalho que — à maneira de um cartel — adulteraria supostamente o jogo de oferta e procura⁽²²⁷⁾. O caminho jurídico para alcançar esse objetivo pode ser diverso: exige-se, por exemplo, o fim do efeito obrigatório dos contratos coletivos, permitindo-se variantes contratuais por conta do empregado individual⁽²²⁸⁾. Na mesma linha de pensamento situa-se a idéia de transformar o empregado em *participante* ou sócio⁽²²⁹⁾, para libertar-se, assim, de uma vez por todas do direito do trabalho, *esse vírus que muda de figura a cada novo dia, parecendo ter escapado dos laboratórios de engenheiros genéticos e de especialistas em armas biológicas*⁽²³⁰⁾. Na Grã-Bretanha exige-se o retorno ao *common law* que acabaria com essa ficção errônea de que os empregos não são negociados, que o não-trabalhar (na greve) apenas suspenderia o vínculo empregatício, que a deposição do trabalho não constituiria ilícito penal⁽²³¹⁾. Na França se fazem ouvir vozes semelhantes, com a diferença de que lá até normas incômodas do *code civil* são incluídas nas exigências de desregulamentação e eliminação das normas jurídicas *inflexíveis*⁽²³²⁾. A recomendação do conselho de peritos alemães, no sentido de permitir a contratação de empregados por tempo determinado⁽²³³⁾, sem *razão objetiva*, e de reduzir os *custos sociais*⁽²³⁴⁾, parece até modesta quando comparada com os outros.

(227) Representado no direito do trabalho alemão sobretudo pelo Círculo de Kronberg (Kronberger Kreis), uma associação particular de economistas e juristas liberais. Importante é o livro publicado por eles: "Mehr Markt im Arbeitsrecht", 1986.

(228) Ver p. ex. Adomeit, "Das Arbeitsrecht und unsere wirtschaftliche Zukunft", 1985, pág. 13 e segs., 19 e segs.; Möschel, "ZRP", 1988, 48 e segs.

(229) Ver p. ex. Adomeit, ob. cit., "Arbeitgeber 1985", 76 e segs. Questões parecidas levantam também Beuthien, "Das Arbeitsverhältnis im Wandel", em: *idem* (ed.), "Arbeitnehmer oder Arbeitsteilhaber? Die Zukunft des Arbeitsrechts in der Wirtschaftsordnung", 1987, pág. 28. Quanto à discussão sobre a co-gestão, já se defendiam posições semelhantes no início dos anos 70 para os casos de representação paritária nos postos dos conselhos administrativos — ver sinopse e crítica em Mayer, Udo, "Paritätische Mitbestimmung und Arbeitsverhältnis", 1976, pág. 43 e segs.

(230) Formulação intencionalmente polêmica em Ehmann, "Personalführung 1988", 1.

(231) Mather, "Industrial Relations research unit, University of Warwick, The Future of Labour Law: Two Views", Warwick Paper In Industrial Relations, n. 14, 1987, pág. 8.

(232) Referência em Jeammaud-Le Friant, "Flexibilisierungsstrategien und Arbeitsrecht in Frankreich", em: Oppolzer, et al. (nota 4), pág. 131.

(233) Parecer anual 1987/88 do conselho de peritos sobre o desenvolvimento global, BT-Dr 11/1317, pág. 190.

(234) *Idem* pág. 192 e segs.

Seria o direito coletivo do trabalho um doente terminal, cuja doença estaria apenas um pouco mais adiantada na Grã-Bretanha, na França e na Espanha? Não faltam razões, portanto, para retomar a reflexão sobre a relação entre o indivíduo e o coletivo no direito do trabalho, mesmo que o *coletivismo* da Constituição de Weimar, uma das grandes conquistas da primeira república alemã, desperte atualmente mais o interesse das ciências jurídicas italianas do que das alemãs⁽²³⁵⁾.

2. O Questionamento Incompleto

Normalmente, a relação entre o indivíduo e o coletivo é discutida, no direito do trabalho, em três contextos.

a) A primeira questão se refere à situação do indivíduo antes da filiação potencial a uma agremiação (coalizão). Superada a proibição proto-liberal de coalizão⁽²³⁶⁾, a atenção se volta para a maneira de melhor proteger a liberdade de opção a favor ou contra o sindicato, acentuando-se sobretudo o aspecto negativo da liberdade de coalizão, o direito de *manter-se afastado*.

b) A segunda questão diz respeito ao âmago do *coletivismo*, a saber, a regulamentação de salários e condições de trabalho por meio do contrato coletivo. Como se pode integrar esse tipo de criação particular de direito no sistema jurídico tradicional? A que regras deve submeter-se a ação coletiva que é indispensável para esse tipo de definição? As palavras-chave passam a ser o direito de greve e — na Alemanha — o direito de co-gestão.

(235) Obra básica *Sinzheimer*, "Der korporative Arbeitsnormenvertrag", 1907/1908; *idem*, "Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, gesammelte Aufsätze und Reden", 2 vols., 1976. Sobre a repercussão na Itália, ver especialmente *Arrigo-Vardaro*, (ed.), *Fraenkel E., Kahn-Freund, Otto, Korsch, K., Neumann, F., Sinzheimer H.* Laboratorio Weimar. "Conflitti e diritto de lavoro nella Germania prenazista", 1981; *Fraenkel*, "Democrazia collettiva, Giornale di Diritto de Lavoro e di Relazioni Industriali", "DLRI", n. 8 (1980), pág. 601 e segs.; *Renner*, "La costituzione del lavoro della rivoluzione", "DLRI", n. 32 (1986), pág. 743 e segs.; *Lotmar*, "I contratti di tariffa tra datori e prestatori di lavoro", "DLRI", n. 22 (1984), pág. 313 e segs.; *Sinzheimer*, "La democratizzazione del rapporto di lavoro", "DLRI", n. 2 (1979), pág. 217 e segs.; *Vardaro*, "Il pluralismo e il diritto del lavoro". Studi su *Otto Kahn-Freund*, Introduzione di *Gino Glugni*, 1982.

(236) A esse respeito, em base do direito comparado, ver Jacobs, em: *Hepple*, "The Making of Labour Law in Europe. A Comparative Study of Nine Countries up to 1945", 1986, págs. 193-241.

c) A terceira questão surge apenas depois do estabelecimento do coletivismo. O contrato coletivo ou o acordo de empresa (segundo a terminologia alemã) pode interferir nos direitos individuais? É possível, por exemplo, limitar a liberdade de opinião ou reduzir os direitos contratuais a certos benefícios sociais? Uma resposta positiva as estas perguntas significa fortalecer a posição das *forças coletivas* nas negociações, permitindo que procurem alcançar uma *cumulação global* dos interesses que é característica dos sistemas neo-corporativistas.

Os três conjuntos de problemas reservam o conceito de *coletivo* para as agremiações criadas pelos empregados, bem como as formas de ação dessas associações. O próprio processo do trabalho, a divisão múltipla do trabalho dentro de uma empresa e além dela, até atingir os grupos multinacionais⁽²³⁷⁾, não é nem pelo menos abordado nesta perspectiva: o fato de o trabalho normalmente não corresponder mais ao trabalho do artesão é bem conhecido, mas não tem maiores consequências nas discussões jurídico-trabalhistas. Há uma recusa sistemática de reconhecer esse tipo de *pressão coletiva das circunstâncias*, limitando-se o uso do termo coletivo a associações igualitárias de pessoas, sem incluir o contexto de trabalho, diferenciado de acordo com as funções. As consequências são previsíveis: mesmo as formas extremas de divisão do trabalho que reservam ao indivíduo apenas uma espécie de existência como rodinha de uma engrenagem são tidas como algo perfeitamente normal, permanecendo, portanto, imunes a qualquer tipo de crítica. Mas, o sindicato é exposto à luz intensa de uma opinião pública crítica, aparecendo como exceção estranha ao sistema, como potência que merece desconfiança e cujas asas convém cortar em nome da liberdade. Sua única legitimação continua sendo a posição de inferioridade do empregado na hora da contratação; as condições de troca devem ser elevadas a um nível adequado, se necessário. Desta maneira, o sindicato se torna cada vez mais supérfluo, na medida em que o mercado de trabalho puder dispensar, seja lá por que razão for, qualquer tipo de correção.

Mas essa perspectiva muda quando se entende as organizações dos empregados como antagonistas, como aquela instância que

(237) *Klebe-Roth*, "Informationen ohne Grenzen, Computernetze und internationale Arbeitsteilung", 1987.

defende os interesses dos assalariados também em relação às condições segundo as quais é alienada a força de trabalho. A proteção da liberdade de coalizão já não significa, então, a criação de vantagens potenciais de poder, antes trata-se de dar ao indivíduo a possibilidade de decidir, juntamente com outros, sobre sua *inserção* no processo de trabalho e produção. O *coletivo* restabelece a autonomia particular perdida a nível individual⁽²³⁸⁾; essa afirmação vale tanto para os sindicatos quanto para os representantes dos empregados nos conselhos. A contratação coletiva deixa de parecer uma regulamentação imposta de cima para baixo, para transformar-se em um pedaço de co-gestão. A dúvida se justifica apenas nos casos em que se dispõe, por meio desses mecanismos, dos direitos individuais, uma vez que o sacrifício do indivíduo pode ser visto como problemático.

A seguir estudaremos os três complexos de problemas a partir da posição esboçada aqui. Haveremos de verificar sobretudo até que ponto a *reindividualização* crescente de nossa cultura jurídica exerce seus efeitos (de modo legítimo ou ilegítimo) sobre a solução dada a questões específicas. Qual o significado do fato de *novos autônomos*, mas também empregados com jornada parcial ou por prazo determinado e temporários terceirizados continuarem sem amparo organizacional?

3. O Direito de Filiação e o Direito de Recusa

3.1. A Liberdade de Coalizão Dividida

Hoje em dia, a criação de sindicatos é permitida em todos os países do oeste e do sul da Europa; na maioria dos casos encontra até amparo explícito na Constituição desses países. As proibições proto-liberais contra as coalizões, inspiradas por exemplo na *Loi Le Chapelier* ou na doutrina inglesa da *conspiracy*, estão hoje tão superadas quanto a idéia dos sindicatos compulsórios do fascismo. Em nenhuma parte ninguém mais ousa pôr em dúvida a liberdade de coalizão.

Mas, uma coisa é o princípio, outra é a sua realização. Não precisamos nem falar daqueles casos relativamente pouco numerosos

(238) Sobre esta discussão na Alemanha, ver especialm. "Gast, Das Arbeitsrecht als Vertragsrecht", 1984; *idem*, "BB", 1986, 1515; Richardt, "ZfA", 1974, 10.

em que se viola abertamente o direito constituído, fazendo, por exemplo, depender o emprego da desfiliação do sindicato⁽²³⁹⁾. Muito mais importantes são normas jurídicas e desdobramentos factuais que dificultam o exercício real da liberdade de coalizão, colocando obstáculos no caminho de quem está disposto a filiar-se e concedendo vantagens aos *autônomos* e *lobos solitários* (para usar uma linguagem positiva). São quatro pontos que precisam ser destacados em relação ao direito alemão.

a) Segundo pronunciamento do Tribunal Constitucional Federal, o direito de não se filiar a sindicato algum, a assim chamada liberdade de coalizão negativa, é protegida da mesma maneira que a liberdade de coalizão como tal⁽²⁴⁰⁾. Ninguém pode ser obrigado a filiar-se a uma organização. Desde o início está em jogo o termo *coação*; não precisa nem haver uma obrigação legal, como no *union shop* inglês⁽²⁴¹⁾, basta a simples ameaça com desvantagens proferida por um membro do conselho de representação⁽²⁴²⁾. Nem pode a propaganda e informação sindical conter qualquer tipo de *ataque pessoal* contra não-sindicalizados⁽²⁴³⁾; assim estão proibidas, pelo menos nas empresas, até mesmo afirmações que nem chegam a ser uma ofensa; cabe ao empregador evitá-las. Nem é necessário explicar que, nestas condições, um *closed shop* é totalmente inadmissível⁽²⁴⁴⁾.

b) A proteção daqueles que se opõem à organização continua existindo também no direito de contratação coletiva. As partes não podem limitar os benefícios aos empregados sindicalizados, excluindo deles os *individualistas*. Uma cláusula deste tipo é considerada como ingerência indevida na liberdade de coalizão negativa. Esta regra se aplica, por exemplo, ao adicional de férias, mesmo que o mon-

(239) BAG, "NZA" 1988, 64 = Betr 1987, 2313. Outros exemplos em Zachert, "Betriebliche Mitbestimmung. Eine problematische Einführung", 1979, pág. 59 e seg.

(240) BVerfGE, 50, 290 (367).

(241) Sobre seu conteúdo e incompatibilidade com o art. 11 da Convenção de Direitos Humanos, ver Egmr, EuGRZ 1981, 559 = "NJW" 1982, 2717.

(242) Referências em Däubler, W., ob. cit., "Gewerkschaftsrechte im Betrieb", 1987, num. marginal 461 e segs.

(243) BAG, "AP", art. 9 GG, n. 10. Sobre a proibição de ataques subjetivos, ver tb. BAG, Betr 1978, 894.

(244) Pela ilegalidade Hueck-Nipperdey, "Lehrbuch des Arbeitsrechts", 1967, vol. II/1, pág. 163; Nikisch, "Lehrbuch des Arbeitsrechts", 1959, vol. 2, pág. 37; Hanau-Adomelt, "Arbeitsrecht", 1986, C 14e; Söllner, "Grundriss des Arbeitsrechts", 1987, pág. 62; Däubler, "Arbeitsrecht", 1986, pág. 186 e seg.

tante seja inferior à contribuição sindical anual⁽²⁴⁵⁾, o que leva à consequência estranha de que o exercício da liberdade de coalizão *positiva* deve ser conquistado através de um sacrifício financeiro em forma de contribuição sindical (em média, 1% da renda mensal), enquanto o exercício da liberdade de coalizão *negativa* não pode ser *onerado* pela perda do adicional de férias⁽²⁴⁶⁾. Recentemente esse tipo de jurisprudência ficou confirmada no contexto dos acordos de aposentadoria antecipada. Os contratos coletivos previam que o empregador devia celebrar acordos dessa natureza com, no máximo, 2% dos empregados, sendo que estes deviam ser exclusivamente pessoas sindicalizadas. O Poder Judiciário recusou esta *vantagem especial* como violação da liberdade de coalizão negativa⁽²⁴⁷⁾; esta chance deveria ser estendida também aos não-sindicalizados de modo que não dependessem de uma quota maior voluntária concedida pelo empregador. Talvez esse resultado seja até mais satisfatório do que a sentença sobre a cláusula de diferenciação. Mesmo assim sente-se um certo mal-estar diante do fato de que os contratos coletivos, segundo o art. 31 da lei de contratação coletiva, deveriam beneficiar, em princípio, apenas os filiados ao sindicato: é indubitável que o empregador tem o direito de negar, por iniciativa própria, aos individualistas os benefícios acordados, pagando-lhes, por exemplo salários mais baixos que os previstos no contrato coletivo e excluindo-os da aposentadoria antecipada, mas às partes contratantes não se permite uma regulamentação correspondente.

c) Fortalecem-se as forças centrífugas dos sindicatos. De acordo com os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal permite-se a uma minoria apresentar sua própria lista para as eleições do conselho de representantes, concorrendo assim com a lista oficial, elaborada segundo as regras internas do sindicato. Tal procedimento não justifica a expulsão do sindicato, a não ser que, além disso, tenha havido ataques contra a política da organização⁽²⁴⁸⁾. Desta maneira desqualifica-se de antemão a cláusula de um estatuto que prescrevia a apresentação de uma lista única; esta cláusula pode ser in-

(245) BAG (GS), "AP", art. 9 GG, n. 13, confirmado por BAG, Betr 1978, 1647.

(246) Däubler, W.-Kempen-Zachert-Zilius, TVG 1984, art. 3, num. marginal 98 e segs.

(247) BAG, "NZA" 1987, 233 (357) = Betr 1987, 487 (492). Ver a respeito tb. Zachert, "NZA" 1988, 185 (189).

(248) BGHZ 71, 126.

fringida sem temor de eventuais sanções jurídicas⁽²⁴⁹⁾. As decisões são outras quando se trata de fura-greves, mas, neste caso, os tribunais verificam antes, se a votação pela greve transcorreu de acordo com as normas estabelecidas nos estatutos⁽²⁵⁰⁾. Além disso, não existem exigências em relação à estrutura interna dos sindicatos; na literatura costuma se fazer menção à necessidade de adequação aos princípios democráticos⁽²⁵¹⁾, mas da parte da jurisprudência não existe ainda nenhum pronunciamento neste sentido⁽²⁵²⁾. Sob este aspecto, a proteção dos direitos da minoria tem caráter seletivo, intervindo apenas quando se entra no campo importante das eleições para o conselho de representantes e quando existe um mínimo de sindicalização na empresa.

d) O fato mais importante, no entanto, é não consideração das reais condições de filiação sindical por se tratar de matéria *pré-jurídica*. Não constitui *problema jurídico* o fato de uma certa situação de trabalho isolar o indivíduo de seus colegas ou de serem repassadas tarefas a pequenos empresários ou trabalhadores domésticos. Importa ainda menos que empregados contratados por tempo limitado dependam de tal forma do empregador que nem pensam numa possível filiação a um sindicato, ou que empregados com jornada parcial e flexível quase não tenham chance de entrar em contato com os demais funcionários, permanecendo assim também isolados⁽²⁵³⁾. A indiferença diante destes fenômenos é ainda mais surpreendente quando se tem em conta que a efetividade dos direitos fundamentais passou a ser um dos princípios essenciais de interpretação na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal⁽²⁵⁴⁾: de-

(249) Neste sentido continua vivo o espírito da norma do art. 152, II do Código Industrial e Comercial com seu teor anti-coalção que dava a qualquer membro o direito de desligamento imediato e recusava a cobrança judicial das contribuições pela agremiação. A RGZ 111, 199 declarou caduco, em 1925, o art. 152 II do Código Industrial e Comercial por infringir a garantia de coalção do artigo 159 da Constituição de Weimar.

(250) BGH, "NJW" 1978, 990.

(251) Ver especialmente Popp, "Öffentliche Aufgaben der Gewerkschaften und innerverbandliche Willensbildung", 1975, pág. 107 e segs.; Hagemeler-Kempen-Zachert-Zilius, art. 2, num. marginal 10.

(252) BVerfGE 4, 96 (106 e segs.); 18, 18 (28), jurisprudência permanente a respeito do conceito de coalção.

(253) É opinião generalizada que o assalariado atípico se encontra em situação muito "distante" do sistema sindical.

(254) Sinopse em Hesse, EuGRZ 1978, 434 e segs.

vem ser tomadas medidas organizacionais e processuais que assegurem a transformação dos direitos fundamentais em realidade, para que sejam exercidos de fato⁽²⁵⁵⁾. Isto se aplica, por exemplo, à garantia de proteção jurídica do artigo 19, IV da Constituição Federal⁽²⁵⁶⁾; esta só pode ser assegurada, se houver, por exemplo, a possibilidade de obter liminares⁽²⁵⁷⁾ e se os cidadãos não forem onerados com a expectativa de custos despropositados⁽²⁵⁸⁾.

No caso de outros direitos fundamentais — como, por exemplo, o direito à vida⁽²⁵⁹⁾, à propriedade⁽²⁶⁰⁾ e ao asilo⁽²⁶¹⁾ — procede-se da mesma maneira, complementando o texto constitucional com o devido *instrumental de aplicação*. Apenas a liberdade de coalizão positiva do artigo 9º III da Constituição aparece como uma mancha branca — o que não significa que qualquer nova dificuldade concreta da filiação sindical seja de *per si* constitucionalmente problemática, de modo que deveria provocar uma compensação jurídica em forma de diminuição da proteção da liberdade de coalizão negativa. O que se critica é apenas a ausência de tratamento desta dimensão.

O que se depreende destas estruturas para o presente? Dificilmente haverá outro avanço significativo da individualização, a não ser no sentido da concretização do princípio democrático nas organizações, já que o indivíduo avesso à associação pode contar com uma proteção abrangente de seus interesses. Ir ainda mais longe, impedindo, por exemplo, os sindicatos de cobrar por meio de ação judicial contribuições atrasadas⁽²⁶²⁾, colocaria em risco o próprio princípio de liberdade de coalizão. Neste sentido, a situação difere daquela verificada na Grã-Bretanha; o *closed shop* de lá combina de fato nem um pouco com os "novos tempos"⁽²⁶³⁾ saudados por alguns.

(255) A respeito de uma interpretação de teor comparável na Itália, *Ghezzi-Romagnoli*, "Il rapporto di lavoro", 1987, num. marginal 26.

(256) *BVerfGE* 35, 263 (274); 40, 272 (275); jurisprudência permanente.

(257) *BVerfGE* 37, 150 (153).

(258) Sinopse em *Wassermann*, "Kommentar zum Grundgesetz", 1984, art. 19, IV, num. marginal 48-50.

(259) *BVerfGE* 53, 30 (65 e segs.); 49, 403.

(260) *BVerfGE* 37, 132.

(261) *BVerfGE* 56, 216 (238 e segs.)

(262) Seria um retorno parcial ao art. 152, II do Código Industrial e Comercial.

(263) Ver *Wedderburn*, "The Worker and the Law", 1986, pág. 30 e segs., 286 e segs.

3.2. A Grande Exceção: Representação de Interesses na Empresa

As considerações sobre a liberdade de coalizão positiva e negativa costumam encerrar-se neste ponto. Ignora-se que no nosso sistema de relações de trabalho existe de fato um pedaço de representação compulsória — não de modo generalizado e em todos os níveis de representação de interesses, mas, pelo menos, no setor importante que é a empresa. O conselho de representantes representa automaticamente o conjunto de todos os empregados; os acordos negociados por ele definem as relações de trabalho de todos os empregados da respectiva empresa. Individualmente é possível manter-se afastado do processo, seja pela abstenção, seja por meio de ações de protesto, seja com recursos ao empregador — mas tudo isso é inócuo. Nem mesmo o apelo à liberdade de consciência de nada adianta. Pode ser que a neutralidade do conselho em relação à política sindical, exigida pelo art. 751 da Lei Constitucional de Empresa, facilite essa solução, mas não convém superestimá-la: na prática, cerca de 80% dos membros dos conselhos de representação dos empregados são sindicalizados⁽²⁶⁴⁾ e, para muitos assalariados, o conselho não passa de uma espécie de repartição sindical dentro da empresa. Para a eleição, basta a disposição de um número relativamente pequeno de empregados⁽²⁶⁵⁾, de modo que a uma eventual maioria contrária a essas formas de organização não resta outra alternativa que a de aceitar um representante que ela talvez nem aprecie; é essa a consequência de um sistema que, a nível de empresa, esquece de repente sua preocupação com a proteção do individualista.

Não me parece ser esta uma peculiaridade alemã. Na França, o *comité d'entreprise* é o porta-voz do conjunto dos empregados⁽²⁶⁶⁾, e o mesmo se aplica ao *consiglio di fabbrica* dos italianos⁽²⁶⁷⁾. Na Espanha é a mesma coisa: segundo o artigo 631 do estatuto dos

(264) P. ex. os resultados das eleições para o conselho dos representantes em 1972 e 1984 (quase idênticos), em: "AuR" 1973, 114 e 1985, 92.

(265) De acordo com o art. 17, II da lei do estatuto das empresas, 3 empregados ou um sindicato representado na empresa podem convocar uma assembléia dos empregados para eleger uma presidência eleitoral. Não se exige a presença de um número mínimo de empregados nessa assembléia.

(266) A esse respeito e a respeito dos *délégués du personnel*, ver Camerlynck/Lyon-Caen/Pélissier, "Droit du travail", 1986, pág. 655 e segs.

(267) Ver a respeito Glugni, "Diritto Sindacale", 1984, pág. 43 e segs.

trabalhadores, o *comité de empresa* é o órgão de representação de todos os empregados⁽²⁶⁸⁾. O artigo 871 do estatuto confere-lhe, ademais, o direito de celebrar contratos coletivos que abrangem todos os empregados da empresa. O sistema norte-americano não está tão longe dos padrões da Europa continental quanto se pensa comumente: o sindicato que conquista a maioria dentro da "*bargaining unit*" passa a ter o direito de falar por todos os empregados registrados e de celebrar contratos coletivos⁽²⁶⁹⁾.

Como se explica essa evidente contradição de apreciação? Não basta alegar apenas que se trata de uma tradição de décadas. É de supor-se que exista sobretudo um interesse da parte dos empregadores numa representatividade ampliada a nível de empresa, mesmo que seja só pelo fato de que um grande número de interlocutores costuma complicar as negociações, além de poder provocar agitação na empresa. O *auto-isolamento* de um grande número de empregados poderia trazer também problemas de coordenação evitáveis. Restringindo a representação dos interesses ao âmbito da empresa, garante-se também que a *força adversária* fique circunscrita a certos limites: como todos os membros são ao mesmo tempo empregados da empresa, permanece, apesar de todos os dispositivos de proteção contra demissão, uma certa dependência do empregador⁽²⁷⁰⁾. Na Alemanha se existe, além disso, o comprometimento com o bem da empresa, a obrigação de contribuir para um clima de entendimento mútuo e a proibição de conculcar a conflito trabalhista⁽²⁷¹⁾. As conseqüências seriam outras se fosse atribuído um *mandato universal* dessa natureza também ao sindicato. A inclusão daqueles que se pronunciam contra a organização resultaria, pelo menos, num aumento substancial do volume de contribuições, ampliando-se, portanto, o raio de ação. Isso certamente não interessaria ao empregador. Para os sindicatos, o estado atual das coisas não deixa de ser aceitável, porque amplia de fato a sua base nas empresas.

(268) Sobre direito comparado ver Avilés, *Ojeda*, "Derecho sindical", 1986, pág. 226 e segs.

(269) Quanto ao desenvolvimento mais recente, *Lecher*, *WSI-Mitt.* 1986, 430 e segs.; *Rosenberg*, *idem*, 1986, 439 e segs.

(270) Com esse argumento, BAG, "AP" art. 242 BGB (aposentadoria), n. 142, justifica o controle judicial da equidade frente aos acordos a nível de empresa.

(271) Sinopse e crítica em *Däubler*, *W.*, "Arbeitsrecht 1", pág. 349 e segs.

O questionamento dessa posição privilegiada do âmbito empresarial dentro do direito alemão continua muito reduzido⁽²⁷²⁾. Algumas tentativas no sentido de proteger o direito das minorias na sistemática eleitoral e na composição das comissões do conselho de representação⁽²⁷³⁾ colidiram com as objeções dos sindicatos e dos empregadores⁽²⁷⁴⁾. A resistência dos sindicatos é até compreensível, uma vez que eles temem o confronto infrutífero nas *trincheiras* do conselho, lembrando que do outro lado da mesa, isto é, na assembléia dos sócios ou no conselho de administração, também é dada preferência a uma ação unida, desprezando-se os direitos de eventuais minorias. Importância maior deve ser atribuída à oposição das agremiações patronais que precisam de um interlocutor operacional e confiável, de acordo com o que ficou exposto acima⁽²⁷⁵⁾.

4. A Garantia de Formas de Ação Coletiva

A ação coletiva que visa melhorar as condições de trabalho e econômicas entra freqüentemente em conflito com as normas gerais do direito civil. Na República Federal da Alemanha, como aliás em outros países comparáveis, essas normas têm que ceder até um certo ponto, só que esse ponto sempre foi variável, conforme a época, e poderá variar também no futuro.

4.1. Os Princípios Praticados Até Hoje

Os preparativos e a realização de negociações são dirigidos contra os interesses econômicos imediatos do empregador ou, por vezes, até contra sua autoridade tida como abrangente. Neste sentido, as obrigações decorrentes de contratos trabalhistas necessitam de algum tipo de correção, pois a *fidelidade* e a atenção para

(272) *Richardi*, "Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses", 1968, pág. 277 e segs.

(273) *BT-Dr 10/3384* e, atualmente, *BT-Dr 11/2503*. Ver *Schneider, Wolfgang*, "AiB" 1988, 164.

(274) *Hanau*, "Die juristische Problematik des Entwurfs eines Gesetzes zur Verstärkung der Minderheitenrechte in den Betrieben und Verwaltungen", 1986, pág. 7 e segs.; *Richardi*, "AuR" 1986, 33 e segs.; *Däubler, W.*, ob. cit., "AiB" 1986, 99 e segs. A crítica do lado patronal se manifestou sobretudo na audiência da comissão de trabalho e ordem social da Câmara Federal, realizada em 1986.

(275) Mais detalhes sobre as modificações da estrutura da representação nas empresas, em *Däubler, W.*, ob. cit. "Travail et Emploi", 1988, 66.

com os interesses do empregador⁽²⁷⁶⁾ se vêem limitadas pelo direito de resguardar os próprios interesses. *Giugni* ressalta com toda a razão que não pode haver coexistência duradoura entre o direito contratual cooperativo e o direito coletivo de trabalho que pressupõe a existência de conflitos⁽²⁷⁷⁾. Apesar de o sistema de contratação coletiva ser garantido pela Constituição, não se dá, no direito alemão, nenhuma prioridade às disputas conflituosas; houve, de fato, uma redução do dever de *fidelidade* em tempos mais recentes⁽²⁷⁸⁾, mas fica proibido ao empregado individual fazer *ataques subjetivos* contra o empregador⁽²⁷⁹⁾.

Os contratos coletivos negociados pelo sindicato com os representantes do empregador e os acordos a nível de empresa negociados pelo conselho dos empregados e a direção da empresa prescrevem um padrão mínimo uniforme. O contrato de trabalho individual só pode divergir desses instrumentos a favor do empregado, jamais em seu prejuízo. Este princípio de favorabilidade funciona como porta de entrada para todo tipo de acordo especial, uma espécie de concretização do individualismo em forma de direito trabalhista. Quanto ao efeito, os contratos coletivos funcionam como uma lei de proteção garantida pelo Estado. A estranheza que uma tal *legislação* particular constitui para o sistema jurídico-civil tem provocado um grande número de tentativas de explicação que carecem, no entanto, de qualquer importância prática⁽²⁸⁰⁾. Graças à regulamentação legal expressa no art. 41 da lei de contratação coletiva e no art. 77, IV, 1 da Lei Constitucional de Empresa, não existem divergências quanto ao princípio da obrigatoriedade como tal do resultado.

A greve suspende os direitos e deveres decorrentes do vínculo empregatício⁽²⁸¹⁾. O mesmo vale, segundo a jurisprudência, pa-

(276) Quanto à crítica do conceito tradicional de uma relação de direito particular baseada na fidelidade mútua, Ver obra recente de *Kempff*, "Grundrechte im Arbeitsverhältnis", 188.

(277) *Giugni*, "Il diritto del lavoro degli anni 80", "DLRI" 15 (1982), pág. 384.

(278) Sentença histórica em BAG (GS), "AP" art. 102 da lei do estatuto das empresas de 1972 (Continuidade do vínculo empregatício), n. 7 (ver C12b).

(279) BAG, "AP" art. 9º da Constituição Federal, n. 10. Sobre a proibição de ataques subjetivos tb. BAG, Betr 1978, 894.

(280) Ver p. ex. *Hinz*, "Tarifhoheit und Verfassungsrecht. Eine Untersuchung über die tarifvertragliche Vereinbarungsgewalt", 1971.

(281) Mais detalhes com *Colneric*, em: *Däubler, W.*, ob. cit., "Arbeitskampfrecht", 1987, num. marginal 547 e segs. com mais referências.

ra o *lockout* legal praticado pelo empregador⁽²⁸²⁾. O Tribunal Federal do Trabalho derivou este princípio originalmente da natureza coletiva da conflito trabalhista⁽²⁸³⁾; de acordo com a interpretação de hoje, deveria ser mencionado o necessário pressuposto funcional do direito de greve assegurado pela Constituição. Também neste ponto existe unanimidade quanto ao resultado; a Corte de Justiça Européia decidiu apropriadamente que a suspensão do pagamento dos salários durante o período de greve corresponde a um princípio jurídico geral dos países-membros da CE⁽²⁸⁴⁾.

Os direitos de co-gestão do conselho de representantes dos empregados também não se encaixam sem mais nem menos no sistema contratural tradicional. Se o empregador passar por cima das decisões do conselho de representantes, as medidas tomadas por ele unilateralmente não terão obrigatoriedade jurídica para os empregados⁽²⁸⁵⁾. Esta regra se aplica também nos casos em que o contrato de trabalho individual permite a determinação. Mesmo através de mudança consensual dos contratos de trabalho não é possível contornar o direito de co-gestão; assim, por exemplo, o conselho dos representantes conserva seus direitos por força do art. 871, n. 2, da Lei Constitucional de Empresa, mesmo que o empregador combine com todos os funcionários de um determinado setor que o trabalho seja antecipado das 8 para as 7 horas⁽²⁸⁶⁾. Existe, no entanto, uma certa exceção quando um candidato é contratado sem o consentimento do conselho de representantes exigido pelo art. 99 da Lei Constitucional de Empresa; neste caso, é válido o contrato de trabalho, mas o início efetivo da atividade depende das condições estabelecidas pelo art. 100 da lei que acabamos de citar⁽²⁸⁷⁾.

4.2. A Forma Rudimentar de uma Ordem Coletiva

Apesar de serem inquestionáveis os quatro princípios descritos, não existe clareza quanto ao seu alcance. Há divergências, por

(282) Wolter, em: *Idem*, num. marginal 1051 e segs.

(283) BAG, "AP" art. 9º da Constituição (conflito trabalhista), n. 1.

(284) EuGH, "AuR", 1976, 220.

(285) Esta é a posição da jurisprudência e a opinião predominante na literatura. Referências em *Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither*, "BetrVG", 15ª. ed., 1987, art. 23; *Hess-Schlochauer-Glaubitz*, "BetrVG", 3ª ed. (1986), art. 87, num. marginal 74.

(286) Referências em *Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither*, ob. cit., art. 87, num. marginal 19.

(287) BAG, Betr 1981, 272.

exemplo, a respeito de seu objeto preciso. As opiniões divergem quando se trata de definir o que seja regulamentável por contrato coletivo e o que diz respeito, portanto, a negociações e greves⁽²⁸⁸⁾. É certo que a deposição do trabalho só é considerada legítima pela justiça quando visa o estabelecimento de um novo contrato coletivo, pressupondo-se, naturalmente, que se tenha esgotado antes o prazo para entendimentos pacíficos⁽²⁸⁹⁾. Neste ponto continuam existindo diferenças gritantes entre o direito francês, italiano e espanhol, por exemplo⁽²⁹⁰⁾. A extensão dos direitos de co-gestão do conselho de representantes também costuma provocar controvérsia⁽²⁹¹⁾, apesar da relativa precisão de sua regulamentação legal, bem menos polêmica que os direitos de conflito trabalhista. Sobre tudo em relação a novas tecnologias, o Poder Judiciário costuma praticar uma interpretação bastante larga⁽²⁹²⁾, compensando desta maneira a falta de um direito imediato de greve.

Não menos importante que essas limitações externas do sistema de ação coletivo é sua forma interna. O que existe nada mais é que uma armação grosseira. As lacunas são simplesmente preenchidas pelo recurso ao direito civil geral, como se se tratasse da coisa mais natural do mundo. Vejamos dois exemplos:

No decorrer das "lutas" trabalhistas surgem freqüentemente acordos e declarações cuja adequação ao Código Civil causa muitas dificuldades. Assim a declaração de um *lockout*, por exemplo, é feita à direção da greve na empresa que pode ter sido eleita ou ins-

(288) Entre eles estão p. ex. *Däubler, W.*, "Das Grundrecht auf Mitbestimmung", 1976, pág. 300 e segs.; *Jahnke*, "Tarifautonomie und Mitbestimmung", 1984, pág. 74 e segs.; *Runggaldier*, "Kollektivvertragliche Mitbestimmung bei der Arbeitsorganisation und Rationalisierung", 1983, pág. 261 e segs.; *Wiedemann*, "RdA", 1986, 231 e segs.

(289) BAG, "AuR" 1986, 220.

(290) Na prática, é possível que as diferenças desapareçam quando os empregados, por medo de perder o emprego, em respeito à empresa, ao empregador ou por falta de intimidade com o fenômeno da "greve", desistem da deposição do trabalho. Numa situação destas, os direitos de co-gestão, juridicamente consolidadas no sistema alemão, podem até dar uma proteção mais ampla do que a garantia geral do direito de greve.

(291) Ver p. ex. os compromissos sociais em caso de divisão de empresas. A esse respeito, ver *Hüper*, "Der Betrieb im Unternehmerzugriff", 1986, pág. 257 e segs.; *Blanke-Blanke et al.*, "Arbeitnehmerschutz bei Betriebsaufspaltung und Unternehmensstellung", 1987, pág. 115 e segs. com mais referências.

(292) Sinopse em *Däubler, W.*, ob. cit., "Gläserne Belegschaften? Datenschutz für Arbeiter, Angestellte und Beamte", 1987, pág. 175 e segs.; Visão crítica em *Ehmann*, "ZfA", 1986, 357 e segs.

tituída pelo sindicato⁽²⁹³⁾. Pode um órgão dessa natureza ser o destinatário adequado de uma declaração que acaba suspendendo um grande número de empregos? Seria este o canal apropriado para oferecer aos empregados mudanças em seus contratos de trabalho? Como qualificar os arranjos que determinam a garantia dos serviços essenciais e de manutenção? As propostas de solução não seguem um modelo comum: enquanto as declarações endereçadas à direção da greve são subordinadas às normas do Código Civil sobre acesso e autorização⁽²⁹⁴⁾, entende-se o acordo sobre serviços essenciais como um contrato coletivo *sui generis* cuja natureza jurídica continua bastante discutida⁽²⁹⁵⁾. Mas, quando a greve infringe a cláusula de paz (dever de entendimento pacífico na vigência de um contrato coletivo) ou outros pressupostos legais, esquece-se repentinamente o *ente coletivo*. Tanto o sindicato organizador quanto os empregados individualmente respondem plenamente pelas indenizações devidas; o direito à atividade empresarial constituída e exercida, baseada no art. 823, I do Código Civil, é considerado violado da mesma maneira como se houvesse depreciação malévola dos produtos pelo concorrente ou interrupção do abastecimento de energia por sabotagem⁽²⁹⁶⁾. A consequência é que um único indivíduo pode vir a ser responsabilizado por prejuízos em milhões⁽²⁹⁷⁾. Por vezes se reconhece a questionabilidade de tal resultado, mas a solução encontrada se baseia regularmente em recursos *adaptados* do direito civil, como por exemplo no argumento da ignorância de uma proibição⁽²⁹⁸⁾. Dificilmente chega-se a encarar seriamente a idéia muito mais óbvia de desenvolver uma sistema de responsabilidades que poderia conter diferentes medidas de responsabilização e riscos de responsabilidade diversificados para sindicatos e indivíduos⁽²⁹⁹⁾.

(293) A esse respeito, *Wolter*, em: *Däubler, W.*, ob. cit., "Arbeitskampfrecht", num. marginal 250 e segs.

(294) A esse respeito, ver *Colneric*, em: *Däubler, W.*, ob. cit., "Arbeitskampfrecht", num. marginal 564; visão crítica em *Wolter, idem*, num. marginal 978 com mais referências.

(295) Ver p. ex. *Oetker*, 1984, pág. 68 com mais referências.

(296) BAG, "AP" art. 9º da Constituição (conflito trabalhista), n. 32, 33.

(297) Sinopse em *Däubler, W.*, "Arbeitsrecht I", pág. 284 e segs. com mais referências.

(298) BAG, "AP" art. 9º da Constituição (conflito trabalhista), n. 58; BAG, "NZA" 1984, 34.

(299) Ver p. ex. o direito sueco: *Schmidt, Folke*, "Law and Industrial Relations in Sweden", 1977, pág. 212 e segs.

Chega-se, então, à conclusão de que o direito coletivo do trabalho continua sendo tratado como "exceção"; nos casos em que a lei é omissa ou em que o indivíduo até se coloca fora dos trilhos assentados, volta-se à *regra*, isto é, ao direito civil geral. Desta maneira, o *coletivismo* se processa por assim dizer na superfície — numa fina camada de direitos conquistados pelo movimento operário que mal e mal conseguem encobrir a rocha liberal subjacente.

4.3. Direito do Trabalho Autônomo ou Volta ao Código Civil?

4.3.1. A importância do problema

O estado precário e incerto do direito coletivo do trabalho facilita o seu desmonte. No fundo, basta retirar do contrato coletivo seu caráter obrigatório⁽³⁰⁰⁾ para fazer ruir toda a estrutura de procedimentos de negociação, direito de contratos coletivos e conflito trabalhista. Que sentido teria uma greve por causa de um contrato coletivo não obrigatório? Quem se disporia a fazer sacrifícios por ele? Na literatura se argumenta com toda a razão que tal solapamento da autonomia de contratação coletiva violaria a garantia de coalizão do artigo 9º, III da Constituição Federal⁽³⁰¹⁾; a acentuada juridicidade do sistema alemão de relações industriais funciona como uma espécie de barreira contra a recaída no individualismo de mercado⁽³⁰²⁾. Duvido que seja possível afirmar o mesmo em relação às tentativas de reinterpretar as relações de trabalho como relações societárias⁽³⁰³⁾. Um baluarte de defesa de igual jaez falta sobretudo naqueles países que não dispõem de uma Constituição escrita ou de uma jurisdição constitucional estabelecida. Aqui se coloca com toda crueza a pergunta se não foi uma grave omissão renunciar à institucionalização de um sistema jurídico-trabalhista autônomo. Se o direito do trabalho constituisse matéria própria, equidistante tanto do direito pú-

(300) A respeito das reivindicações correspondentes, nota 7.

(301) *Herschel*, "AUR" 1981, 266; *Wiedemann*, em: *Beuthien*, ob. cit., "Arbeitnehmer oder Arbeitsteilhaber?", pág. 157; *Däubler*, *W.*, ob. cit., "Arbeitsrecht I", pág. 107.

(302) Quanto à situação na Grã-Bretanha, totalmente diversa, ver *Wedderburn*, ob. cit., "Labour Law: From here to autonomy?", "ILJ" 16 (1987), pág. 1 e segs.

(303) Visão crítica de *Lieb*, em: *Beuthien*, ob. cit., "Arbeitnehmer oder Arbeitsteilhaber?" pág. 44 e segs.; *Scholz*, "Aufgaben der Koalitionen in einer sich fortentwickelnden Unternehmensrechtsordnung", ob. cit., pág. 165.

blico quanto do civil, seriam aplicados os seus princípios gerais e não os do Código Civil quando houvesse revogação de determinações isoladas ou de normas desenvolvidas pelo Judiciário. Nem seria possível desmerecer normas de proteção trabalhista pelo recurso mais ou menos formalista ao direito civil, como aconteceu na França⁽³⁰⁴⁾ e na Grã-Bretanha⁽³⁰⁵⁾. O que nos impede de recuperar as oportunidades perdidas, dando a nossa pequena contribuição jurídica à manutenção de estruturas testadas?

4.3.2. Peculiaridades Reconhecidas do Direito do Trabalho

Mesmo fora dos sistemas coletivos descritos, o direito do trabalho já possui hoje muitos aspectos específicos. O fato elementar de que o resultado do trabalho pertence ao empregador pode ser deduzido da norma de beneficiamento do art. 950 do Código Civil⁽³⁰⁶⁾. No direito contratual trabalhista é hoje raro o recurso às regras estabelecidas na parte geral e no direito geral das obrigações⁽³⁰⁷⁾. Em casos de atentado contra a lei e vício de consentimento estabelece-se, de fato, um vínculo empregatício que só poder ser desfeito em relação ao futuro⁽³⁰⁸⁾, e a autorização do contrato de trabalho se estende, para além do art. 113 do Código Civil, também à filiação sindical⁽³⁰⁹⁾; em caso de nulidade de uma parte do contrato de trabalho, continua em vigor, no entanto, o restante, contra o art. 139 do Código Civil⁽³¹⁰⁾. Com a doutrina do risco empresarial e econômico, é constituído um novo aspecto do direito interrupção de serviços, sem consideração dos arts. 323, 615 do Código Civil⁽³¹¹⁾, reconhecendo-se as regras da responsabilidade do empregado como sistema

(304) Ver a respeito *Lyon-Caen, G.*, "Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail", *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (1974), 229 e segs.

(305) *Wedderburn*, ob. cit., pág. 13 e segs.

(306) Sinopse da discussão em *Däubler, W.*, ob. cit., "Arbeitsrecht II", 1986, pág. 93s. Quanto aos debates na época de Weimar, ver *Sinzheimer*, "Arbeitsrecht und Rechtssoziologie I", pág. 423 e segs.

(307) Ver a respeito *Gamillscheg*, "AcP", 176 (1976), 197 e segs.

(308) Ver a respeito, p. ex. *Söllner*, "Grundriss des Arbeitsrechts", pág. 17; *Zöllner*, "Arbeitsrecht", pág. 125 e segs.

(309) *Scholz*, em: *Mauritz-Dürig-Herzog-Scholz*, "Grundgesetz", Stand 1987, art. 9, num. marginal 177 com mais referências.

(310) BAG, "AP" art. 139 DGB n. 2. Detalhes em *Däubler, W.*, ob. cit., "Arbeitsrecht II", pág. 126.

(311) BAG, "AP", art. 615, BGB (Risco empresarial), n. 2, 14.

próprio⁽³¹²⁾. Respeitando o art. 855 do Código Civil, ficaria reservada ao empregador a posse direta das instalações do trabalho⁽³¹³⁾, mas deve-se observar que o Tribunal Constitucional Federal aprovou os direitos de inspeção da superintendência das indústrias com a argumentação de que o grau de particularidade de uma fábrica é menor que a de uma habitação protegida pelo artigo 13 da Constituição⁽³¹⁴⁾. O empregado pode invocar os direitos fundamentais que lhe garante a Constituição⁽³¹⁵⁾, o que não é admitido na mesma proporção nas relações entre outros cidadãos.

Poderíamos estender mais a lista de peculiaridades, mas isso não significa, em casos isolados, não se possa recorrer às normas de outras áreas do direito, contanto que se enquadrem nas estruturas do direito do trabalho. Seria uma forma de isolacionismo absurdo, que ninguém poderia pretender seriamente, fechar-se aos resultados do trabalho de outras disciplinas, deixando de tomar conhecimento de suas experiências e propostas de soluções⁽³¹⁶⁾. A prática habitual já costuma dirigir o olhar não só ao direito civil (assimilando, por exemplo, a doutrina das obrigações acessórias decorrentes da boa-fé⁽³¹⁷⁾), como incluindo também o direito público. Assim se pode explicar, por exemplo, o fato de uma contestação vitoriosa das eleições do conselho dos representantes só ter efeito futuro⁽³¹⁸⁾, fazendo um paralelo com problemas semelhantes em eleições políticas. E a *interpretação objetiva* de contratos coletivos e acordos internos⁽³¹⁹⁾ tem sua origem na convivência com leis e estatutos. Finalmente, a figura corriqueira da *proibição de penas excessivas*⁽³²⁰⁾ foi desenvolvida nas relações entre o cidadão e o Estado⁽³²¹⁾.

(312) Em princípio tb. em *BVerfGE* 34, 118 (131). Mais detalhes em *Däubler, W.*, "NJW" 1986, 867 e segs.

(313) Esta questão adquiriu importância especial por ocasião das ocupações de empresas. Ver a respeito *Derleder*, "BB" 1987, 818; *Loritz*, *Betr* 1987, 223.

(314) *BVerfGE* 32, 54, pág. 2.

(315) Ver ultimamente *Kempff*, ob. cit.

(316) *Richard*, "ZfA" 1974, 21 ("Riqueza de idéias jurídicas consolidadas"), mas o autor extrapola nas consequências no sentido de uma integração de direito do trabalho e civil. Mais reservado se mostra *Lyon-Caen, G.*, ob. cit., pág. 230 e segs.

(317) BAG (GS), "AP" art. 102 *BetrVG* 1972 (continuidade do vínculo empregatício), n. 7.

(318) *Fitting-Auffarth-Kaiser-Helther*, ob. cit., "Betriebsverfassungsgesetz", art. 19, num. marginal 36 com mais referências.

(319) Sobre contratos coletivos, ver p. ex. BAG, *Betr* 1985, 130; sobre acordos a nível de empresa BAG, "AP" art. 52 *BetrVG* 1952, n. 3.

(320) Ver p. ex. *Blomeyer*, "Festschrift 25 Jahre BAG", 1979, pág. 17 e segs.; BAG, "AP" art. 9º da Constituição (conflito trabalhista), n. 64.

(321) Outras incorporações do direito público em *Gamillscheg*, "AcP" 176 (1976), 199.

4.3.3. Razões para o Reconhecimento de uma Área de Direito à Parte

Seria tudo isso suficiente para aceitar de imediato a existência de uma área autônoma do sistema jurídico, estruturada de acordo com seus princípios específicos? Poderíamos estar tentados a responder positivamente a esta pergunta pelo simples fato de o grande número de divergências do Código Civil (e às vezes também de princípios gerais do Direito Administrativo⁽³²²⁾) ter provocado uma mudança qualitativa; a regra que justifica a ligação ao Código Civil tem-se tornado uma única grande exceção. O caminho difícil da enumeração e avaliação das divergências (o que é mais importante para a existência de um contrato de trabalho, o *vínculo de fato* ou a manutenção dos arts. 145 e seguintes do Código Civil?) não precisa ser seguido necessariamente. Também a maior segurança jurídica que se poderia esperar de uma expurgação da *confusão* atual⁽³²³⁾ não é de importância decisiva. Há critérios muito mais decisivos a serem considerados.

Por um lado, o direito do trabalho vigente tem outras finalidades que o direito civil. Assumindo os interesses emancipatórios do movimento operário, estabelece condições mínimas para a troca da força de trabalho contra salário. Neste sentido, sua função é de proteção. Mas esta não é sua única finalidade. Ao lado da citada existem normas que delimitam o poder dos sindicatos, procurando evitar sobretudo qualquer *risco para o sistema*, o que pode ser exemplificado pela proibição de deposição espontânea do trabalho, mas também pela vinculação do conselho dos representantes tanto aos interesses dos empregados quanto ao bem da empresa⁽³²⁴⁾, ou pela fixação das partes contratantes *numa ordem sensata e numa vida de trabalho pacífica*⁽³²⁵⁾. Estas finalidades não podem ser integradas ao direito civil tradicional, cuja função ordenadora se limita a estabelecer as condições gerais de comportamento no mercado.

(322) Assim, a fiscalização industrial costuma ouvir o conselho dos representantes ou o sindicato mesmo que não existam fundamentos jurídicos explícitos para isso.

(323) Com isso, poderia ser atendido, a meu ver, pelo menos em parte a perícia de Blomeyer ("NZA" 1988, suplement. 1). Mas há quem tema prejuízos para as garantias jurídicas, como p. ex. Trinkner-Wolfer, "BB", 1986, 5.

(324) Art. 21 da lei do estatuto das empresas.

(325) A formulação em BVerfGE 18 (27) e BVerfGE 50, 290 (370); de uma ordem sensata da vida de trabalho falam BVerfGE 4, 96 (107) e BVerfGE 50, 290 (367).

Por outro lado, só uma parte das normas jurídico-trabalhistas se refere à figura abstrata do proprietário de uma mercadoria. Enquanto, de um lado, as regras formais de contratação e demissão ainda obedecem a uma concordância estrutural, já não se pode afirmar o mesmo do Direito de Segurança do Trabalho, que não visa proteger um mero indivíduo abstrato de danos para sua saúde, pois seu objeto de proteção é a saúde do indivíduo concreto na situação de trabalho. Este fato tem conseqüências para a estrutura das normas jurídicas: enquanto o direito civil tradicional podia limitar-se a normas gerais e abstratas, uma vez que precisava atender somente a algumas poucas *caraterísticas*, como capacidade civil plena, ausência de vícios de consentimento etc., é outra a missão do direito de segurança do trabalho: os riscos de saúde numa indústria química são obviamente outros que numa metalúrgica ou no setor de serviços. Por isso, se faz necessária a descentralização no estabelecimento de normas que podem chegar a regras de comportamento específicas para fábricas ou departamentos. Ao lado disso, acontece uma certa coletivização pelo fato de se lidar com homens concretos: como a pessoa não existe na empresa como proprietário isolado de uma mercadoria, mas como elemento participativo em um contexto de divisão do trabalho, só pode haver mudança de sua situação através de uma ação conjunta⁽³²⁶⁾. Não é possível dar conta desta nova forma de direito recorrendo tão-somente às categorias do Direito Civil, em especial da doutrina do ato jurídico; para confirmar isso, basta lembrar dificuldades como a classificação jurídica exata de fatos ligados aos estatutos sociais das empresas, como a mudança de emprego.

Em terceiro lugar existe o fato de constar da própria Constituição a decisão por um direito do trabalho autônomo. Isto é confirmado pelas diferentes competências legislativas no artigo 74, n. 1, da Constituição em relação ao *Direito Civil* e no artigo 74, n. 12, em relação ao *direito do trabalho inclusive no tocante à constituição das empresas, da segurança e do agenciamento do trabalho*, como também pela garantia de uma Justiça do Trabalho autônoma⁽³²⁷⁾. Des-

(326) *Sinzheimer*, ob. cit., "Das Weltbild des bürgerlichen Rechts", 1932, reimpresso em: *idem*, "Arbeitsrecht und Rechtssoziologie", vol. 2, pág. 313 e segs. Idéias semelhantes em *Ghezzi-Romagnoli*, pág. 1.

(327) Sobre a relação entre a existência de um setor judicial específico e a autonomia do direito do trabalho discorre amiúde *Wedderburn*, "ILJ" 16 (1987), 16 e segs.

de cedo, o Tribunal Constitucional concluiu daí que havia uma *jurisdição própria e autônoma ao lado do Direito Civil*⁽³²⁸⁾. Até mesmo o direito de alocação de serviços do Código Civil estaria em grande parte *excluído e modificado*⁽³²⁹⁾; o Direito do Trabalho estaria totalmente separado do direito particular, constituindo-se em área jurídica *sui generis*⁽³³⁰⁾.

O próprio legislador entendeu assim a situação e o diz de modo aparentemente indireto quando determina no art. 3º, II da lei de formação profissional que se deve aplicar ao contrato de treinamento profissional "*as normas jurídicas e os princípios jurídicos que valem para o contrato de trabalho (grifo nosso)*". Por que as ciências jurídicas não tiram finalmente as devidas conclusões destes fatos⁽³³¹⁾?

5. Priorização dos Contratos Coletivos Frente aos Direitos Individuais?

As possibilidades de ação coletiva descritas até agora não se mostravam problemáticas na perspectiva dos empregados. Um padrão mínimo abre muitas ou, às vezes, até todas as possibilidades de adaptação à respectiva situação especial. Um conflito real entre indivíduo e coletivo só começa a surgir quando as partes do contrato coletivo, agindo conjuntamente, podem dispor dos direitos do indivíduo ou impor-lhe obrigações adicionais. Não seria esse o ponto em que se ultrapassa o limite do tolerável, já que o indivíduo

(328) BVerfGE 7, 342 LS 2.

(329) BVerfGE 7, 342, 350.

(330) BVerfGE 7, 350 (351). A sentença foi confirmada ultimamente por BVerfGE, "NZA" 1988, 355 = Betr 1988, 709 (sob CI2).

(331) *Gamillscheg*, "AcP" 1976 [1976], 199 faz referência à preocupação subliminar de muitos autores de que poderia haver um risco para uma das colunas de nossa ordem liberal livre. Em outros países parece haver mais serenidade, de modo que não há problemas para reconhecer um direito especial. Na Suíça p. ex. *Rehbinder*, "Schweizerisches Arbeitsrecht", 1986, pág. 15; na Áustria *Mayer-Maly*, "Österreichisches Arbeitsrecht I", 1987, pág. 12s.; na França, ao lado do artigo de *Lyon-Caen*, G. ob. cit., *Collin-Dhoquois, et al.*, "Le droit capitaliste du travail", 1980, pág. 21. Na autonomia do direito do trabalho insiste tb. *Krotoschin*, "Institutiones de derecho del trabajo", 1968, pág. 5. *Giugni*, "Diritto del Lavoro", "DLRI" n. 1 (1979), págs. 40/41 chama a atenção para a possibilidade de superar a oposição entre direito do trabalho e direito civil pela transformação deste último paralelamente ao direito do trabalho. A questão parece mais controvertida na Grã-Bretanha. Ver especialm. *Wedderburn*, ob. cit., e *Mather*, ob. cit.

passa a ser colocado sob uma espécie de tutela social, contra a qual ele tem todo direito de insurgir-se? Não aparece aí o lado avesso da autonomia do direito do trabalho que insere o indivíduo num outro sistema sem oferecer-lhe as condições para influenciá-lo efetivamente⁽³³²⁾? O direito do trabalho alemão trata dessa problemática sob os itens vinculação aos direitos básicos e prioridade dos direitos contratuais individuais.

5.1. Vinculação a Direitos Básicos do Empregado

De acordo com a jurisprudência constante do Tribunal Federal do Trabalho, também as partes de um contrato coletivo ou de um acordo a nível de empresa precisam respeitar os direitos básicos dos respectivos empregados⁽³³³⁾. A importância prática desse princípio é muito grande quando se trata de direitos não limitáveis, como é o caso do princípio de igualdade de direitos de que fala o artigo 3º, II da Constituição. Nos anos 50, por exemplo, foram declaradas nulas as cláusulas de "redução salarial" que oprimiam as mulheres⁽³³⁴⁾. Menos clara é a situação no caso dos direitos limitáveis, como por exemplo a liberdade profissional, a liberdade de opinião ou o sigilo telefônico. Intervenções permitidas pela Constituição ao legislador são admissíveis também, *mutatis mutandis*, nas partes contratantes. Assim pode haver uma limitação substancial de emprego subsidiário e, com isso, da escolha de uma segunda profissão⁽³³⁵⁾. Em princípio, o contrato coletivo pode ampliar também o dever de lealdade para com o empregador⁽³³⁶⁾. Muito precária se revela a situação do empregado em relação ao registro de seus telefonemas. De acordo com a jurisprudência mais recente do Tribunal Federal do Trabalho deve ser respeitada neste contexto apenas a "decisão valorativa" que fundamenta o sigilo telefônico no artigo 10 da Consti-

(332) *Richardi*, "ZfA", 1974, 13, que adverte contra o conceito da ordem concreta da comunidade empresarial desenvolvido durante o fascismo, já que esta se sobrepõe a uma forma autônoma particular do sistema jurídico, chegando até a esmagá-la.

(333) BAG, "AP" art. 3º da Constituição (contratos coletivos); BAG, "AP" art. 3º da Constituição — n. 28 (acordo de empresa). Há controvérsia quanto ao respeito devido aos direitos fundamentais dos empregadores, mas a maioria aprova uma resposta positiva. *Berg-Wendeling-Schröder-Wolter*, "RdA", 1980, 309.

(334) BAG, "AP" art. 3º da Constituição, n. 4.

(335) BAG, "AP" art. 12 da Constituição, n. 6; BAG, *Betr* 1971, 581; 1977, 544.

(336) Que se diferencie o alcance do dever de fidelidade política de acordo com a respectiva função.

tuição; o indivíduo precisa, eventualmente, aceitar medidas que seriam inadmissíveis nas relações entre o cidadão e o Estado, como por exemplo a gravação automática do início e do fim de um telefonema feito no posto de trabalho, do número discado etc.⁽³³⁷⁾. Neste particular seria desejável uma proteção mais efetiva da pessoa frente ao empregador; este só deveria ser autorizado a imiscuir-se na esfera particular do empregado se isto fosse indispensável no interesse de um bem legal superior⁽³³⁸⁾. Ao menos o princípio está correto: a empresa não deve ser uma zona de liberdades rarefeitas.

5.2. Respeito aos Direitos Contratuais?

Muito mais controvérsia tem provocado nestes últimos anos a questão se os direitos do contrato de trabalho podem ser limitados ou cancelados pelo contrato coletivo ou por acordo a nível de empresa. Durante o período de crescimento econômico, em muitos casos os empregadores tinham concedido a seus empregados diversos benefícios, que iam desde refeições subsidiadas até aposentadoria complementar. Via de regra utilizavam-se de *diretrizes* unilaterais, de *regulamentos de gratificações* etc., dos quais os contratos de trabalho faziam menção expressa ou tácita. No início dos anos 80 surgiu então o problema de como reduzir essas posições de efeito jurídico da maneira mais fácil possível, para adequá-las à nova situação econômica adversa. De acordo com a jurisprudência original do Tribunal Federal do Trabalho, seria o acordo a nível de empresa o meio mais adequado para tal fim, pois através dele podiam ser modificadas as *regras contratuais uniformes* às custas dos empregados, excetuando-se tão-somente as *cláusulas individuais* que tinham sido objeto de negociação efetiva ou que se referiam a peculiaridades de casos isolados⁽³³⁹⁾.

A justificativa era estereotipada. O Tribunal Federal do Trabalho baseou-se inicialmente num *princípio de ordem* que carecia de explicação mais detalhada; a ordem coletiva estabelecida pelo contrato uniforme devia ser substituída por uma nova a ser fixada por

(337) BAG, "EzA", art. 87 BetrVG 1972 (instituição de controle), n. 16.

(338) Quanto à concretização desse princípio na área da proteção dos dados do empregado, Däubler, W., ob. cit., "Gläserne Belegschaften?", pág. 60 e segs.

(339) Síntese em BAG, AP art. 242 DGB (aposentadoria), n. 142.

um acordo a nível de empresa⁽³⁴⁰⁾. Mais tarde, o tribunal passou a basear-se no assim chamado princípio de substituição que tinha o mesmo efeito e era justificado essencialmente por considerações de ordem prática⁽³⁴¹⁾.

Depois de longos debates na literatura⁽³⁴²⁾, o *Plenário do Tribunal Federal do Trabalho* modificou em setembro de 1986 a jurisdição praticada anteriormente. Os direitos adquiridos através de contrato de trabalho não podem ser reduzidos por acordos de empresa, nem quando se baseiam em regras estabelecidas em contrato uniforme⁽³⁴³⁾. Em sua argumentação, o tribunal alegou o princípio do mais favorável; os acordos de empresa e os contratos coletivos não podem ter por finalidade reduzir os direitos contratuais dos empregados. Por isso, o empregador deve limitar-se lançar mão dos meios previstos no direito contratual trabalhista, isto é, ele pode fazer uma demissão de modificação (alternativa extremamente difícil no caso de empregados de certa idade protegidos pelo contrato coletivo, de membros do conselho de representantes e de deficientes) ou invocar, em casos extremos, o desaparecimento da base contratual. Aboliu-se assim a *coletivização* dos direitos individuais.

Mesmo assim trata-se de uma sentença com ares de compromisso, porque o *Plenário* admitiu uma exceção importante. Quando não está em jogo a redução e sim a redistribuição de benefícios, permite-se o assim chamado acordo de reestruturação. Isto significa que o empregador que quiser pagar mais incentivos a determinados grupos de empregados pode reduzir os benefícios pagos a outros, contanto que a soma total continue a mesma. Neste sentido, não se garantem plenamente as vantagens do indivíduo; mas o Tribunal Federal do Trabalho pelo menos verifica também nesses casos se não houve uma redução *injusta* dos direitos do grupo prejudicado⁽³⁴⁴⁾.

(340) BAG, "AP", art. 44 (tratado das tropas), n. 11.

(341) BAG, "AP", art. 242 BGB (aposentadoria), n. 142.

(342) Entre as muitas posições, ver especialmente *Blomeyer*, em: "Festschrift für Hilger und Stumpf", ob. cit., pág. 41 e segs.; *Däubler, W.*, ob. cit., "AuR", 1984, 1 e segs.; *Hoyningen-Huene*, "RdA", 1983, 2001 e segs.; *Richardt*, "RdA", 1983, 278 e segs.

(343) BAG, "AuR", 1987, 378 = Betr 1987, 383.

(344) Esta exceção foi criticada unanimemente na literatura. *Ahrend-Förster-Rühmann*, "BB" 1987, suplem. 7, pág. 9; *Belling*, em: *Scholz*, "Wandel der Arbeitswelt als Herausforderung des Rechts", *Hanns-Martin-Schleyer-Stiftung*, 1988, pág. 19 e segs.; *Blomeyer*, Betr 1987, 634 e segs.; *Däubler, W.*, "AuR" 1987, 353 e segs.; *Hayen*, "Betriebsrat" 1987, 158; *Richardt*, "NZA" 1987, 187. Sem crítica ao Plenário: *Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither*, ob. cit., "Betriebsverfassungsgesetz", art. 77, num. marginal 41a — 41c.

Afora essa exceção nem sempre fácil de ser praticada não existe mais nenhuma possibilidade de intervenção coletiva nos direitos contratuais. De modo especial se estabelece que os contratos coletivos e os acordos a nível de empresa não podem dispor de postos de trabalho. Em tese é possível que o empregador e o conselho de representantes cheguem a um entendimento quanto a uma certa redução do número de empregos; mesmo assim continua o indivíduo com o direito de se dirigir à justiça do trabalho para propor uma ação de proteção contra a demissão⁽³⁴⁵⁾. O Tribunal Federal do Trabalho declarou até expressamente ilegal a prática comum de fazer depender os benefícios de um plano social do consentimento do demitido em não propor ação judicial⁽³⁴⁶⁾.

Os critérios de seleção social em caso de demissão também não são propriamente matéria a ser definida nas cláusulas de um contrato coletivo. É verdade que o conselho de representantes pode acertar com o empregador certos *critérios de seleção*, mas estes devem estar de acordo com duas exigências decisivas do direito do Estado: em primeiro lugar deve se dar um peso substancial aos critérios de *idade, tempo de serviço na empresa e número de dependentes*; em segundo lugar deve haver uma avaliação de todas as circunstâncias do caso individual, antes que se pronuncie a demissão, de modo que se exclua qualquer tipo de padronização⁽³⁴⁷⁾. O lado sindical simpatiza com essa jurisprudência porque ela evita que o conselho de representantes tenha que fazer um papel de legitimador de decisões cujas causas ele não teve condições de influenciar.

5.3. Avaliação

Então, o conflito com o *coletivo* está definitivamente decidido a favor do indivíduo? De fato, a jurisprudência deu uma grande contribuição para que os contratos coletivos não se transformassem em instrumentos de intervenção nos direitos individuais e de redução dos benefícios sociais, e para que conservassem sua função de meio de proteção dos empregados e não viessem a ser colocados a servi-

(345) Assim já em BAG, "AP" art. 80 ArbGG, n. 3. Outras referências *idem*, art. 112, 112a, num. marginal 29.

(346) BAG, "NZA" 1984, 53 = Betr 1984, 723.

(347) BAG, "BB" 1984, 671.

ção dos interesses dos empregadores⁽³⁴⁸⁾. Atrás disso encontra-se uma visão correta do direito do trabalho que, em vez de questionar os padrões modestos de proteção oferecidos pelo Direito Civil, deve apoiar sua autonomia justamente na tarefa de criar novas possibilidades de ação na área do trabalho assalariado⁽³⁴⁹⁾. Sob esse aspecto parece também lógico que não se estabeleça por contrato coletivo tetos para salários ou condições de trabalho, como se fazia na República de Weimar⁽³⁵⁰⁾ e ainda hoje se faz na Áustria⁽³⁵¹⁾. Deve ser corrigida também a jurisdição anterior que trata o pedido de demissão conjunta de vários empregados como *greve selvagem*⁽³⁵²⁾. Com a decisão do *Plenário*⁽³⁵³⁾, o princípio do fato mais favorável passa a ter caráter universal.

Em vista da situação jurídica divergente em países comparáveis⁽³⁵⁴⁾, poderiam surgir dúvidas quanto às chances de manter esta forma de proteção individual mesmo em tempos de crise de uma empresa ou de todo um setor. No geral foi positiva a reação da opinião pública especializada diante da decisão do Tribunal Federal do Trabalho⁽³⁵⁵⁾; até mesmo os autores ligados à assessoria jurídica das empresas evitaram críticas mais contundentes⁽³⁵⁶⁾. Ao que tudo indica, há um consenso de que as possibilidades oferecidas atualmen-

(348) Para evitar mal-entendidos, gostaria de realçar que os contratos coletivos existentes podem ser substituídos, naturalmente, por outros piores. O mesmo se aplica aos contratos de empresa, só que, nestes casos, a justiça do trabalho exerce um controle de equidade.

(349) Mais detalhes em *Däubler, W.*, ob. cit., "AuR", 1987, 354s., onde se mencionam também formas mais avançadas de coletivização.

(350) A respeito deste ponto, *Nipperdey*, "Beiträge zum Tarifrecht", 1924, pág. 8.

(351) Art. 31 da lei do estatuto do trabalho. É raramente aplicado — *Tomandl*, "Arbeitsrecht I", 1984, pág. 114. Mais detalhes quanto à situação do debate na Áustria em *Firlei*, "DRdA" 1981, 1 e segs.

(352) BAG, "AP" art. 9º da Constituição — Conflito trabalhista — n. 37. Críticas de Brox em *Brox-Rüthers*, "Arbeitskampfrecht", 1982, num. marginal 548 e segs., 606; *Seiter*, "Streikrecht und Aussperrungsrecht", 1975, pág. 389 s.; *Däubler, W.*, ob. cit. "Arbeitskampfrecht", num. marginal 1396, 1423 e segs. O exercício coletivo de direitos de retenção, segundo o art. 273 do Código Civil, é admitido em princípio: BAG, "AP", art. 9º da Constituição — Conflito trabalhista — n. 32, 58.

(353) BAG, "AuR", 1987, 78 = Betr 1987, 383.

(354) Sobre o contrato de solidariedade do direito italiano, ver *Pera*, "I contratti di solidarietà", "DLRI" n. 24 (1984), 699 e segs.

(355) Nota-se que a crítica se concentrou apenas na reestruturação do acordo de empresa, isto é, na coletivização do princípio do fato mais favorável.

(356) Ver p. ex. *Ahrend-Förster-Rühmann*, "BB" 1987, suplem. 7; *Höfer-Kisters-Kölkes-Küpper*, Betr 1987, 1585 e segs.

te na área do direito individual do trabalho são suficientes, mesmo que qualquer demissão por motivo de modificação de contrato possa ser examinada pelo Tribunal do Trabalho quanto às justificativas sociais apresentadas, se houver queixa por parte do empregado⁽³⁵⁷⁾. Limita-se, assim, o mandato de negociação dos membros do conselho de representantes e dos sindicatos. Nas negociações com o lado patronal, no lhes cabe lançar na *pauta de itens negociáveis* os direitos do indivíduo. O sistema neocorporativista de liquidação global dos interesses apresenta uma lacuna⁽³⁵⁸⁾ que não parece causar maiores problemas. Atende-se às expectativas do *individualismo*. Os sindicatos não devem ter muito interesse em mudar essa situação, afinal foram justamente eles que exigiram mudanças na jurisdição original do Tribunal Federal do Trabalho⁽³⁵⁹⁾. Contra todas as conjecturas contrárias, eivadas de preconceitos, é possível harmonizar a ação coletiva com a proteção do indivíduo. O direito coletivo do trabalho está preparado para os desafios do presente: nem mesmo um individualismo com raízes profundas na consciência é capaz de causar-lhe abalos. Continua valendo a constatação antiga: Sem a ação de todos, o indivíduo está perdido — sua liberdade contratual no passa de um termo vazio na hora da contratação para um emprego⁽³⁶⁰⁾ e, no serviço, nada pode fazer contra as forças da divisão do trabalho⁽³⁶¹⁾. Mesmo as verdades mais elementares necessitam ser repetidas de vez em quando.

(357) Detalhes em *Däubler, W.*, ob. cit., ArbR II, pág. 477 e segs.

(358) É interessante neste contexto a solução mais ampla encontrada na Áustria.

(359) Quando solicitados a darem a sua opinião, os juristas defendiam esse ponto de vista também na literatura jurídica — ver p. ex. os trabalhos de *Däubler, W., Richardi, e Pfaar*, ob. cit.

(360) Acertadamente escreve *Gast*, "BB", 1986, 515: A liberdade contratual do empregado se resume na possibilidade de "declarar a sua renúncia a toda autonomia contratual particular quando se trata de assuntos ligados ao mundo do trabalho".

(361) Continua atual, em relação à liberdade contratual trabalhista, *Kahn-Freud, Otto*, "AuR", 1979, pág. 11 e segs.

I.VI. O Direito do Trabalho Alemão. Uma Desvantagem para as Empresas Locais?

1. Introdução. 2. O Direito do Trabalho como Parte Essencial da Realidade. 3. Características Internas. 4. Necessidade de Modernização. 5. Conclusão.

1. Introdução

O direito do trabalho pode ser analisado sob diversos pontos de vista. O método tradicional pergunta por exemplo qual o grau de proteção dos assalariados. Com um grande número de autores neo-liberais pode-se partir do mercado de trabalho para concentrar-se na pergunta em que medida o direito do trabalho cria ou, pelo menos, aprofunda a dicotomia entre os *detentores de postos de trabalho* e os desempregados. Partindo de uma perspectiva política, pode-se querer saber até que ponto o direito do trabalho é um fator de estabilidade ou se a sua estrutura não visa antes dar início a mudanças, levando a reformas que vão além do próprio direito. Pode-se optar também pela perspectiva de produtividade pesquisando se os efeitos das normas jurídicas trabalhistas concretas aumentam ou diminuem a eficiência do trabalho.

No contexto presente perseguiremos a resposta a uma outra pergunta que para os juristas costuma ficar em segundo plano: o direito do trabalho em vigor facilita os investimentos na Alemanha ou faz parte daquelas hipotecas que se acaba aceitando por que todo o resto está bom? Trata-se primariamente de um interesse analítico. As correções político-jurídicas não podem ser feitas apenas sob o aspecto da *localização*, elas devem tomar em consideração também os efeitos sobre os empregados, o mercado de trabalho, a estabilidade política e finalmente também sobre a produtividade do trabalho.

Passaremos a analisar primeiro algumas características formais do direito do trabalho (tópico 2). Depois seguirá uma visão abran-

gente seus princípios estruturais internos (tópico 3); na parte final trataremos da necessidade de modernização (tópico 4). Na medida do possível abordaremos também as normas jurídicas e as experiências de outros países industrializados, uma vez que a situação nesses países deve ser considerada como fator importante quando se trata de escolher a localização de empresas.

2. O Direito do Trabalho como Parte Essencial da Realidade

A questão se o direito do trabalho tem alguma importância no nosso contexto depende de sua eficácia real, da função normativa que ele exerce sobre os implicados.

2.1. As Fontes do Direito do Trabalho

Só uma parte do direito do trabalho em vigor está codificado em forma de lei. Aquilo que não está inequivocamente definido em lei é regulamentado pela jurisprudência dos Tribunais do Trabalho. Esta não predomina apenas nas áreas em que faltam normas legais diferenciadas, como por exemplo em relação aos conflitos trabalhistas, pois também no estatuto das empresas ou na proteção contra demissões só costuma ser possível determinar aquilo que é obrigatório na prática pelo estudo das sentenças do judiciário⁽³⁶²⁾. Quando há lacunas, procura-se descobrir a opinião prevalecente na literatura jurídica — uma solução que a muitos pode parecer confortável, mas que carece de qualquer resquício de legitimação democrática⁽³⁶³⁾. As normas desenvolvidas pela jurisprudência formam uma rede extremamente densa; falando com certo exagero podemos dizer que não existe nenhum conflito no mundo do trabalho para o qual não se disponha de uma solução jurídica. Os volumosos comentários e manuais comprovam tal afirmação. Em outros sistemas jurídicos da Europa não se encontra semelhante *densidade de normatização*, o que pode ser decorrência de uma certa evolução históri-

(362) A afirmação de *Gamillscheg* ("AcP", 164, 1964, pág. 388, 445) de que o juiz é o verdadeiro senhor do direito do trabalho continua muito atual.

(363) Ver a respeito *Zimmermann, Rita*, "Die Relevanz der herrschenden Meinung für Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts", 1983.

ca, mas pode ser também devido ao fato de nos deixarmos envolver com mais facilidade em disputas jurídicas do que os italianos, os franceses ou os ingleses⁽³⁶⁴⁾.

Esse sistema altamente complexo está sendo superado há alguns anos e alguns setores bastante diminutos pelo direito europeu que se reveste de importância prática sobretudo nas questões relativas a assalariados migrantes, fusão de empresas e trabalho com jornada reduzida⁽³⁶⁵⁾. A relação entre ambos os sistemas jurídicos não está livre de atritos, basta citar a jurisprudência da Corte Europeia sobre o monopólio de agenciamento do trabalho do Instituto Alemão do Trabalho⁽³⁶⁶⁾ e o valor probatório de atestados de invalidez estrangeiros⁽³⁶⁷⁾. Mas, num ponto os dois sistemas se equivalem: também o direito do trabalho da CE é essencialmente um direito jurisprudencial, cujos detalhes ainda não foram plenamente tratados⁽³⁶⁸⁾.

Ao lado desse direito do trabalho estatal, quase estatal e para-estatal existe um grande número de normas que se encontram em contratos coletivos e acordos a nível de empresa. Esse direito autônomo das partes que constituem o mercado de trabalho é muitas vezes tão importante para a situação concreta do empregado ou do empregador quanto os termos estabelecidos pelo próprio Estado, porque definem o valor do salário e a jornada de trabalho; também a lei de proteção contra demissões em muitos casos não depende exclusivamente do texto da lei e da jurisprudência correspondente.

2.2. Âmbito de Aplicação

As normas do direito do trabalho decorrem da posição do empregado que é determinada de modo substancial pela dependência

(364) Basta comparar a casuística alemã sobre a demissão por justa causa, de acordo com o artigo 1º da lei de proteção contra demissões com o "giustificato motivo" italiano (*Pera*, "Diritto del Lavoro", Pádua, 1991, pág. 526 e segs.), com a "cause réelle et sérieuse" dos franceses (referências em *Kessler, Zias*, 1991, pág. 391 e segs. ou com a "unfair dismissal" (*Freedland*, "ZIAS" 1991, pág. 440 e segs. e *Wedderburn*, "The Worker and the Law", Londres, 1986, pág. 172 e segs.).

(365) Ver a respeito estudo recente de *Däubler, W.*, "Europäisierung des Arbeitsrechts?", em: *Schikora, et al.* (ed.), "Politische Ökonomie im Wandel", publicação em homenagem a Klaus Peter Kisker, 1992, pág. 315 e segs. com mais referências.

(366) EuGH "DB", 1991, pág. 1013 = "NZA" 1991, pág. 447: em relação a executivos, o monopólio de agenciamento viola o direito comunitário.

(367) EuGH "DB" 1992, pág. 1577. Em relação ao tema como tal, ver a crítica nem sempre equilibrada de *Schiefer*, "DB", 1993, pág. 38 e segs.

(368) A sinopse instrutiva em *Lenz/Möller*, "DB" 1990, suplemento 15, bem como o direito antidiscriminatório em *Colneric*, "BB", 1988, pág. 968 e segs.

das ordens de outrem, mesmo que essa seja bastante limitada em casos individuais⁽³⁶⁹⁾. O âmbito de validade do direito do trabalho é compulsório; o empregado individual não pode ser liberado de suas normas por meio de cláusulas contratuais (a não ser que se torne autônomo de fato)⁽³⁷⁰⁾. Desta maneira, praticamente 90% das pessoas economicamente ativas pertencem à categoria dos empregados, inclusive os funcionários públicos cujo vínculo empregatício pode ser qualificado funcionalmente como uma forma especial de relação de dependência trabalhista, mesmo que não seja esse o seu conceito histórico⁽³⁷¹⁾. É difícil avaliar os números do trabalho que existe paralelamente⁽³⁷²⁾. O trabalho ilegal em sentido formal⁽³⁷³⁾ costuma concretizar-se na maioria dos casos em forma de exercício ilícito da profissão por autônomos; no sentido usado aqui aplica-se o termo somente ao emprego ilegal de operários migrantes estrangeiros sem permissão de trabalho ou de desempregados sem registro no Instituto do Trabalho ou no seguro social. Na verdade, o direito do trabalho se aplica também a esses casos, porque na prática entra em ação o vínculo de fato⁽³⁷⁴⁾. É pouco provável, no entanto, que os envolvidos se orientem pelas normas trabalhistas, uma vez que nessas situações dificilmente se recorre à proteção judicial.

2.3. Importância Prática

Excluindo os casos citados por último, o direito do trabalho exerce uma função diretriz. Normalmente é respeitado tanto pelas partes do contrato de trabalho quanto pelos parceiros nas empresas e pelos antagonistas sociais. Isto não significa que se trate propriamen-

(369) Ver a esse respeito Wank, "DB", 1992, pág. 90 e segs.

(370) Esse princípio se desenvolveu especialmente no contexto da definição de *freelancer* nos meios de comunicação. Sinopse e referências em Däubler, W., "Arbeitsrecht 2", ob. cit., pág. 936 e segs.; Zöllner/Loritz, "Arbeitsrecht", 1992, pág. 43 e segs.

(371) Números referentes ao território da antiga Alemanha Federal, em: "Statistisches Jahrbuch 1992", pág. 110 e seg.; segundo esses dados, os autônomos e seus familiares auxiliares representam um total de 10,3%. Nos novos Estados da federação, sua participação deve ser menor.

(372) Segundo uma estimativa mais antiga, a produção da economia informal corresponde na Alemanha Federal a 8% do PIB, na Itália e em Portugal é estimado em 20%; ver a respeito Burgdorff, em: *idem* "Wirtschaft im Untergrund", 1983, pág. 13.; Morin, "Soziales Europa", cad. 3/1988, pág. 12.

(373) Lei sobre o combate ao trabalho ilegal, de 30.3.1957, com ementa de 29.01.1982 (BGBl. I, pág. 109).

(374) Ver a esse respeito Däubler, W., ob. cit., "Arbeitsrecht 2", pág. 134 e segs.; Zöllner/Loritz, ob. cit., "Arbeitsrecht", pág. 135 e segs.

te de uma *instância executiva de normas* que se limita à execução das ordens da lei. Antes trata-se de um quadro referencial reconhecido como obrigatório que obviamente não exclui acordos divergentes ou a renúncia ao exercício de determinados direitos. A ampla intervenção jurídica nas relações de trabalho na Alemanha recebeu duras críticas da *esquerda* nos anos 70 partindo do argumento de que os princípios de parceria social evitariam o desenvolvimento no sentido de mais liberdade e solidariedade⁽³⁷⁵⁾. Atualmente as frentes estão invertidas, já que a exigência de redução das normas trabalhistas vem sobretudo do lado daqueles que exigem a aplicação radical das leis de mercado para que as forças manietadas do mercado possam desenvolver seu potencial pleno⁽³⁷⁶⁾. Ambas as posições vêm no direito do trabalho mais que uma *low in the books*, atribuindo-lhe uma real função de controle. O que não exclui que se manifestem em vários casos deficiências na execução das normas, há por exemplo estabelecimentos regidos pelo estatuto das empresas em que não existe efetivamente um conselho de representação⁽³⁷⁷⁾, e nem todas as demissões socialmente injustificadas acabam revogadas de acordo com a intenção do legislador⁽³⁷⁸⁾. Mas, também nesses casos é preciso ver as relações quantitativas: no contexto alemão ficaria difícil imaginar uma lei sobre os conselhos de representação que não tivesse sua devida importância prática⁽³⁷⁹⁾.

3. Características Internas

3.1. O Equilíbrio dos Interesses e as Leis do Mercado

Na Alemanha Federal são negociados os salários e as condições de trabalho com as demais questões correlatas. O resultado

(375) Resumidamente em ERD, "Verrechtlichung industrieller Konflikte. Normative Rahmenbedingungen des dualen Systems der Interessenvertretung", 1978.

(376) De forma exemplar em Kronberger Kreis, "Mehr Markt im Arbeitsrecht", 1986.

(377) Dados em Däubler, W., "Arbeitsrecht 1", 1993, pág. 392 e segs.

(378) Dados em Wolf, M., em: Becker/Etzel, et al., "Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften", 1989, numeração marginal 623s.

(379) Como ocorre com a lei grega sobre os conselhos de representação, de 1988; ver a respeito Travlos-Tsanetatos, "AiB", 1992, pág. 33. Cf. também Dimitrakou-Deniliyanni, "Les systèmes de négociations collectives de travail en Grèce et en Allemagne Fédérale face au phénomène de l'internationalisation de l'institution", tese, Universidade de Genebra, 1989.

não é em primeiro lugar o contrato de trabalho individual e, sim, o acordo a nível de empresa e o contrato coletivo de trabalho. Não é o Estado que determina o valor da hora trabalhada, os benefícios sociais, as possibilidades de intervenção do conselho de representação dos empregados — todas essas questões estão sujeitas ao jogo livre das forças. O poder público se limita a dar um quadro referencial em termos genéricos, sobretudo através das normas dos direitos trabalhista e social; só muito excepcionalmente intervém para corrigir casos individualizados.

Esta moderação do Estado não se verifica em outras áreas do ordenamento jurídico. Uma pequena sinopse serve para demonstrar esse fato.

Em muitos países existe por lei um salário mínimo. Na França, por exemplo, o assim chamado *Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance*⁽³⁸⁰⁾ vale para aproximadamente 10% dos assalariados, situando-se em mais ou menos 70% do salário médio⁽³⁸¹⁾. Ele é indexado por lei: de acordo com o artigo L 141-3 do Código do Trabalho, deve ser reajustado sempre que o aumento do custo de vida atingir 2%. Além disso, deve ser corrigido uma vez por ano de acordo com o aumento do poder aquisitivo dos salários contratados nas negociações coletivas. Na Espanha, o salário mínimo também é prática comum⁽³⁸²⁾. O artigo 27, inciso 1, do Estatuto dos Trabalhadores⁽³⁸³⁾ obriga o governo a fixar anualmente o salário mínimo geral para todas as categorias profissionais, tomando por base o índice dos preços ao consumidor, a produtividade média nacional, o aumento da participação dos salários no produto nacional e a situação conjuntural da economia como um todo⁽³⁸⁴⁾. O direito do trabalho nos EUA também aplica uma forma de legislação sobre o salá-

(380) "Salalre Minimum Interprofessionnel de Croissance" — A regulamentação legal está no artigo L 141/1 e segs. do Code du Travail.

(381) *Kronke*, "Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt. Kernbereiche des Arbeitsrechts im Internationalen Vergleich". Parecer elaborado a pedido do ministro da economia para a comissão de desregulamentação. 1990, pág. 70. Fazem parte do levantamento sobretudo estabelecimentos de varejo, restaurantes, bares e sistema de saúde.

(382) *Alonso Olea e Casas Baamonde*, "Derecho del Trabajo", Madri, 1991, pág. 331: "Hoy son una realidad generalizada".

(383) Tradução alemã em *Däubler, W.*, ob. cit., "Arbeitsbeziehungen in Spanien", 1982, pág. 255.

(384) Mais detalhes sobre a prática atual em *Sala Franco*, "Derecho del Trabajo", Valência, 1992, pág. 717 e segs.

rio mínimo a nível nacional e estadual que se reveste de grande importância prática⁽³⁸⁵⁾. Na Alemanha Federal, pelo contrário, a lei sobre a fixação de condições mínimas de trabalho, de 11.01.1952⁽³⁸⁶⁾, continua letra morta até hoje. A coibição de "salários de fome" que a jurisprudência aplica com base no artigo 138 do Código Civil é pouco definida atingindo apenas casos extremos⁽³⁸⁷⁾.

Na Alemanha Federal, o poder público também não costuma pressionar as empresas com exigências em relação às condições de trabalho como condição prévia seja nas licitações seja na distribuição de subvenções. A licitude de tais procedimentos continua em discussão⁽³⁸⁸⁾. Nos EUA, a situação é bem diversa: as subvenções econômicas são o recurso mais importante de que o Estado dispõe para garantir melhores condições de trabalho para as mulheres e as minorias raciais⁽³⁸⁹⁾. A regulamentação de cotas teve início nas práticas do Estado⁽³⁹⁰⁾. Menção merece também o artigo 36 do estatuto dos trabalhadores italianos, segundo o qual apenas as empresas que pagam os salários previstos nos contratos coletivos podem receber auxílio do Estado⁽³⁹¹⁾. Nas obras públicas basta que a empresa esteja em dia com as contribuições ao seguro social.

A redução do número de empregados também se faz sem necessidade de autorização por parte do Estado. Sempre que existirem "razões urgentes da parte da empresa" será possível demitir, conforme diz o artigo 1º da lei de proteção contra demissões. Indenizações são devidas apenas na medida em que estejam previstas num plano social. Ambos os itens costumam ser tratados com muito mais rigor em uma série de sistemas jurídicos estrangeiros.

(385) *Kronke*, ob. cit., pág. 177 e segs.

(386) *BGBI* I, pág. 17.

(387) Visão sinóptica sobre a jurisprudência em *Däubler, W.*, ob. cit., "Tarifvertragsrecht", 1993, nota marginal 1589 e segs.

(388) *Bieback*, "RdA" 1983, pág. 265 e segs.; *Däubler, W.*, ob. cit., "Arbeitsrecht 1", pág. 689 e segs.; *Scholz*, "BB", 1981, pág. 441.

(389) Livro fundamental na bibliografia em língua alemã é *Pietzcker*, "Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns", 1978. Especificamente sobre a assim chamada affirmative action, ver *Coen*, "DB" 1987, pág. 2041, 2570 (com aproveitamento da tese de Hilke Altona, de Bremen).

(390) Detalhadamente em *Raasch, S.*, "Frauenquoten und Männerrechte", 1991, pág. 54 e segs.

(391) Quanto a questões específicas, ver *GRANDI, Pera*, "Commentario breve allo statuto dei lavoratori", 1985, artigo 36.

Como o direito espanhol, o holandês também exige a autorização estatal (que depende de critérios bastante incertos)⁽³⁹²⁾. Uma regulamentação semelhante existia entre 1975 e 1986 também na França⁽³⁹³⁾. Na Alemanha existe algo parecido apenas para deficientes e mulheres em licença-maternidade⁽³⁹⁴⁾. Tanto o direito do trabalho austríaco quanto o italiano prevêm, em caso de demissão, o pagamento de uma indenização cujo valor aumenta de acordo com o tempo de serviço; na Áustria, essa regulamentação existe ao lado do plano social, na Itália o substitui até certo ponto⁽³⁹⁵⁾.

O direito alemão desconhece a conciliação compulsória. A literatura é unânime em afirmar⁽³⁹⁶⁾ que essa prática estaria em contradição com o artigo 9º, inciso 3, da Constituição Federal. Discute-se a possibilidade de haver exceções em casos extremos⁽³⁹⁷⁾. Dificilmente se poderia imaginar um caso prático como aquele ocorrido em março de 1985 na Dinamarca, onde uma lei pôs fim a um conflito trabalhista⁽³⁹⁸⁾.

É provável que o fator de maior importância seja a ausência de imposições maiores em relação à política de recursos humanos das empresas. Em princípio pode-se usar o desempenho como critério decisivo para admissões, promoções e transferências. O tempo de serviço — um fator que continua muito importante nos EUA e no Ja-

(392) A respeito da situação jurídica nos Países Baixos e de algumas reflexões reformistas, ver *Waas, Zias* 1990, pág. 169 e segs.; sobre o direito espanhol, ver *Olea e Casas Baamonde*, ob. cit., pág. 417 e segs.

(393) *Reiland, Zias*, 1989, pág. 327 e segs.

(394) Art. 15 e segs. da lei dos deficientes; art. 9º da lei de assistência à maternidade. Devem ser mencionados também o art. 18 da lei de educação e formação e o art. 103 da Lei Constitucional de Empresa que fazem depender a demissão de representantes dos empregados e de pessoas equiparadas a estes do consentimento do conselho de representantes que pode ser substituído pelo tribunal do trabalho.

(395) Ver *Runggaldier, "Abfertigungsrecht"*, Viena, 1991 (para a Áustria); *idem*: DRdA 1990, pág. 247 e segs. (para a Itália).

(396) *Brox/Rüthers, "Arbeitskampfrecht"*, 1982, numeração marginal 706; *Dütz, "RdA"*, 1978, pág. 298; *Kittner, "Alternativkommentar zum Grundgesetz"*, 1989, artigo 9º, inciso 3, número marginal 65; *Löwisch/Rumler*, em: *Löwisch, "Schlichtungs- und Arbeitskampfrecht"*, 1989, número marginal 129.

(397) Sinopse do estágio atual das discussões em *Däubler, W.*, ob. cit., "Arbeitskampfrecht", 1987, número marginal 105z, 106.

(398) Sobre esse assunto e sobre a violação das Convenções n. 87 e n. 98 da OIT, ver "Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations", Conferência Internacional do Trabalho, 72ª sessão, 1986, Report III, Genebra 1986, pág. 145.

pão — influi na concessão de benefícios sociais, mas não na nomeação para os postos de trabalho⁽³⁹⁹⁾. Mesmo na seleção por critérios sociais, o tempo de serviço é considerado apenas como um critério entre outros⁽⁴⁰⁰⁾. O que não significa que o princípio de produtividade reine absoluto: uma cláusula de proteção prevista no contrato coletivo evita normalmente a queda livre em consequência da diminuição do rendimento decorrente do avanço da idade⁽⁴⁰¹⁾. Onde essa proteção não existe no contrato coletivo, pode acontecer até a transferência para um posto menos prestigiado e com dotação salarial menor, caso o contrato de trabalho preveja essa possibilidade⁽⁴⁰²⁾. Seria impensável a prática existente em alguns setores da economia americana, onde o empregado deve ser mantido no emprego mesmo que não haja trabalho suficiente para ele⁽⁴⁰³⁾.

3.2. Cooperação Antagonista

O direito do trabalho alemão parte do princípio de que existe uma oposição de interesses entre empregadores e empregados. Segundo a opinião predominante, aplica-se esse princípio também ao emprego individual: a doutrina da relação de comunidade privada foi tacitamente revogada depois da sentença do Plenário do Tribunal Federal do Trabalho sobre o direito à manutenção do emprego⁽⁴⁰⁴⁾. Voltou-se ao conceito de relação de troca em que se baseia também o artigo 611 do Código Civil e que é adaptado às particularidades do trabalho assalariado por meio de obrigações colaterais mais ou menos amplas⁽⁴⁰⁵⁾. No contexto do estatuto das empresas e no direito de contratação coletiva tal procedimento já era natural. Em caso de conflito, dispõe-se de um instrumental específico que se preten-

(399) Detalhes em *Däubler, W.*, ob. cit., "Seniorität im Arbeitsrecht", em: *Däubler, W., Bobke, Kehrman*, "AuR", FS Gnade, 1992, pág. 95 e segs.

(400) *Hueck/von Hoyningen-Huene*, "Kündigungsschutzgesetz", Kommentar, 1992, art. 1 da lei de proteção contra demissão, número marginal 46 e segs., com outras referências.

(401) Sinopse em *Däubler, W.*, ob. cit., "Arbeitsrecht 2", pág. 674 e segs.

(402) P. ex. BAG "DB", 1973, pág. 1904 = "AP", n. 24 zu art. 611 BGB "Direktionsrecht"; BAG "DB", 1980, pág. 1603. Há bons motivos para crítica.

(403) Ver *Moll*, "Künstliche Beschäftigung im Kollektivvertragsrecht der USA und der Bundesrepublik Deutschland", 1982.

(404) BAG "DB", 1985, pág. 551, 2197 = ZIP 1985, pág. 1214.

(405) *Söllner*, "Grundriss des Arbeitsrechts", 1990, art. 28 III 2; *Zöllner, Loritz*, ob. cit., art. 11 II 7.

de seja utilizado de modo cooperativo. As obrigações colaterais decorrentes do vínculo empregatício exigem respeito para com o respectivo antagonista; o princípio como tal costuma ser aceito, mas o alcance dessa exigência provoca obviamente desentendimentos. Assim, ninguém pode afirmar seriamente que o empregador está em condições de demitir alguém por causa de um simples resfriado, como não há ninguém que defenda o direito do empregado de passar segredos industriais à concorrência. O princípio de cooperação é enfatizado de modo especial no estatuto das empresas: a cooperação confiante de que fala o artigo 2º, inciso I, não está concretizada apenas no dever de manutenção da paz interna na empresa, como também no artigo 74, inciso I, que exige do conselho de representação e do empregador que negociem as questões controvertidas *com a disposição sincera de chegar a um acordo*. Esse afastamento das formas liberal-democráticas do direito é digno de nota, uma vez que pressupõe uma certa atitude interna; tal exagero continua, no entanto, sem maiores conseqüências, pois é muito difícil avaliar a seriedade de uma disposição ao acordo. Quando não se chega a um consenso nesse tipo de negociações, cabe a decisão a uma instância de conciliação; a nível de empresa existe, portanto, a conciliação compulsória também no direito alemão. A parte vencida pode apelar aos Tribunais do Trabalho reclamando de violação de direitos ou abuso de poder discricionário; fica descartada a possibilidade de conflito trabalhista. Nas próprias negociações de contrato coletivo existe a pressão de fato, não de direito, de procurar a cooperação: em alguns setores, como por exemplo na indústria química, existe um consenso tácito de manutenção da paz, em outros teme-se tanto os riscos de uma greve em grandes proporções que se prefere de qualquer maneira um acordo antes de chegar a esse ponto extremo. Mesmo que não existisse a nova versão do artigo 116 da lei de fomento ao emprego⁽⁴⁰⁶⁾, em pouco tempo as conseqüências de uma greve em empresas isoladas seriam de tal gravidade para ambas as partes, por causa da atual interdependência pela divisão do trabalho, que o desenlace ficaria imprevisível; uma vez que a metade do país estivesse de ponta-cabeça, já não haveria lugar para resultados equilibrados. Assim se explica que até grandes avanços, como

(406) Lei de garantia de neutralidade do Instituto Federal do Trabalho em casos de conflitos trabalhistas, de 24.5.1986, BGBl I, pág. 740.

a introdução da jornada de 35 horas semanais nas indústrias metalúrgica e gráfica, se tornaram possíveis apenas à base de greves de advertência⁽⁴⁰⁷⁾.

A forma cooperativa de solução de conflitos encontra apoio consciente na grande maioria dos empregadores e dos empregados. Declarações programáticas e discursos em congressos ou comemorações de 1º de maio não conseguem esconder a realidade de uma parceria social consciente. Além das estatísticas de greves pode se aduzir como mais um indício o fato de não haver pressão sobre o lado antagonista nem mesmo em situações em que tal procedimento seria juridicamente possível:

Ninguém poderia proibir o conselho de representação de realizar de quatro a seis assembléias de quatro horas de duração, desde que a presença de sindicalistas convidados e de conferencistas justifiquem discussões tão prolongadas sobre assuntos de interesse da empresa. Quem tem senso prático sabe que isso só acontece em empresas em que a paz interna já está mesmo um tanto abalada⁽⁴⁰⁸⁾. O exemplo singular da Lei n. 22 do conselho de controle demonstra que não é apenas o texto legal que importa. Esta lei, válida até 1955 para os funcionários da União e na NDR⁽⁴⁰⁹⁾ até os anos 80⁽⁴¹⁰⁾, previa a constituição de representantes dos empregados sem a exigência de disposição à cooperação confiante e da obrigação de manter a paz na empresa; mesmo assim não existem indícios de que, nesse tempo, as formas de cooperação tenham sido menos intensas.

3.3. Aspectos da Qualidade do Indivíduo e do Sujeito

O direito do trabalho alemão se caracteriza pelo reconhecimento do indivíduo como sujeito. Este fato se manifesta em vários princípios.

O indivíduo não é apenas titular da liberdade de coalizão, ele pode fazer valer diante do empregador e das partes do contrato co-

(407) Mais detalhes e comentários sobre a austrização de nossas relações de trabalho, em *Däubler, W.*, ob. cit., "Arbeitsrecht 1", pág. 358 e segs.

(408) Material empírico em *Kotthoff*, "Betriebsräte und betriebliche Herrschaft", 1981. Desde então não deve ter havido nenhuma mudança fundamental.

(409) Emissora Pública de Televisão e Rádio do norte da Alemanha.

(410) Ver sentença do BAG, de 2.7.1980, "BB", 1981, pág. 119.

letivo também todos os direitos fundamentais. Esse princípio não costuma ser contestado⁽⁴¹¹⁾, mas em certas circunstâncias podem revelar-se rapidamente os seus limites. Fica difícil compreender a sentença do tribunal federal do trabalho que qualifica de justa causa para demissão o uso de um distintivo anti-Strauss de 12-15 cm de diâmetro, enquanto libera sem restrições o uso do mesmo *bottom* com não mais de 3-5 cm de diâmetro⁽⁴¹²⁾. Motivo suficiente para a demissão seria também a distribuição de um jornal de conteúdo pouco lisonjeiro para os bancos por um bancário em seu tempo livre em área não relacionada com seu local de trabalho⁽⁴¹³⁾; uma sentença desse jaez não é necessariamente convincente⁽⁴¹⁴⁾. Por outro lado é necessário reconhecer que sem este compromisso dos empregadores e das partes envolvidas nos contratos coletivos com o artigo 3º, inciso 2, da Constituição Federal⁽⁴¹⁵⁾, reafirmado pela Justiça do Trabalho, continuaria sem aprovação o princípio da igualdade salarial. Fica claro também que a proteção dos direitos fundamentais no local de trabalho continua sem a devida atenção em muitos sistemas jurídicos⁽⁴¹⁶⁾.

Não menos importante é o reconhecimento da separação entre o mundo do trabalho e o da vida particular. As pessoas não estão continuamente *em serviço*, e o empregador não tem o direito de se meter com o modo de vida atípico ou pouco social de seu empregado; trata-se de uma liberdade que tem uma função compensatória em relação às restrições do mundo do trabalho. Para muitos, a *verdadeira vida* acontece fora dos escritórios e das fábricas — um problema de difícil coadunação com o trabalho em turnos e fins de semana. Como na proteção dos direitos fundamentais, fica pouco de-

(411) Ver p. ex. *Gamillscheg*, "Grundrechte im Arbeitsrecht", 1989.

(412) Referências e discussão crítica em *Zachert*, "AuR", 1984, pág. 290.

(413) BAG "DB", 1972, pág. 267 = "AP" n. 2 sobre o art. 134 BGB.

(414) Posicionamento crítico também em *Ramm*, "AuR", 1973, pág. 220s.; *Schwerdtner*, "JZ" 1973, pág. 377s.

(415) BAG "DB", 1955, pág. 267 = "AP", n. 4 sobre o artigo 3 da Constituição (jurisprudência).

(416) O mais desenvolvido nesse sentido é o direito do trabalho italiano. Ver, por exemplo, sobre a ampla garantia de liberdade de opinião pelo artigo 1º do estatuto dos trabalhadores e a aplicação de garantias constitucionais no emprego: *Ghezzi*, *Romagnoli*, ob. cit., "Il rapporto di lavoro", Bolonha, 1987, notas marginais 23 e segs. Sobre a influência menor da constituição francesa sobre o direito do trabalho, ver a sinopse de *Krieger*, "Das französische Tarifvertragsrecht", 1991. Sobre a situação jurídica na Espanha, ver *Valverde*, *Martin*; *Rodríguez-Sañudo*; *García Murcia*, "Derecho del Trabajo", Madri, 1991, pág. 80 e segs.

finido o traçado da fronteira exata entre *trabalho e tempo livre*; podemos mencionar como exemplo os debates em torno do trabalho de prontidão⁽⁴¹⁷⁾.

Sujeito só pode ser aquele que está protegido contra o arbítrio. Toda a ênfase em torno dos direitos fundamentais seria em vão se o indivíduo a qualquer momento pudesse ser demitido e afastado da empresa por causa de um procedimento indesejado. Por isso, a proteção contra demissão é mais que um mandamento de justiça, é uma condição prévia elementar para que os elementos democráticos nas relações de trabalho⁽⁴¹⁸⁾ possam ter alguma eficácia. É duvidoso que a jurisprudência tenha seguido sempre o caminho certo na aplicação das normas legais de proteção contra demissões. Como entender, por exemplo, que a garçonete de um *buffet* possa ser demitida por justa causa por ter consumido um pedaço de bolo sem pagá-lo⁽⁴¹⁹⁾. O juiz deveria, pelo menos, sopesar exaustivamente os interesses envolvidos em cada caso concreto, para evitar sentenças que provoquem indignação geral. De um modo geral, convém evitar o sensacionalismo em torno de decisões disparatadas, pois normalmente a jurisprudência encontra uma linha de compromissos aceitável para ambos os lados.

A qualidade de sujeito do empregado manifesta-se sobremaneira na co-gestão. Esta não é apenas exercida por meio do conselho de representação e (muito limitadamente) pelos representantes dos empregados nos conselhos administrativos, mas também pelos sindicatos que, com o instrumento do contrato coletivo, influenciam de modo decisivo a vida do empregado. Dependendo da situação concreta em cada empresa, o próprio indivíduo também dispõe de mais ou menos possibilidades de influenciar com suas idéias o processo de trabalho, seja em círculos de qualidade, grupos de trabalho ou no gerenciamento de qualidade total⁽⁴²⁰⁾. O sistema da *lean production* também se baseia na idéia de aproveitar melhor a dispo-

(417) Ver a respeito Meyer, Hans-Jürgen, Kapovaz, 1989.

(418) Sobre a democratização das relações de trabalho (em sentido mais abrangente), ver o estudo com o mesmo título do ano de 1928, reimpresso em: *Idem*, "Arbeitsrecht und Rechtssoziologie", vol. 1, 1976, pág. 115 e segs.

(419) BAG, "DB" 1984, pág. 2702 = "NZA" 1985, pág. 91. Posicionamento crítico em Preis, "DB", 1990, pág. 630.

(420) Perspectiva européia em Krieger/Lange, WSI-Mitt. 1992, pág. 795 e segs. Sobre os testes com novos modelos de participação na indústria norte-americana escreve Bittner, "Zias" 1990, pág. 358 e segs.

sição e a flexibilidade de cada um, dando-lhe mais espaço e autonomia dentro de hierarquias *achatadas*⁽⁴²¹⁾. Um estudo comparativo realizado na Dinamarca, Alemanha, França, Itália e Grã-Bretanha pela Fundação da CE — Comunidade Européia, em Dublin revelou que maior participação tem efeitos positivos sobre a produtividade⁽⁴²²⁾. No planejamento de novas tecnologias de informação registravam-se níveis diversos de participação dos diversos grupos de interesse existentes na empresa: na Alemanha, 25% dos empregados participavam efetivamente das decisões, na Dinamarca eram 14%, enquanto na França, na Itália e na Grã-Bretanha o número de envolvidos não passava de 5%. Nesses últimos três países, 50% dos empregados ficavam totalmente à margem até das informações puras; na Alemanha e na Dinamarca essa porcentagem caía para uns 25%. As possibilidades de intervenção na fase de implementação obedeciam a números semelhantes⁽⁴²³⁾. Assim, parece haver uma relação íntima entre participação intensa e produtividade do trabalho; as estruturas tradicionais baseadas em ordem e obediência não parecem estimular muito a criatividade.

3.4. *Flexibilidade do Direito do Trabalho*

O direito do trabalho alemão apresenta uma enorme diversidade interna. Os salários fixados por contratos coletivos e as condições de trabalho variam muito de um setor para o outro; práticas comuns na indústria metalúrgica continuam um sonho longínquo na indústria têxtil. Há também as diferenças regionais, na situação atual especialmente gritantes entre a parte ocidental e a parte oriental do país. Mas, mesmo dentro do mesmo setor e da mesma região, nem todas as empresas seguem o mesmo padrão: o contrato coletivo marca um patamar comum que é ultrapassado em muitas empresas com benefícios adicionais⁽⁴²⁴⁾.

Nem todos os empregados têm os mesmos direitos. A totalidade das normas jurídico-trabalhistas aplica-se apenas ao emprega-

(421) Ver os artigos em: *Die Mitbestimmung*, cad. 4/1992.

(422) "European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions: New Information Technology and Participation in Europe. The Potential for Social Dialogue", Dublin, 1989. Versão condensada em alemão: *Fröhlich; Krieger, WSI-Mitt.* 1989, pág. 628 e segs.

(423) *Idem*, pág. 628.

(424) Sinopse em *Däubler, W.*, ob. cit., "Arbeitsrecht 1", pág. 154 e segs., com mais referências.

do-padrão que é aquele que está empregado por prazo indeterminado e em tempo integral numa empresa em que existe conselho de representação e que é obrigada a obedecer às normas da lei de proteção contra demissões⁽⁴²⁵⁾. Os empregados de pequenas empresas⁽⁴²⁶⁾ contam com a proteção apenas parcial do direito do trabalho. Empregados em tempo parcial, temporários e mão-de-obra alugada têm que arcar com uma série de desvantagens⁽⁴²⁷⁾. Como o emprego tradicional sofreu nos últimos 15 anos um processo de erosão, existe um temor justificado de que a *mão-de-obra barata e flexível* passe a solapar a força do emprego normal previsto no direito do trabalho. Em outros países da Europa Ocidental verificam-se tendências semelhantes, com destaque sobretudo para a Grã-Bretanha⁽⁴²⁸⁾. Mais recentemente aparecem indícios de uma reintegração no vínculo empregatício normal, processo esse que se baseia de modo especial na jurisprudência alemã e européia sobre a equiparação dos empregados em tempo parcial⁽⁴²⁹⁾.

Outros tipos de diferenciação perdem importância, como por exemplo a distinção entre operários e empregados burocráticos⁽⁴³⁰⁾, mas também entre compatriotas e estrangeiros. O preceito de tratamento igual do artigo 75, inciso 1, do estatuto das empresas talvez tenha contribuído decisivamente para o fato de que os incidentes lamentáveis de cunho xenófobo dos últimos meses não tenham nenhuma conotação de conflito intra-empresarial⁽⁴³¹⁾.

Uma atitude crítica ou positiva diante das diferenças que existem em território nacional — por exemplo em relação à idéia de proteção — não importa muito no contexto presente. Mais do que ou-

(425) Quanto à discussão sobre o vínculo empregatício comum, ver *Mückenberger*, "ZfS", 1985, pág. 424 e segs.; *Zachert*, ob. cit., "Sicherung und Gestaltung des Normalarbeitsverhältnisses durch Tarifvertrag", 1989.

(426) *Ramm*, ob. cit., "AuR", 1991, pág. 257ss, 289 e segs.

(427) Ver descrição p. ex. em *Plander*, "Flucht aus dem Normalarbeitsverhältnis: An den Betriebs- und Personalräten vorbei?", 1990, pág. 24 e segs.

(428) Mais detalhes em *Zachert*, "BB", 1990, pág. 565 e segs.

(429) Ver p. ex. EuGH ZTR 1991, pág. 164 e BAG "DB" 1992, pág. 2557 (promoção por experiência) e EuGH "DB" 1989, pág. 1574 e BAG "DB" 1992, pág. 330 (pagamento de salário em caso de doença de empregados parciais).

(430) Sobre a inconstitucionalidade de diferentes prazos de aviso prévio, ver BVerfGE "DB" 1990, pág. 1565.

(431) Sobre as estruturas de preconceitos existentes, ver *Hergesell*, "GMH", 1992, pág. 745 e segs.

tras áreas jurídicas, o direito do trabalho é capaz de ir ao encontro das necessidades específicas de cada caso, já que dispõe de uma flexibilidade interna adequada. Mas, essa flexibilidade não chega a colocar em risco outras estruturas fundamentais, como por exemplo os princípios de cooperação ou de co-gestão: quem quisesse fazer do emprego por tempo limitado uma regra ou romper a obrigatoriedade dos contratos coletivos, teria que reparar não apenas na redução de custos no caso individual, mas também nas consequências sobre as relações de trabalho como um todo.

3.5. Estabilidade

O direito do trabalho de 1993 não difere em sua essência daquele do ano de 1978. As linhas básicas continuam as mesmas, enquanto se registrou por exemplo na França e na Grã-Bretanha uma intensa atividade legislativa. É provável que a rede da Jurisprudência tenha ficado ainda mais fina em alguns pontos, mas de resto continua tudo como antes. O que mudou foram os resultados das negociações: os salários estabelecidos em contratos coletivos e a jornada semanal já não são as mesmas; em relação à produtividade pode-se dizer o mesmo.

Esta continuidade tem diversos motivos. Existe a origem constitucional de muitos princípios que restringe, por exemplo, a inclusão do domingo como tempo útil de funcionamento operacional⁽⁴³²⁾. O princípio de vitaliciedade assegurada indiretamente aos funcionários públicos pelo artigo 33, inciso 5, da Constituição revela-se como condição básica a ser considerada em qualquer projeto de privatização. É significativo também que a Lei Constitucional de Empresa exija do legislador e do Poder Judiciário que age em seu lugar a compensar as deficiências de funcionamento da liberdade de contratação: assim, o trabalho noturno não deve depender exclusivamente da assinatura do empregado de um contrato de trabalho que contenha tal cláusula⁽⁴³³⁾. Outra razão não menos importante é o consenso político dos antagonistas sociais. O fato de nenhum dos lados se empenhar seriamente, afora em manifestações verbais, na mudança das regras do jogo, de modo que o opositor se veja amea-

(432) P. ex. Häberle, "Der Sonntag als Verfassungsprinzip", 1988; Mattner, "Sonntag und Feiertagsrecht", 1988; Richardt, "Grenzen Industrieller Sonntagsarbeit", 1988.

(433) BVerfGE, "DB", 1992, pág. 377, 379.

çado em sua existência, faz com que nem o legislador nem o Poder Judiciário tenham motivos para pensar em reviravolta. Desta maneira, as idéias neoliberais não tinham, politicamente, nenhuma chance⁽⁴³⁴⁾ — sua realização teria lançado todos os envolvidos numa aventura de incertezas.

4. Necessidade de Modernização

As características que acabamos de descrever levam ao risco do enrijecimento. A convicção de que o caminho percorrido nesses quarenta anos foi essencialmente o mais correto pode levar os envolvidos à conclusão falaz de que a política jurídica não precisa de mudanças. Justamente para manter os atrativos da ordem existente é necessário enfrentar os novos desafios que se apresentam, por exemplo, na progressiva internacionalização da economia alemã, com seu emaranhado de produção transnacional. Mas também as mudanças tecnológicas provocam alterações nas condições de procedimento dos envolvidos, basta citar conceitos como sistemas de informatização pessoal computadorizada ou cadeias logísticas. Finalmente são sobretudo os empregados qualificados que exigem maior qualidade de trabalho. Não existe um consenso pacífico sobre a jornada de oito horas, igual para todos, numa ordem preestabelecida: em primeiro lugar está o caminho individual, a própria liberdade de disposição. O direito do trabalho também precisa tomar em conta essa mudança nas preferências. Passaremos a analisar um pouco mais essas três linhas potenciais, sempre sob a perspectiva geral de uma empresa estabelecida na Alemanha.

4.1. Internacionalização da Economia Alemã

O fato de que mais de um quarto do PIB alemão é exportado tem consequências práticas também para os empregados. Um grande número deles, se bem que não definido empiricamente, vive por períodos mais ou menos prolongados no exterior; trata-se de montadores, especialistas em assistência técnica, funcionários de redes distribuidoras estrangeiras. Por enquanto, os problemas jurídicos se mantêm em limites aceitáveis⁽⁴³⁵⁾. Continua sendo aplicado o direito do trabalho alemão e, segundo a jurisprudência mais recente do

(434) Ver a esse respeito *Blanke*, ob. cit., em: FS Gnade, pág. 25 e segs.

(435) Sinopse em *Däubler, W.*, ob. cit., "AuR", 1990, pág. 1 e segs.

Tribunal Federal do Trabalho, o conselho de representação fala também pelos trabalhadores no exterior cujo trabalho é comandado a partir do território nacional⁽⁴³⁶⁾. Em casos isolados pode ser duvidosa a aplicação de contratos coletivos alemães⁽⁴³⁷⁾, mas na prática não parece ser problemática, já que a hipótese de os trabalhadores enviados ao exterior ganharem menos que os empregados restantes é meramente teórica. Assim não parece existir nenhuma necessidade de regulamentação nessa área.

A situação muda quando se examina os investimentos diretos de empresas alemãs no exterior e, especialmente, de empresas estrangeiras na Alemanha: o fato de as decisões sobre a implementação de novas tecnologias ou sobre os benefícios sociais serem tomadas em países de ultramar pode anular o direito de co-gestão do conselho de representação⁽⁴³⁸⁾. Não que esse direito seja infringido formalmente, mas o fato de o conselho só poder bloquear um certo processo pelo recurso à instância conciliadora destoa das formas tradicionais de negociação. É necessário também um presidente corajoso na instância de conciliação que tome em consideração não apenas a viabilidade econômica de um plano de benefícios sociais na parte alemã do grupo, mas no grupo como um todo. O conselho de representação exerce um papel de adaptação especialmente importante quando a direção da filial alemã fica muito amarrada à cúpula do grupo no exterior. A proposta de criar conselhos de representação europeus, com direitos de informação e consulta⁽⁴³⁹⁾, pode servir de instrumento de defesa dos interesses, mas objetivamente não se justifica a sua restrição à Comunidade Européia. Não apenas os trabalhadores têm interesse em internacionalizar mais a sua representação, fazendo com que os representantes de todos os empregados dos diversos países em que o grupo atua possam discutir com a própria cúpula da empresa multinacional, há também os

(436) BAG "DB", 1990, pág. 992: o que decide são as circunstâncias de cada caso.

(437) Birk, "Internationales Tarifvertragsrecht — eine kollisionsrechtliche Skizze", em: FS Beitzke, 1979, pág. 831 e segs.; Däubler, W., ob. cit., "Tarifvertragsrecht", número marginal 1658 e segs.

(438) P. ex. as situações em BAG "DB", 1983, pág. 2689, e 1984, pág. 2513 = "AP", n.º 7 e 9 sobre o art. 87 da Lei Constitucional de Empresa, 1972 (controle), Panam e Rank Xerox.

(439) O texto do projeto de norma da comissão encontra-se em "RdA", 1991, pág. 230. O estágio mais recente dos trabalhos comenta Köstler, "Die Mitbestimmung 1991", pág. 774 e segs.

empregadores que, compreendendo os sinais dos tempos, contam com a participação dos empregados e, por isso, têm interesse em estabelecer um equilíbrio justo superando a segmentação num grande número de entidades nacionais. Em casos isolados pode até existir a necessidade prática de unificar as negociações: quando uma determinada regulamentação, que precisa ser uniforme em todo o grupo por razões de ordem econômica, corre o risco de ter que enfrentar resistências em diversos países, as negociações e eventuais decisões de conciliação podem levar a resultados diferentes, o que invalidaria todo o projeto.

Além dos grupos multinacionais não existem atualmente motivos para a extensão das negociações de contratos coletivos ao âmbito europeu ou para uma europeização abrangente do direito do trabalho. Uma grande parte das normas têm sua origem nas respectivas tradições nacionais e, além disso, existem grandes diferenças em relação à viabilidade econômica de certas medidas nas empresas dos diversos países⁽⁴⁴⁰⁾.

A mão-de-obra barata que inunda atualmente de forma legal ou ilegal o mercado de trabalho alemão é mais um problema do leste europeu do que propriamente da Comunidade Européia. As queixas se multiplicam sobretudo no setor da construção civil. Quanto ao trabalho ilegal, pode haver até mecanismos suficientes de intervenção, mas o mesmo não se pode dizer em relação ao trabalho legal. De acordo com a jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho, os contratos coletivos sobre as caixas sociais da construção civil, por exemplo, não se aplicam a empregadores e empregados que atuam na Alemanha sob a vigência de um direito do trabalho estrangeiro⁽⁴⁴¹⁾. Esta prática não parece absolutamente convincente, uma vez que o artigo 34 do Código Civil Europeu declara aplicáveis de uma forma geral todas as normas do direito nacional que se referem a um interesse importante da comunidade; não seria difícil estender esse conceito aos contratos coletivos declarados obrigatórios⁽⁴⁴²⁾. Há

(440) Mais detalhes sobre os contratos coletivos europeus em *Däubler, W.*, ob. cit., "EuZW 1992, pág. 329 e segs.

(441) BAG "AP" n. 30 sobre o art. 1º da lei de contratação coletiva (construção civil).

(442) O art. 5º, inciso 1, n. 2 da lei de contratação coletiva pressupõe que a declaração de obrigatoriedade "imperioso no interesse coletivo". Ver tb. *Hagemeyer; Kempen; Zilius, TVG*, Kommentar, 1990, art. 4, numeração marginal 65; *Hönsch, "NZA"* 1988, pág. 117; *Walz, Multinationale Unternehmen und Internationaler Tarifvertrag*, 1981, pág. 154.

outras condições de trabalho que poderiam ser estendidas a todos os países-membros indistintamente. A corte européia sublinhou expressamente que a liberdade de prestação de serviços do acordo da Comunidade Econômica Européia não constitui óbice a uma medida dessa natureza num país-membro, mesmo que a sede da empresa empregadora se localize em outro país da Comunidade Européia⁽⁴⁴³⁾. A comissão da Comunidade Européia desenvolveu um projeto de norma que determina como nível mínimo, mesmo para os assalariados de outros países que tenham sido enviados temporária ou definitivamente aos países, as condições essenciais de trabalho que vigoram no local do trabalho⁽⁴⁴⁴⁾. A essa altura continua incerta — como sempre — a aprovação final dessa norma; é decisivo que o legislador alemão também possa tomar a iniciativa.

4.2. Mudanças Tecnológicas

As rápidas mudanças tecnológicas criam a necessidade de adaptação do direito do trabalho em três áreas. O que o direito e a prática têm a oferecer até o momento nada mais são que primeiras tentativas de solução.

O setor que se mostra atualmente mais sensível a problemas é a proteção de dados na empresa. Por ocasião da apresentação do projeto do governo para uma nova lei de proteção de dados, o Governo Federal prometeu incluir uma norma legal específica para a proteção dos dados dos empregados⁽⁴⁴⁵⁾, e o Senado Federal, ainda sob a maioria dos partidos CDU/CSU, deu seu aval à iniciativa⁽⁴⁴⁶⁾. Mas, por enquanto não há perspectiva de concretização dessa promessa. Seria necessário limitar e definir melhor sobretudo a utilização dos dados dos empregados para determinados fins, já que a simples existência de um vínculo empregatício parece um critério por demais impreciso para possibilitar a reunião de dados de tal extensão. A introdução de fins mais específicos, como *resultados de exames de medicina do trabalho, cálculo da folha salarial, orienta-*

(443) EuGH "EuZW", 1990, pág. 256 (Rush Portuguesa).

(444) Proposta para uma norma do Conselho sobre o envio de empregados no contexto de prestação de serviços, de 28.6.1991, "ABI" de 30.8.1991, n. C 225/6.

(445) Projeto do governo, BT-Drucks. 11/4306, pág. 44, coluna da esq.

(446) O primeiro parecer se encontra em: BT-Drucks. 11/4306, pág. 75, o segundo em: Bundesrat, 619, sessão de 21.9.1990, protocolo do plenário 619, pág. 508.

ção da produção, e da respectiva proibição de uso para outros fins não mudaria muito a prática das grandes empresas, mas em empresas menores haveria a necessidade de maior proteção dos registros. A *divisão dos poderes sobre os dados informacionais* visa dar mais segurança aos envolvidos, reduzindo a desconfiança existente. Na prática, são raríssimos os casos de *escândalos de dados*, mas não deixa de existir o problema de que a simples suspeita de controle e vigilância indevida pode reduzir a motivação e a criatividade do indivíduo no trabalho⁽⁴⁴⁷⁾. Quanto mais avançar a informatização de todos os processos nas empresas, tanto mais atenção merece esse aspecto.

Muito importante sob o ponto de vista do direito do trabalho é a divisão do trabalho entre as empresas em forma de cadeia logística: os fornecedores dependem das exigências e disposições do produtor principal; o ritmo da produção, o controle de qualidade e os sistemas usados são determinados por outra empresa. O extremo pode chegar à produção segundo o modelo *just-in-time*, onde os componentes precisam ser entregues com uma precisão de minutos⁽⁴⁴⁸⁾. O *controle remoto* do processo de trabalho impede a co-gestão do conselho de representação na empresa fornecedora, modificando inclusive as condições gerais de trabalho para o empregado como indivíduo. Por enquanto não existe nenhuma perspectiva de regulamentação jurídica dessa situação; improvisam-se arranjos informais entre os conselhos. Quanto mais se alastrarem essas interdependências, tanto mais se farão necessárias medidas compensatórias, a não ser que se aceite uma divisão do sistema de direito do trabalho em dois, o que enfraqueceria todas as suas funções.

(447) *Simitis*, "NJW", 1985, pág. 403: "Quem precisa estar prevenido de que todos os seus atos são registrados e avaliados, vive com a preocupação de adaptar-se sem reflexão nem discussão ao esquema de comportamento preestabelecido e controlado". Sobre a prática e os riscos de processamento de dados pessoais no emprego, ver *Däubler, W.*, ob. cit., "Gläserne Belegschaften? Datenschutz für Arbeiter, Angestellte und Beamte", 1990, numeração marginal 19 e segs., 29 e segs.

(448) *Mendius/Wendeling-Schröder*, "Zulieferer im Netz. Neustrukturierung der Logistik am Beispiel der Automobilzulieferung", 1991. A respeito de um caso da área de fabricação de bancos de carros, ver *Däubler, W.*, ob. cit., "CR" 1988, pág. 834 e segs. Quanto a deficiências no setor automobilístico, ver *Mendius*, "Kfz-Gewerbe und Neustrukturierung der Automobilfertigung". Apostila do Grupo de Trabalho de Pesquisa do Mercado de Trabalho à Base das Ciências Sociais (SAMF), 1992. A problemática geral é abordada tb. em *Däubler, W.*, ob. cit., "Mitbestimmung und logistische Kette", em: *Managementforschung* 3 (1993).

Para poder lidar hoje com a tecnologia, é finalmente necessário discutir também o aspeto da proteção ambiental. Existe o consenso de que os conselhos de representação podem tomar muitas iniciativas nesta área, mesmo que o estatuto das empresas não a mencione expressamente⁽⁴⁴⁹⁾. Mesmo na política de negociação coletiva começam a surgir as primeiras reflexões sobre o assunto⁽⁴⁵⁰⁾, apesar de não se discutir seriamente uma espécie de *co-gestão* do produto. O importante é que o direito ambiental passe a deixar de lado a intervenção direta do Estado para confiar mais na auto-regulamentação. Nas empresas, auto-regulamentação significa possibilidade de intervenção de todos os envolvidos, de modo que, por exemplo, os encarregados de proteção ambiental não sejam nomeados exclusivamente por aqueles que terão que arcar com os custos⁽⁴⁵¹⁾.

4.3. Individualização

O aumento das expectativas do indivíduo em relação à qualidade do trabalho e da vida como um todo faz com que se torne cada vez mais óbvia a participação nas decisões da empresa. Uma das principais tarefas da liderança consiste em respeitar a vontade dos trabalhadores de "serem consultados". Ao lado disso, existem consequências a serem tiradas nas áreas de segurança do trabalho e jornada de trabalho.

A segurança do trabalho ganhará mais importância nos próximos anos. Só assim será possível evitar a impressão de que o indivíduo empregado arrisca saúde e vida para trabalhar. A norma geral da Comunidade Européia, de 12.6.1989⁽⁴⁵²⁾, que deveria estar implantada até o final do ano de 1992, pode dar impulsos importantes nesse sentido⁽⁴⁵³⁾.

O horário flexível de trabalho foi introduzido em muitas empresas, geralmente sem que fosse exigência dos contratos coletivos.

(449) Confira p. ex. a jurisprudência do Tribunal Estadual de Trabalho de Frankfurt-Main, "AiB", 1991, pág. 335, na literatura SALJE, "BB" 1988, pág. 75; Trümner, "AiB", 1991, pág. 524 e segs.

(450) Lang K., em: Roth, Sander, "Ökologische Reform der Unternehmen", 1992, pág. 151 e segs.

(451) Descrição da situação atual em Weber, Rudolf, "Der Betriebsbeauftragte", 1988.

(452) "ABI", de 29.6.1989, n. L 183/1.

(453) P. ex. comentários de Wlotzke, "NZA" 1990, pág. 420.

A evolução futura da duração da jornada precisará considerar melhor o tipo de trabalho. Mais autonomia no trabalho significa menos cansaço; basta analisar, à guisa de ilustração, o fato de que autônomos e executivos costumam trabalhar bem mais que 35 a 40 horas semanais. A intensidade do trabalho é outro fator a ser considerado na definição de uma quantidade razoável de trabalho, se bem que a sua verificação exata seja uma tarefa muito delicada. Em comparações internacionais, esse ponto é muitas vezes deixado fora de consideração. Enquanto num determinado país o *tea-break* e a conversa regular com os colegas fazem parte da rotina cultural, pode ser que em outro país tais práticas sejam inconcebíveis. Um trabalho modificado que já não seja encarado como um mal em si, tanto em função de sua qualidade quanto de sua quantidade, dá um enfoque novo também ao problema do tempo de serviço de uma pessoa: o artigo 12, inciso I, da Constituição já proíbe hoje em dia que o empregado seja aposentado compulsoriamente aos 65 anos de idade⁽⁴⁵⁴⁾.

5. Conclusão

Esse apanhado relativamente sucinto do direito do trabalho demonstrou que este não pode ser considerado como desvantagem para as empresas locais, nem em função de suas estruturas fundamentais nem em suas conseqüências concretas. Ao contrário, a orientação para um equilíbrio de interesses de acordo com as necessidades do mercado, a cooperação entre empregadores e empregados, a proteção do indivíduo e de suas aspirações de participação, a diferenciação interna e o elevado grau de estabilidade fazem com que a Alemanha seja vista como lugar atrativo para o estabelecimento de empresas⁽⁴⁵⁵⁾. Não precisamos ter complexos de inferioridade. Mesmo admitindo que muitas coisas em nosso país devam ser criticadas — a relação capital-trabalho, na perspectiva ora analisada, certamente não está entre elas.

(454) Sinopse do estágio atual do debate em *Däubler, W.*, ob. cit., "Tarifvertragsrecht", número marginal 787 e segs.

(455) Esta afirmação vale também para os novos Estados da parte oriental da Alemanha, onde as relações de trabalho se baseiam, em Princípio, nas mesmas regras.

CAPÍTULO II

NOVAS TECNOLOGIAS
E O
DIREITO DO TRABALHO

II.I. Novas Tecnologias sob a Orientação do Direito? (*)

1. Introdução. 2. O Modelo Liberal da Sociedade como Base do Direito Vigente. 3. Os Riscos Técnico-Científicos e o Direito. 4. Tratamento Dispensado aos Riscos Sociais. 5. Observação Final.

1. Introdução

De acordo com as premissas liberais do direito vigente, a tecnologia só deve ser submetida ao controle jurídico depois de conhecida na prática. O direito tecnológico se orienta, além do mais, no conceito científico de risco. Ambas as limitações precisam ser superadas quando se trata de dar conta dos “riscos sociais” que acompanham sobretudo às novas tecnologias da informática.

2. O Modelo Liberal da Sociedade como Base do Direito Vigente

2.1. A Regra

Para o direito civil, o ser humano é sujeito de direitos, é portador de direitos e deveres. A comunicação com seus semelhantes se realiza em princípio por meio do *contrato*. Troca-se o produto do trabalho contra dinheiro; adquire-se um terreno, contrai-se um noivado. A *liberdade de contratação* existe para todos de modo igual.

Por uma questão de princípio, a lei não se interessa pela situação concreta em que se encontra o indivíduo contratante. Ela admite apenas certas situações excepcionais padronizadas em que é negado o reconhecimento jurídico ao acordo acertado: menores de idade ou outras pessoas sem capacidade civil plena não podem agir sem a aprovação de seu representante legal; quem foi iludido ou

(*) O presente trabalho serviu de base a uma resolução do Grupo August Bebel no contexto das discussões programáticas do SPD (Partido Social-Democrata da Alemanha).

ameaçado ilegalmente pode contestar suas declarações; quem comete um erro ao escrever ou falar ou quem comete outro engano comparável fica igualmente desobrigado de compromissos involuntários. Não são objetos de consideração o grau de informação e o poder de negociação do respectivo indivíduo: o Código Civil não se importa com fatos como a necessidade de um candidato de obter o emprego ou com a urgência de um cliente de conseguir o medicamento. O limite extremo é constituído pela ação contra os bons costumes, isto é, a não observância de normas éticas mínimas⁽⁴⁵⁶⁾.

Se um indivíduo deliberadamente ou por negligência causar dano à vida, à saúde, à propriedade etc. de outrem, responderá pelo ressarcimento. Assim estará empenhado ao máximo em evitar tais acontecimentos, até por interesse próprio. O legislador confia no efeito controlador da responsabilização, a prevenção é assunto particular. Mesmo em relação a auxiliares, responde-se apenas por seus atos em caso de erro na seleção ou supervisão (art. 831 do Código Civil). O meio de produção mais perigoso de uma sociedade rural-artesanal é o animal; o art. 833 do Código Civil prevê nesse particular uma responsabilidade de risco, obrigando o proprietário à indenização dos danos eventualmente causados, mesmo que não se possa culpá-lo diretamente⁽⁴⁵⁷⁾. Mais restritiva é a regulamentação em caso de desmoroamento de um prédio: em princípio, a pessoa lesada tem direito à indenização por parte do proprietário, mas este pode subtrair-se à responsabilidade provando ausência de culpabilidade⁽⁴⁵⁸⁾.

Na área econômica, o Estado se limita a garantir o cumprimento das regras estabelecidas. Litígios são decididos pelos tribunais. Se o comportamento do indivíduo ou as condições em que se encontram seus bens colocarem em risco a segurança ou a ordem, cabe à polícia intervir⁽⁴⁵⁹⁾, restringindo-se, no entanto, à proteção das posições de direito vigentes; medidas de cunho social não são tarefa da polícia⁽⁴⁶⁰⁾.

(456) *Esser-Schmidt*, "Schuldrecht", vol. I, AT, (1984), Art. 1 I; fundamental *Sinzheimer*, "Das Weltbild des bürgerlichen Rechts", 1932, reimpresso em *idem*, "Arbeitsrecht und Rechtssoziologie", vol. 2, 1976, pág. 316 e segs.

(457) Segundo o art. 833, introduzido no Código Civil em 1908, aplica-se no caso de animais utilitários apenas uma suspeita de culpabilidade refutável por conta do proprietário.

(458) Casuística semelhante nos artigos 1384 e seguinte do Código Civil francês, ver *Ferid*, "Das französische Zivilrecht", 1971, pág. 858 e segs.

(459) Em relação ao conceito de risco policial, ver *Drechs-Wack-Vogel-Martens*, "Gefahrenabwehr", vol. 2, pág. 106: é necessário que, sem a intervenção da polícia, seja previsível com probabilidade suficiente um dano para objetos de proteção da segurança e ordem pública.

(460) *Idem*, pág. 107. Quanto antes se localiza o "risco, tanto mais forte é a função interveniente da ação policial".

2.2. Exceções

O caráter abstrato do modelo regulador leva à exclusão de pelo menos três conjuntos de problemas.

O Código Civil desconhece o fenômeno do poder econômico. Mecanismos de controle aparecem em *leis especiais*: o assim chamado direito de cartel pretende proteger a existência da livre concorrência, o código do consumidor pretende dar proteção ao consumidor contra as diversas formas de vantagem ilícita, o direito do trabalho pretende limitar o domínio do empregador nas empresas por meio de instrumentos como a co-gestão, o contrato coletivo e a greve.

O Código Civil ignora a *problemática da alocação*. Ele não toma conhecimento do fato de que a sociedade *contratual* leva à acumulação de cada vez mais patrimônio nas mãos de cada vez menos pessoas. E sobretudo não conhece os mecanismos que seriam necessários para dar segurança em caso de doença, acidente, desemprego, velhice etc. Através da política salarial faz-se uma primeira tentativa para solucionar tais problemas, destinando ao assalariado uma parte do lucro auferido da produção; uma certa correção se realiza especialmente pelo seguro social.

Finalmente, o Código Civil não dispõe de regras para os riscos que surgem em decorrência do desenvolvimento tecnológico, riscos esses que ultrapassam o âmbito do veículo desgovernado ou do prédio que ameaça ruir. Também nesse particular procurou-se resolver o problema por meio de uma legislação especial, resistindo à tentação de dar simplesmente uma interpretação mais ampla ao conceito de *animal*, tratando por exemplo o veículo como *animal em sentido jurídico*⁽⁴⁶¹⁾. Para as tecnologias consideradas especialmente arriscadas introduziu-se expressamente a responsabilidade de riscos. Além disso, transformou-se a prevenção de danos em tema público que ultrapassa de longe o simples direito policial; basta lembrar as associações de controle técnico e a segurança do trabalho.

(461) A evolução francesa se deu substancialmente nesse sentido, já que a "responsabilidade do proprietário" de que fala o artigo 1.384 do Código Civil era aplicado originalmente apenas ao proprietário de animais ao qual se refere o artigo 1.385 do código civil; mais tarde foi transformado em fato de responsabilidade civil, pág. 107. Quanto antes se localiza o "risco, tanto mais forte é a função interveniente da ação policial".

Muitas das correções introduzidas na ordem jurídica liberal foram conquistadas por aqueles que se sentiram ameaçados em sua existência como vítimas da sociedade contratual. Isto se aplica tanto ao direito do trabalho quanto, indiretamente, à seguridade social. Quanto mais longe do ambiente controlável da empresa se situava um problema, tanto mais reduzida ficava a influência do movimento trabalhista; assim, o código do consumidor deve a sua existência sobretudo ao raciocínio de que é preciso evitar a distribuição irracional de riscos (*quem comprou um automóvel defeituoso teve azar*) e os abusos decorrentes que poderiam vir a reduzir consideravelmente as atividades da ordem estabelecida⁽⁴⁶²⁾.

Existem de fato numerosas normas legais e de outra natureza que procuram compensar os *déficits* da ordem jurídica liberal. Mas, o fato é que se trata sempre e apenas de exceções, de situações especiais; onde não há intervenção expressa continua valendo a regra geral. Isso significa que, inicialmente, as novas tecnologias podem ser desenvolvidas sem restrições até que sobrevenha uma regulamentação jurídica e a conseqüente limitação a formas socialmente aceitáveis. Enquanto não existirem regras especiais, aplicam-se os artigos 145 e seguintes do Código Civil também ao contrato de compra e venda realizado através de videotexto, mesmo que os riscos de manipulação sejam muito maiores do que em caso de declaração por escrito ou verbal⁽⁴⁶³⁾. Um problema muito discutido, por exemplo, na área da engenharia genética é a experimentação com óvulos humanos fecundados em proveta; juridicamente, a questão se limita à alternativa de proibir totalmente tais ensaios *no futuro* ou de restringi-los a determinados objetivos⁽⁴⁶⁴⁾. Nestas circunstâncias, o direito nunca terá chance alguma de ganhar a *corrida com a tecnologia*, ainda mais quando se sabe que as conseqüências negativas só costumam aparecer tempos depois.

A seguir mostraremos detalhadamente como o Poder Judiciário até agora reagia frente às novas tecnologias, e quais poderiam ser os princípios de um *direito tecnológico* (tópico 2). Depois haveremos de perguntar até que ponto o instrumentário desenvolvido e proposto com vistas aos riscos técnico-científicos poderá ser estendido àqueles riscos que poderíamos chamar de sociais por dizerem respeito ao indivíduo e à sua convivência com outros (tópico 3).

(462) *Simittis*, "Verbraucherschutz — Schlagwort oder Rechtsprinzip?" 1976.

(463) *Berg*, "JZ", 1985, 402.

(464) *Ostendorf*, "JZ", 1984, 598 e segs.

3. Os Riscos Técnico-Científicos e o Direito

3.1. Levantamento

Inicialmente, o controle dos riscos criados pela industrialização era feito através da aplicação do recurso tradicional da *responsabilização*. Em primeiro plano estava a correção a partir do resultado: quem causava um dano tinha que arcar com as consequências econômicas. Em numerosas leis isoladas introduziu-se a responsabilidade de riscos; na medida em que se confirmavam riscos típicos de uma determinada tecnologia, haveria responsabilidade civil mesmo sem culpabilidade.

No início havia a lei imperial de responsabilidade civil, de 1871, que estendeu o novo princípio de modo especial à rede ferroviária⁽⁴⁶⁵⁾. Em 1909 seguiu-se a lei de veículos automotores⁽⁴⁶⁶⁾, na época de Weimar foi incluído também a viação aérea⁽⁴⁶⁷⁾, o desenvolvimento mais recente instituiu a responsabilidade de riscos sobretudo em relação aos medicamentos⁽⁴⁶⁸⁾ e à operação de equipamentos técnicos⁽⁴⁶⁹⁾. Mas o Poder Judiciário e a literatura jamais tentaram dar às regras isoladas a forma mais ampla de um princípio geral⁽⁴⁷⁰⁾. O único passo nesse sentido foi dado pela Suprema Corte quando, num ato de criação livre de direito, desenvolveu a inversão do ônus da prova na assim chamada responsabilidade do fabricante: quem produz e põe em circulação um produto defeituoso deve a todos os lesados indenização plena, a não ser que consiga provar que nem a ele nem aos seus empregados cabe culpa alguma⁽⁴⁷¹⁾.

(465) Reichshaftpflichtgesetz, de 7.6.1871, "RGBl" , 207.

(466) Kraftfahrzeuggesetz, de 3.5.1909, "RGBl" 437 e segs.

(467) Art. 19 e segs.. Luftverkehrsgesetz, de 1.8.1922, "RGBl" 681.

(468) Art. 84-94a Arzneimittelgesetz, de 24.8.1976, , "RGBl" I, 2445, emendada pela Lei de 24.2.1983 (BGBl I, 169).

(469) Art. 25 e segs. Atomgesetz i. d. F. des Gesetzes zur Änderung haftungsrechtlicher Vorschriften des Atomgesetzes (Haftungs novelle), de 22.5.1985, , "RGBl" I, 781.

(470) Sobre a jurisprudência, ver Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Decisões do Tribunal Imperial em causas civis) 147, 153; "BGH", Versicherungsrecht, 1972, 1047; continua representativo para a discussão técnica o livro de Esser, "Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung", 1969.

(471) BGHZ 51, 91 e segs. = "NJW" 1969, 269; BGHZ 59, 303 e segs. = "NJW" 1972, 2300; BGHZ 67, 359 e segs. = "NJW" 1977, 379.

Segundo os princípios gerais, caberia ao lesado o ônus de provar a culpabilidade do fabricante. Interesse especial merece finalmente a norma do artigo 22 da lei de abastecimento de água⁽⁴⁷²⁾ que cobra indenização de todo aquele que polui um manancial pelo despejo de substâncias ou por causa do estado de conservação de seus equipamentos; em primeiro lugar está, portanto, a proteção do bem comum, não a periculosidade específica de uma certa tecnologia⁽⁴⁷³⁾.

A ampliação da responsabilidade levou naturalmente à *socIALIZAÇÃO* de muitos dos novos riscos através da contratação de seguros. Desde a implementação do seguro obrigatório de veículos automotores, no ano de 1939⁽⁴⁷⁴⁾, houve um afastamento progressivo do princípio de deixar a contratação do seguro a critério do indivíduo, pois o prejudicado deve ter certeza da solvência do causador do dano⁽⁴⁷⁵⁾. No século passado já se criou uma regulamentação especial para os casos de acidentes do trabalho e doenças profissionais, isentando o empregador de qualquer tipo de responsabilidade, a não ser que se trate de danos intencionais, concretamente inexistentes na prática judicial⁽⁴⁷⁶⁾. Em vez de ser exigido diretamente do empregador, o direito a cuidados médicos e, eventualmente, à aposentadoria por invalidez passou a ser devido de modo global por parte da seguradora social, no caso concreto, da entidade de classe⁽⁴⁷⁷⁾. Em compensação pela liberação da responsabilidade, os empregadores são obrigados a pagar a contribuição completa exigida pelo seguro contra acidentes.

O passo em direção à provisão direta de danos pela regulamentação da própria tecnologia foi hesitante, apesar do fato de a respon-

(472) De 27.7. 1957 (BGBl I, 1110) na versão da publicação de 16.10.1976 (BGBl I, 3017).

(473) A classificação como nos tipos de delito de responsabilidade civil de riscos parece um tanto forçada (BGH, "ZfW" 1977, 44; *Giesecke-Wiedemann-Czychowski*, "Wasserhaushaltsgesetz", [1985], art. 22, número marginal 2, com referências ao procedimento legislativo).

(474) Lei de 7.11.1939, "RGBl" I, 2223.

(475) A provisão de cobertura legal é especialmente importante no direito dos medicamentos e no direito nuclear (art. 94 AMG, 13 e segs.).

(476) Exige-se, de acordo com a opinião geral, que tenha havido não apenas o não cumprimento intencional de uma regra de procedimento, como também que tenha sido intencional o próprio dano em si; ver BAG, "AP", Art.636 da RVO n. 9, com mais referências.

(477) Ver a respeito *Kohte*, "AuR", 1983, com outras referências.

sabilidade se mostrar sempre falha quando é impossível provar a relação causal entre a ação de risco e o dano; um exemplo bem concreto temos na celeuma em torno das conseqüências jurídicas da destruição das florestas pela chuva ácida⁽⁴⁷⁸⁾. De fato, o Poder Judiciário desenvolveu obrigações de segurança de circulação, mas estas estão ligadas preferencialmente ao manejo de meios de produção pelo homem, sobretudo ao modo de organização⁽⁴⁷⁹⁾. As disposições de prevenção de acidentes e outras normas da segurança do trabalho durante muito tempo não interferiam no próprio dinamismo do desenvolvimento tecnológico, limitando-se praticamente a reagir com regras de conduta para as pessoas envolvidas, na medida em que os riscos iam surgindo. De uma maneira provocativa poderíamos dizer que, em caso de conflito, deveria mudar o homem, não máquina. Essa atitude sofreu uma total revisão com a lei sobre equipamentos técnicos, de 24.6.1968, que continua em vigor até hoje, com algumas modificações⁽⁴⁸⁰⁾.

Em seu artigo 1º, a referida lei determina:

"O fabricante ou importador de equipamentos técnicos só pode colocá-los em circulação ou expô-los se corresponderem às normas de segurança do trabalho e de prevenção de acidentes, de acordo com as regras tecnológicas geralmente aceitas, de modo que os usuários ou terceiros que deles venham a fazer uso de acordo com a finalidade prevista estejam protegidos contra qualquer risco de vida ou saúde na medida em que o uso adequado o permite".

Com essa determinação obriga-se à aplicação de padrões de segurança, além do empregador, também o produtor e o importador. Mas, essa obrigação não é incondicional: de acordo com o artigo 312 da mesma lei é possível desobedecer às regras tecnológicas geralmente aceitas, "*desde que o mesmo grau de segurança esteja garantido de outra maneira*".

A tecnologia está sujeita ao controle do Estado quando se trata de equipamentos sujeitos à fiscalização, conforme o artigo 24 do

(478) Ver a respeito Köndgen, "UPR", 1983, 354 e segs..

(479) Esser-Schmidt, ob. cit., Art. 4 III 2.

(480) Lei de segurança de equipamentos, de 13.8.1980, "BGBl" I, 1432.

código de atividades industriais e comerciais (p. ex. caldeiras), ou de instalações que podem pôr em risco a integridade ambiental, conforme o artigo 4 da Lei BImSchG⁽⁴⁸¹⁾. Necessitam, portanto, de autorização prévia a construção e o funcionamento de instalações "que, em vista de sua natureza ou de seu modo de operar, são mais propensas a causar danos ao meio ambiente ou pôr em risco, prejudicar ou incomodar consideravelmente a coletividade ou a vizinhança".

Apesar da formulação em termos genéricos, manteve-se o princípio enumerador: só aquelas instalações que constam do respectivo decreto do governo federal necessitam de autorização⁽⁴⁸²⁾. Além disso, precisa ser dada a autorização sempre que, num caso concreto, tiverem sido cumpridos os pré-requisitos exigidos pelos decretos aplicáveis⁽⁴⁸³⁾.

O direito nuclear vai mais longe. De acordo com o artigo 7, II da lei nuclear, uma instalação nuclear só pode ser autorizada "se, de acordo com os conhecimentos da ciência e da tecnologia, tiverem sido tomadas as devidas precauções contra eventuais danos causados em consequência da construção ou operação dessa instalação". Não importa que aquilo que o conhecimento científico exige ainda não seja exequível tecnologicamente⁽⁴⁸⁴⁾. Mas, mesmo que não haja problemas de ordem tecnológica e que as condições impostas pela lei nuclear estejam cumpridas, fica a critério da autoridade competente a concessão da autorização, a liberdade empresarial do operador de instalação nuclear goza, portanto, de menos proteção que a de outros empresários⁽⁴⁸⁵⁾.

A questão mais profunda desse "direito de prevenção de danos" se refere aos parâmetros aplicáveis: quem define as "regras tecnológicas geralmente aceitas" ou o "estágio de conhecimento

(481) Quanto a detalhes da definição de finalidade, ver *Kutscheidt*, em: *Landmann-Rohmer*, "Gewerbeordnung", vol. III, 1983, art. 1 BImSchG, numeração marginal 4 e segs.

(482) O mesmo se aplica, de acordo com o art. 24 do código de atividades industriais e comerciais, aos equipamentos que necessitam de controle e fiscalização.

(483) P. ex. o art. 10, IV da portaria sobre caldeiras, reproduzida e comentada em *Landmann-Rohmer*, ob. cit., "Gewerbeordnung, vol. II", sob o n. 95; quanto à jurisprudência e literatura, ver as referências em BVerfGE 49, 89 (145) = "NJW", 1979, 359.

(484) BVerfGE 49, 89 (136) "NJW", 1979, 359; BVerfGE 53, 30 (59) = "NJW", 1980, 759.

(485) BVerfGE 49, 89 (146s.) = "NJW", 1979, 359.

científico e tecnológico no direito nuclear"? Pode ser a respectiva comunidade científica, como também uma instituição particular como o Instituto Alemão de Normatização (DIN), ou a "Associação Alemã de Eletrotécnica" (VdE)⁽⁴⁸⁶⁾. Sobre os limites máximos de concentração de poluentes no posto de trabalho decide, por exemplo, uma comissão da Sociedade Alemã de Pesquisa⁽⁴⁸⁷⁾.

3.2. Desenvolvimento Futuro

Este breve relato basta para mostrar que, no fundo, se trata sempre apenas de limitar e evitar certas consequências da tecnologia, nunca se pretende colocar em disponibilidade a própria tecnologia de acordo com critérios politicamente discutidos. Mesmo nos casos em que o desenvolvimento e a aplicação de novos processos exigem a autorização do Estado, decide, em última análise, a palavra do especialista. Uma exceção faz, até certo ponto, a energia nuclear. Essa limitação básica não se deve tanto à existência de pretensas *leis próprias da tecnologia*, e muito mais à liberdade empresarial. A proibição do desenvolvimento de determinadas tecnologias ou a prescrição de outras equivaleria a um controle estatal nos investimentos. Esta circunstância precisa ser levada em conta quando se exige alternativas tecnológicas ao estado atual das coisas; não se trata apenas de mudanças no empenho dos conhecimentos dos engenheiros, trata-se de uma limitação do poder econômico. Para tanto podem se fazer necessários tanto a reorientação do instrumental diretivo existente quanto o desenvolvimento de novas formas de concretização.

Se a decisão for a favor de um controle estatal sobre a tecnologia, será necessário definir os critérios que deverão orientar a aprovação de inovações. As considerações nesse sentido deveriam incluir sobretudo três aspectos.

a) Primeiramente, cabe ao legislador a definição básica do *risco remanescente* aceitável quando se trata de tecnologias que põem em risco a vida ou a saúde de um número maior de cidadãos⁽⁴⁸⁸⁾. Os

(486) Sinopse em *Backherms*, "JS", 1980, 10s.

(487) Enfoque crítico em *Funk-Geissler-Thoma*, (red.), "Industriearbeit und Gesundheitsverschleiss", 1974, pág. 166 e segs.

(488) BVerfGE 49, 89 (126 e segs.), "NJW", 1979, 359; BVerfGE 53, 30 (56), "NJW", 1980, 759.

princípios de proteção máxima para a vida e a saúde, desenvolvidos no direito nuclear, devem ser generalizados. Esta exigência se aplica também à norma importante da lei constitucional determinando que o tecnologicamente viável não pode constituir o limite da prevenção de danos⁽⁴⁸⁹⁾; conseqüentemente deveria ser preferível a renúncia à respectiva tecnologia. Esta consideração se aplica também àqueles casos em que as medidas de segurança contra atos de sabotagem e outras intervenções de terceiros levariam necessariamente ao controle total sobre os empregados e parte da população. Com a competência automática do legislador inverte-se ao mesmo tempo a relação entre a regra e a exceção que constatamos acima. Logo que aparecer alguma possibilidade de risco deve entrar em ação o mecanismo de controle do Estado.

b) Em segundo lugar é preciso não esquecer que o legislador só pode decidir em questões de princípio, as medidas concretas de proteção exigem competência técnica, de modo que continua existindo a dependência de um grupo de *peritos*, independentemente do caráter jurídico dado às *regras tecnológicas*: mesmo que seu pronunciamento não passe de um *parecer antecipatório de especialistas*, facultando às autoridades e aos tribunais a liberdade de passar por cima de suas recomendações por motivo de melhor entendimento⁽⁴⁹⁰⁾, continuará prevalecendo de fato em 99% dos casos o juízo técnico. O direito em vigor ou, melhor, as regras jurídicas que obrigam cada cidadão individualmente continuam impregnadas de elementos *corporativos*. Este fato é menos incomum do que poderia parecer: mesmo o direito comum, não técnico, do Código Civil, do Código Penal e da Lei Constitucional de Empresa é submetido ao parecer dos especialistas; são os Juízes do Supremo Tribunal Federal que decidem sobre o conteúdo exato das leis, e seu pronunciamento tem caráter definitivo na prática, mesmo que possam ser criticados por razões justificadas⁽⁴⁹¹⁾. O verdadeiro problema não es-

(489) Ver referências da nota 29. Nesse caso tratava-se de uma decisão da lei nuclear, de modo que o tribunal não via motivos para inquirir sobre um preceito constitucional correspondente.

34a) Para aprofundamento, ver *Rossnagel*, "Radioaktiver Zerfall der Grundrechte?", 1984.

(490) Mais detalhes em *Backherms*, "JS", 1980, 12 e segs.

(491) Sobre a distinção entre eficácia concreta e pretensão normativa, ver *Lorenz*, "Methodenlehre der Rechtswissenschaft", (1983), pág. 412. Além disso *Bobke*, "AuR", 1982, 46 e seg. e recentemente *Bydlinski*, "JZ", 1985, 149 e segs.

tá na existência da expertocracia, e sim na composição das comissões decisivas. A atual cooptação, baseada freqüentemente em interesses econômicos, deveria ser substituída por eleições democráticas das pessoas afetadas e/ou de seus representantes⁽⁴⁹²⁾, respeitando-se o respectivo grau de envolvimento. Se os potenciais prejudicados são apenas empregadores e empregados, poderia ser adequada uma composição paritária de cinquenta por cento para cada grupo, como já acontece nas comissões decisórias das entidades de classe. No caso de tecnologias perigosas que podem vir a afetar em graus diversos também os vizinhos e a coletividade, há boas razões para permitir a representação de todos os grupos: no caso da tecnologia nuclear, por exemplo, deveriam poder participar das decisões sobre o grau de segurança, além do Estado, também os representantes da vizinhança, dos empregados e do operador⁽⁴⁹³⁾.

c) Em terceiro lugar deve ser esclarecido se a não aceitação de certos riscos e o conseqüente bloqueamento tecnológico podem trazer desvantagens econômicas. A afirmação genérica de que o ser humano deve ser mais importante que o lucro é tão respeitável quanto inócua na prática. O órgão que decide sobre pedidos de incentivos ou de autorização precisa elaborar, dentro das possibilidades existentes, um balanço de custos e benefícios, do contrário trata-se de uma disputa irracional: uns temem pelo nível das exportações alemãs, enquanto outros pressupõem a existência de gordura suficiente para justificar uma atenção maior para a qualidade de vida.

Se não conseguirmos introduzir o modelo delineado de controle *tecnológico*, continuaremos limitados a propostas de correção social, o que nem por isso significa que tudo precisa continuar como está: mesmo nessas condições conviria democratizar as comissões de peritos. Além disso, a elaboração de proposições normativas não deveria ser iniciada apenas quando a tecnologia já está pronta. Como modelo (se bem que modesto) poderia servir uma norma jurídica de uma área que ocupou quase sempre uma posição de ponta na tecnologia: da área militar. De acordo com o direito internacional não

(492) Sobre a participação dos envolvidos ver neste contexto *Haussner-Simon*, BVerfGE 53, 69 (78).

(493) P. ex. a composição do conselho de segurança nuclear na França, no qual se encontram, ao lado dos representantes do governo, deputados, especialistas, sindicalistas e representantes das organizações ambientais (ver "Nuclear Energy Agency, Nuclear Legislation Analytical Study", OECD vol. I, Paris, 1983, pág. 85).

podem ser utilizados em conflitos bélicos novos sistemas de armas que não sejam previstas pelas regras da Convenção de Guerra Terrestre de Haia; em seu preâmbulo, este convênio diz na assim chamada *cláusula de Martens* que também nesse caso *a população e os beligerantes permanecem sob a proteção e o domínio dos princípios do direito internacional que resultam dos costumes praticados entre povos civilizados, das leis da humanidade e das exigências da consciência pública*⁽⁴⁹⁴⁾. Valores elementares devem prevalecer sobre a inovação⁽⁴⁹⁵⁾. Cabe aos juristas desenvolver os instrumentos necessários para transportá-los para a esfera do praticável.

4. Tratamento Dispensado aos Riscos Sociais

A regulamentação jurídica dos riscos técnico-científicos nada mais foi e continua sendo do que uma reação sesquicentenária ao processo de industrialização. Mostrou-se que a substituição do trabalho físico pela máquina levou apenas a um controle seletivo e bastante retardado dos riscos. Por isso, de antemão as expectativas não devem ser muito grandes quando se levanta a questão das restrições de ordem jurídica às tecnologias informáticas que substituem o trabalho mental pelo computador.

O risco dessas tecnologias situa-se no nível da comunicação interpessoal. A opinião pública se deu conta desse risco de registro e cadastramento total depois que *Orwell* lançou seu romance "1984". Muito menos atenção mereceu a questão do empobrecimento drástico da vida pela comunicação televisionada que reduz as relações humanas por assim dizer a um código binário, transformando o mundo real em aparências⁽⁴⁹⁶⁾. Afinal de contas, a desqualificação e a *liberação* de mão-de-obra chegam a tais proporções que já não podem ser comparadas aos saltos de racionalização anteriores.

4.1. Regulamentação Jurídica do "Cadastramento Total"?

O desenvolvimento de computadores que podem armazenar praticamente qualquer número de dados pessoais não sofre nenhu-

(494) Mais detalhes sobre a Cláusula de Martens em Münch, ZaöRV 36 (1976), 347 e segs.; recentemente também *Fried*, "DuR" 1985, 274 e segs.

(495) Quanto a decisões sobre valores constitucionais, ver BERG, "JZ", 1985, 404 e segs.

(496) Críticas às tecnologias da informática sob esta perspectiva em von *Hentig*, "Das allmähliche Verschwinden der Wirklichkeit", 1984.

ma restrição de ordem jurídica. As discussões sobre eventuais alternativas estão apenas começando porque a finalidade e os riscos normalmente não são definidos desde o início: a mesma *máquina* pode ser usada exclusivamente para o controle de processos de produção, sem que se registre nem um único dado pessoal. Enquanto a periculosidade de um processo químico ou técnico-nuclear salta imediatamente à vista, é necessário no computador que se acrescente antes um determinado objetivo. Quanto mais progridem as redes interligadas, tanto menos é possível deduzir a sua função exclusivamente do feitio do equipamento⁽⁴⁹⁷⁾.

Nestas circunstâncias, os limites de ordem jurídica só começam a ganhar importância a partir do momento em que se descobre a sua utilização para o processamento de dados pessoais. A lei de proteção de dados prevê em seu artigo 3 uma espécie de interdição com ressalva de autorização⁽⁴⁹⁸⁾. Essa regulamentação tem em comum com o termo tradicional do direito administrativo apenas a estrutura formal: o processamento de dados pessoais não necessita da autorização do Estado, uma vez que passa a ser permitido automaticamente quando cumpridos certos requisitos bastante amplos, previstas na lei. Segundo o artigo 30, I da lei de proteção de dados, a fiscalização só poderá intervir, fora do âmbito da administração pública, *se o prejudicado demonstrar que seus direitos foram violados pelo processamento de seus dados pessoais*. Por isso, não adianta nem mesmo uma possível visita de surpresa da inspetoria das indústrias e do comércio.

Mesmo que essa deficiência de controle não venha a ser prejudicial no caso individual, ainda assim o direito material da lei de proteção de dados oferece proteção muito modesta; no texto da lei predominam cláusulas gerais de imprecisão notável. Segundo o artigo 9 da Lei, as autoridades públicas podem armazenar e modificar dados de caráter pessoal, se isso for necessário para o *cumprimento legal de suas funções*. Autoridades privadas devem poder apelar *à finalidade de uma relação contratual ou à preservação de interesses justificados*, conforme o artigo 23 da mesma lei; mas ao mesmo tempo não podem ser afetados *interesses a resguardar da pessoa*

(497) Kubicek-Rolf, Mikropolis. Mit Computernetzen in die "Informationsgesellschaft" 1985, pág. 47 e segs.

(498) Ordemann-Schomerus, "Bundesdatenschutzgesetz, (1982), art. 3, nota 1.

atingida. Por mais necessárias que as cláusulas genéricas sejam para o nosso sistema jurídico, elas só se tornam aceitáveis num Estado de Direito quando devidamente concretizadas pela jurisprudência e literatura ou pela prática de entidades mais ou menos equivalentes, sobretudo quando a diferenciação de determinados grupos de casos permite uma avaliação dos resultados. Isso não se aplica à proteção de dados ou se aplica de modo insuficiente; regras específicas, por exemplo para o vínculo empregatício, para empréstimos etc. continuam desejáveis, não reais⁽⁴⁹⁹⁾. Nosso direito de proteção de dados apresenta também uma lacuna que é típica para a nossa ordem jurídica: o consentimento da pessoa implicada justifica, segundo o artigo 3.1.2, qualquer tipo de processamento. Como acontece também no direito do contrato de trabalho e no código do consumidor, é necessário percorrer um caminho longo e penoso para distinguir o consentimento *genuíno* e livremente assumido daquele que é fruto de pressões circunstanciais, para que este último tipo de consentimento perca o efeito legal que lhe advém da interpretação verbal do texto legal⁽⁵⁰⁰⁾.

Uma proteção pessoal mais efetiva promete (apenas) no âmbito da empresa a norma do artigo 87, I, inciso 6, da Lei Constitucional de Empresa, concedendo ao conselho de representação dos empregados o direito de co-gestão quando se trata do registro eletrônico de dados de empregados individualizados ou de seu processamento por meio de recursos da informática⁽⁵⁰¹⁾. Com isso, os departamentos de recursos humanos perdem o direito exclusivo de decidir sobre a conveniência do registro e processamento de dados para *fins trabalhistas*. Um conselho de representação consciente da problemática existente poderá conseguir muitos progressos, mas nem ele poder evitar totalmente que o empregador faça averiguações sobre o comportamento de seus empregados no serviço. A consequência prática é a redução progressiva das folgas do empregado, desde as pequenas pausas inoficiais até os telefonemas particulares⁽⁵⁰²⁾.

(499) O partido social-democrata (SPD) foi o primeiro a exigir a proteção específica de dados por área; ver resolução da executiva do partido em 29.4.1985, publicada em: Politik. Aktuelle Information der SPD, junho de 1985, n.5, pág. 5.

(500) As considerações de Kroll, "Datenschutz im Arbeitsverhältnis", 1981, pág. 162 e segs.; Wohlgemuth, "Datenschutz für Arbeitnehmer", 1983, S. 30s.; Däubler, W., "Das Arbeitsrecht 2", 1983, pág. 147.

(501) BAG "NJW", 1985, 450.

(502) Sobre a existência de normas formais ao lado de normas informais nas empresas, ver Dombois, "Leviathan", 1980, pág. 375 e segs.

O controle pode tornar-se ainda mais abrangente nas empresas em que nem há conselho de representação ou onde o conselho existente desenvolve pouca sensibilidade para esse tipo de problemas.

A única esperança nessas circunstâncias é a jurisprudência do Tribunal Constitucional, ou seja, a aplicação prática das diretrizes contidas na sentença sobre o censo popular⁽⁵⁰³⁾. O direito de autodeterminação informacional, inferido do artigo 2º, I, em combinação com o artigo 1º, I da Constituição Federal, permite ao indivíduo decidir por própria vontade sobre sua imagem no *mundo eletrônico*. O processamento de seus dados contra sua vontade fica restrito a fins específicos e ao estritamente necessário⁽⁵⁰⁴⁾. Destas constatações podemos tirar, então, quatro conclusões.

Em primeiro lugar, o legislador precisa agir. Cabe a ele definir *de modo preciso e específico para cada área* a finalidade dos dados registrados, exigindo do cidadão apenas os dados realmente *necessários e adequados* para esta finalidade⁽⁵⁰⁵⁾. Como nas tecnologias de risco tradicionais, é tarefa do legislador decidir sobre a aceitabilidade do risco. O risco precisa ser minimizado, conforme se pode depreender da prescrição que prevê o apagamento ou anonimização dos dados desde que possam continuar a preencher a sua função mesmo sem relação direta com determinada pessoa⁽⁵⁰⁶⁾.

Em segundo lugar é necessário chegar também nas áreas em que prevalecem relações de poder assimétricas, como no vínculo empregatício e na posição do consumidor final, a um nível de proteção de dados comparável àquele que existe na administração pública. É inadmissível que continuem existindo diferenças entre essas áreas, pois a finalidade protetora dos direitos básicos deve ter alcance universal⁽⁵⁰⁷⁾, e a integração progressiva das redes de sistemas informativos públicos e particulares tende a nivelar cada vez mais a distinção entre Estado e Sociedade neste setor. Isto significa por exemplo que o empregador não pode armazenar simplesmente todos os dados relativos à finalidade genérica do *vínculo empregatício*, antes é necessário diferenciar segundo funções específicas, como cálculo

(503) BVerfGE, "NJW", 1984, 419 e segs.

(504) BVerfGE, "NJW", 1984, 422, coluna da direita.

(505) *Idem* nota 504.

(506) *Ibidem* BVerfG, "NJW", 1984, 422, coluna da direita.

(507) Fundamental no direito do trabalho p. ex. *Gamillscheg*, "AcP", 164, 358 e segs.

lo salarial, prevenção de saúde etc., excluindo de antemão um armazenamento de dados preventivo ou um cruzamento com dados *alheios à finalidade* prevista. O consentimento do empregado não deve ter nenhuma influência. Finalmente deve existir um órgão independente para fiscalizar o cumprimento das regras; não basta que a lei ateste a um encarregado de dados da empresa a necessária isenção, essa imparcialidade deve ser assegurada de modo institucional, por exemplo pela participação do conselho de representação na nomeação ou destituição do encarregado.

Em terceiro lugar é necessário precisar as normas legais por meio de *regras de segurança*. Como nas tecnologias tradicionais, existe o risco de as normas legais se contentarem com formulações muito genéricas; em vista da velocidade do desenvolvimento nesta área talvez seja até inevitável recorrer a expressões de caráter genérico. Quais os dados do segurado que podem ficar armazenados, por exemplo, durante quanto tempo numa empresa de seguro-saúde? Deve se distinguir entre os dados sobre consultas médicas normais e sobre doenças crônicas deduzíveis? Os parâmetros mudam quando existe suspeita de fraude? Não seria nem praticável nem razoável esperar do legislador regulamentação tão minuciosa. A definição dos limites exatos poderia ser atribuída, também nesse particular, a especialistas escolhidos democraticamente; ao contrário do que se dá com os riscos técnico-científicos, seus conhecimentos sobre o funcionamento das *máquinas de informação* seriam importantes, mas não se poderiam constituir em critério único para o cumprimento adequado de tal tarefa.

Em quarto lugar é necessário assegurar o cumprimento de fato das normas de proteção. Quem armazena dados de pessoas deve estar preparado para um controle policial, assim como um motorista pode ser parado a qualquer momento por uma patrulha para verificação do estado de seu veículo. Vale lembrar também que a atribuição de responsabilidades civis pode influenciar o comportamento das pessoas nos casos em que a lei admite margens de interpretação. Por que o dono de um banco de dados não poderia ser responsabilizado pelos danos materiais e morais causados a cidadãos em consequência do processamento indevido de dados pessoais?⁽⁵⁰⁸⁾

(508) Requerimento do SPD neste sentido nota 499, inciso IV, 8.

4.2. Regulamentação Jurídica dos Riscos Trazidos por Formas Eletrônicas de Vida?

No fundo, o direito à autodeterminação informacional se enquadra, sem maiores atritos, no sistema jurídico tradicional: a autonomia do indivíduo acaba conquistando mais espaço, a pessoa já não é considerada apenas dona de seus bens e de uma conta bancária, mas também da imagem projetada sobre seu ambiente. Muito mais difíceis de imaginar são estruturas jurídicas que possam evitar o esvaziamento da comunicação interpessoal. Qualquer regulamentação esbarra no princípio saudável que proíbe impor aos outros a própria forma de viver: não é função do direito estatal obrigar o indivíduo a ser feliz. Cabe à sociedade organizada, aos partidos, aos sindicatos e às igrejas, desenvolver modelos de vida humana e transformá-los em prática através de um paciente trabalho de convencimento. Por isso, só é possível falar em *demanda de regulamentação* jurídica na medida em que esta deva excluir de antemão a coação social em favor de uma comunicação eletrônica. A *sociedade informatizada* deve continuar com seu caráter de oferta que tanto pode ser aceita como rejeitada, sem que se passe a pertencer por isso a um grupo discriminado e marginalizado⁽⁵⁰⁹⁾. Trata-se de uma condição importante para qualquer forma de ampliação dos novos sistemas de comunicação, cuja concretização jurídica ainda está por ser feita.

A favor da sobrevivência de um *setor tradicional* sobretudo no ramo de serviços existem não apenas razões que se impõem a partir do mercado de trabalho. A inserção completa e sem alternativas do indivíduo nos novos meios de comunicação poderia levar a protestos e até a atos de sabotagem: a experiência atual com a criminalidade na área da informática demonstra que os novos sistemas são mais suscetíveis a perturbações do que as antigas formas de produção. Mesmo aqueles que não vislumbram nenhum tipo de risco nas tecnologias de informática deveria procurar um consenso cauteloso, em vez passar por cima dos afetados e criar fatos acabados. A construção de *rodovias eletrônicas* pelos Correios⁽⁵¹⁰⁾ não é apenas questionável sob aspectos jurídicos, mas também em relação a uma possível aceitação política.

(509) *Sieber*, "Computerkriminalität und Strafrecht", 2ª ed. ampliada, 1980; idem, "BB" 1982, 1433; *Heine*, "Die Hacker. Von der Lust, in fremden Netzen zu wildern", 1985.

(510) Mais detalhes em *Kubicek-Rolf* nota 497, sobretudo pág. 50 e segs.

4.3. Regulamentação Jurídica de Falta de Trabalho e Desqualificação

Ao contrário dos fenômenos descritos, o risco social do *desemprego e da desqualificação* não é nenhum fato novo. A resposta mais abrangente a este desafio encontra-se num *direito ao trabalho*. As novas tecnologias só deveriam ser liberadas depois que tivermos certeza de que a mão-de-obra e as habilidades dispensáveis em consequência da introdução dessas novas tecnologias poderão ser aproveitadas em outro lugar⁽⁵¹¹⁾. No fundo trata-se do mesmo tipo de decisão que precisa ser tomada em relação à autorização ou rejeição de tecnologias perigosas tradicionais: está em jogo o controle de investimentos que, até o momento, parece mais óbvio para o cidadão quando se trata do risco de uma contaminação radiativa do que em relação ao risco de desemprego em massa. Como no outro caso, seria necessário também um levantamento dos custos para a economia nacional: o preço a ser pago por postos de trabalho adequados para todos os que querem trabalhar será certamente o de uma redução do ritmo de mudanças tecnológicas e de um do aumento mais lento da produtividade.

Se não houver disposição para controlar os investimentos ou se os requisitos para esse passo parecerem inatingíveis, resta apenas continuar agindo dentro das condições atuais, com pequenas correções em pontos isolados. Sabe-se que o desemprego em massa não diz respeito apenas aos diretamente atingidos, suas consequências afetam também aqueles que continuam empregados: a disposição de defender seus direitos enfraquece diante da perspectiva de que um comportamento indócil e indesejável pode pôr em risco o emprego, levar ao desemprego prolongado ou a um salário muito inferior. O receio dos filiados inibe a ação dos sindicatos e dos conselhos de representação, as relações de trabalho saem do equilíbrio. Sem a disposição dos empregados de dizer resistir aos patrões nos conflitos trabalhistas fica muito difícil levar o lado empregador a fazer concessões. Não é uma questão de maldade individual, é a pressão do mercado que obriga o empregador a produzir com o menor número de atritos possíveis e com uma mão-de-obra que custe o menos possível. A solução pode vir de dois lados:

De um lado não é impossível que os representantes dos interesses dos empregados voltem a se fortalecer ganhando poder de

(511) Sobre a discussão em torno do direito ao trabalho, ver as referências em Däubler, W., ob cit., "Arbeitsrecht 2", pág. 27 e segs.

barganha. Um pressuposto importante para que isso possa acontecer seria um maior respaldo no meio daqueles empregados que aumentam a sua competência e se tornam cada vez mais indispensáveis em consequência das mudanças tecnológicas⁽⁵¹²⁾. A longa experiência com os operários especializados mostra que privilégios relativos não significam necessariamente afastamento dos sindicatos. Mas, isso pressupõe a identificação com os problemas desses grupos e o encaminhamento de soluções conceituais.

Em segundo lugar é tarefa dos órgãos políticos tentar neutralizar a ação do lado empresarial que visa o enfraquecimento deliberado dos sindicatos e dos conselhos de representação. Concretamente deveriam ser limitadas de modo rigoroso todas aquelas formas atípicas de emprego que caracterizam a mão-de-obra flutuante e marginalizada nas empresas: deveriam ser proibidos ou pelo menos limitados a situações absolutamente excepcionais a contratação de temporários, de empregados de meio expediente e "*job sharing*", os contratos por tempo limitado, o trabalho em casa etc.⁽⁵¹³⁾. De importância decisiva se reveste a regulamentação do trabalho eletrônico à distância cuja implementação em massa depende de uma ampliação dos sistemas de transmissão de dados dos Correios⁽⁵¹⁴⁾. Um projeto de lei apresentado há pouco tempo pela Secretaria de Trabalho, Juventude e Questões Sociais de Hamburgo mostra de modo convincente que, mesmo nessas circunstâncias, é possível resguardar os padrões atuais de proteção trabalhista⁽⁵¹⁵⁾. Além disso, existem os meios clássicos de um programa es-

(512) Ver a esse respeito o estudo empírico e as consequências práticas controversas de Kern-Schumann, "Das Ende der Arbeitsteilung? Rationalisierung in der industriellen Produktion", (1985).

(513) Sobre o estágio atual das discussões em diversos países da Europa ocidental, ver sobretudo as informações detalhadas de Junod-Aubert, (ed.), "Colloque International. Crise, maintien de l'emploi et partage du travail", Schweizerische Beiträge zum Europarecht, vol. 27, Genebra, 1984, com contribuições de Vogel-Polsky (Bélgica), Alonso Olea (Espanha), Javillier (França), Ghera (Itália), Napier (Grã-Bretanha), Aubert (Suíça), Vandamme (CE), Wiebringhaus (Conselho da Europa) e Däubler (Alemanha).

(514) Bahl-Benker, "Mitbestimmung", 1983, 572; Th. Beck, WSI-Mitt., 1985, 550; Kappus, "NJW", 1984, 2384; Unterhinninghofen, Mitbestimmung, 1983, 577; Wahsner-Steinbrück, "AIB", 1984, 104.

(515) Projeto de lei para a proteção dos empregados contra os efeitos negativos das novas tecnologias, artigo 1: Lei de trabalho à distância. Publicado em: Freie und Hansestadt Hamburg, Staatliche Pressestelle, Berichte und Dokumente, n. 768, de 28.5.1985.

tatal de criação de empregos e a redução por lei da jornada de trabalho, em primeiro lugar das horas extras. Finalmente convém pensar na possibilidade de lançar mão de encomendas e subvenções estatais para pressionar as empresas a garantirem maior proteção jurídico-trabalhista aos empregados. Nos EUA foram muito positivas as experiências com essa forma de *politização* das relações de trabalho, de modo especial no esforço de conseguir direitos iguais para mulheres e minorias raciais⁽⁵¹⁶⁾. Por que um procedimento semelhante deveria ser impossível entre nós?

5. Observação Final

Não é apenas nas empresas que se decide sobre as novas tecnologias. Este fato deveria ser entendido como oportunidade, uma vez que a população toda está envolvida, inclusive seus setores privilegiados e influentes. A regulamentação jurídica pode contar com o interesse de todos. É um bom ponto de partida quando se trata de analisar e corrigir a implementação de novas tecnologias à luz de critérios sociais e não apenas de acordo com o parâmetro da rentabilidade empresarial. A polêmica em torno da lei do censo demográfico demonstrou que o engajamento do cidadão é capaz de influenciar decisivamente o rumo dos acontecimentos.

(516) Hyde, Alan, Wisconsin Law Review, 1982, 1 e segs. Quanto à discussão na Alemanha que (até o momento) tomou outros rumos, ver referências em Däubler, W., ob cit., "Das Arbeitsrecht 1", (1985), pág. 598 e segs.

II.II. Direito e Não-Aceitação: Dois Caminhos Para Influenciar a Tecnologia?

1. Introdução. 2. Limites e Chances do Controle Estatal. 3. Controle Estatal do Desenvolvimento Tecnológico. 4. Influência sobre a Tecnologia pela Recusa da Aceitação?. 5. Um Caso Específico: A Influência dos Sindicatos sobre a Tecnologia.

1. Introdução

A avaliação da compatibilidade do desenvolvimento tecnológico com os preceitos constitucionais desemboca na exigência de uma concretização tecnológica conforme às normas constitucionais. Mas, a quem deve ser dirigida esta exigência? Cabe apenas ao Estado cumpri-la ou seria antes tarefa de cada um fazer com que a liberdade e a democracia não sejam solapadas por inovações tecnológicas? Quais as possibilidades do Estado de controlar a tecnologia e quais os obstáculos que se lhe opõem? Como é que o cidadão pode influenciar as transformações tecnológicas? De que recursos dispõe o consumidor para exercer o seu poder? A concretização da tecnologia pode ser influenciada pela não-aceitação?

Questionar a compatibilidade do desenvolvimento tecnológico não significa apenas pretender fazer uma análise do futuro que está sendo engendrado pelo presente. Trata-se também de bloquear certas mudanças que estão em desacordo com a interpretação atual da Constituição, contribuindo com iniciativas próprias para a preservação da liberdade relativa em nossa sociedade.

É típico da tradição alemã mais arraigada limitar o engajamento pessoal a formas de apelo ao Estado que é visto como o agente principal e que deve fazer com que as coisas voltem a seu devido lugar. Justamente na hora em que se trata de defender as posições fundamentais do Direito Constitucional, parece caber ao Estado o dever da iniciativa. Aos excessos do liberalismo se contrapôs

a política social do Estado cuja importância acabou transformando o Estado, na Constituição, num Estado Social. Não seria de esperar que, na área de concretização da tecnologia, se chegasse a soluções semelhantes? Será que um dia se tratará na Constituição de um *estado de tecnologia humanizada*?

Idéias dessa natureza não são de todo inofensivas, já que elas idealizam as reais possibilidades de intervenção do Estado esquecendo um pouco que maiorias parlamentares, governos, ministérios etc. estão expostos a solicitações das mais diversas e que, muitas vezes, não lhes resta outra alternativa que a de ceder às forças mais pujantes. Ao desejo singelo de que a tecnologia não venha a desbaratar as estruturas existentes cabe, nestas circunstâncias, um peso muito reduzido.

2. Limites e Chances do Controle Estatal

A idéia de que o Estado possa controlar a tecnologia de acordo com certos parâmetros constitucionais ou éticos é questionada também por outro ângulo. Há anos que alguns sociólogos do Direito defendem o ponto de vista de que o direito de intervenção já extrapolou os limites de sua capacidade. Programas que visam um determinado fim são considerados recursos muito grosseiros para controlar o comportamento de sistemas (parciais) complexos. Mais promissor seria tratar a capacidade de *auto-organização* dos sistemas como ponto de partida básico, assegurando a comunicação dos sistemas entre si através da regulação: desta maneira estes se veriam obrigados a se transformar em ambiente útil para os outros sistemas parciais⁽⁵¹⁷⁾. O que importa nisso tudo é a advertência de que o controle não deve ficar limitado a programas condicionados e imediatistas, mas, por outro lado, não se explica por que a forma jurídica do *direito reflexivo* deva ter exclusividade. A realidade atual mesmo das normas fortemente controladoras e efetivamente respeitadas é dominada em grande parte por regras de estrutura condicional (direito penal, assistência social) e por programas imediatistas (por exemplo, planejamento diretivo de obras). O direito de proteção de dados é um exemplo que mostra como imposições normativas rela-

(517) Texto fundamental Teubner/Wilke, "ZRSoz" 6 1984, pág. 4 e segs.

tivamente genéricas podem vir a influenciar também o desenvolvimento mais recente, sem que alguém possa levantar seriamente a acusação de que a regulamentação dos fluxos de informação teria apenas caráter simbólico⁽⁵¹⁸⁾. Os meios de que o Estado se vale, no entanto, para executar o controle levantam uma questão que já não pode ser respondida simplesmente pela referência quase automática às técnicas de regulação que encontram sua expressão no Diário Oficial.

O controle estatal por qualquer tipo de direito, afinal de contas, não possui nenhum monopólio de iniciação e execução de mudanças sociais. Mesmo no passado, a situação concreta de vida era muito mais influenciada pela produção de novos bens, pelas formas de distribuição etc. do que por decisões políticas. O comportamento social é moldado em grande parte pelo automóvel — para citar apenas um exemplo trivial —, mas nem por isso existiu por trás desse desenvolvimento a *mão visível do direito* ou alguma decisão política fundamental. O comportamento sexual sofreu uma influência muito mais decisiva pelo lançamento da *pílula* do que, por exemplo, pela revogação do dispositivo penal sobre o adultério⁽⁵¹⁹⁾. Assim surge a pergunta, até que ponto o âmbito *extrajurídico* é passível de direcionamento. Seria possível que a não-aquisição por parte de uma parcela substancial da população de produtos desenvolvidos e colocados à venda possa influenciar a tecnologia? Até que ponto os sistemas tecnológicos futuros contam com uma aceitação cuja ausência colocaria em cheque todo o projeto? Existem forças sociais que poderiam vir a exercer um controle tecnológico descentralizado e específico para cada área e podemos contar com elas? Pode-se imaginar um contrato coletivo de trabalho sobre tecnologia que exclua de antemão determinadas formas de utilização de alguns sistemas tecnológicos em certas áreas?

A seguir tentar-se-á, primeiramente, esclarecer melhor os trâmites tradicionais do controle através do direito, para abordar, depois, o *controle social*.

(518) A falta de comprovação empírica do conceito de direito reflexivo crítica com razão Ronge: "Funktionale Äquivalente zum Recht". Em: Görlitz-Voigt (ed.): "Jahresschrift für Rechtspolitik", Bd. 1: Grenzen des Rechts". Pfaffenweiler, 1987, pág. 104.

(519) Sobre as mudanças sociais fora do âmbito do direito de origem estatal, ver Däubler, W.: "Zur Rolle des Rechts in Reformprozessen". Em: Greiffenhagen (ed.): "Zur Theorie der Reform". Heidelberg/Karlsruhe, 1978, pág. 191 e segs.

3. Controle Estatal do Desenvolvimento Tecnológico

3.1. A Tecnologia como Assunto Particular

Na perspectiva da economia de mercado, cabe ao indivíduo o desenvolvimento de novos produtos e processos.

De fato está em primeiro plano não o gênio inventor que faz as suas grandes invenções num fundo de quintal e, sim, o processo de pesquisa que se realiza nas empresa de grande ou médio porte. Isto significa que é o empresário como tal — desde o lutador solitário de um empreendimento familiar até o diretor de um grupo multinacional — que decide sobre a direção que a pesquisa deve tomar e sobre os resultados a serem explorados na prática. No final das contas é nas salas da diretoria que se decide sobre a produção de um novo medicamento ou de uma nova geração de *chips* e sobre o cultivo de um novo tipo de planta. A empresa se encontra no âmbito da autonomia particular, e isso significa que não precisa prestar contas pelas decisões tomadas, que não precisa comunicar a ninguém as razões boas ou más que a levaram afinal de contas a optar por uma certa definição dos rumos a seguir⁽⁵²⁰⁾.

Em determinados processos produtivos que põem em risco o ambiente, o Estado pode intervir exigindo, por exemplo, um alvará de funcionamento de acordo com o artigo 4 da Lei Federal de Proteção contra Imissões. Mas, via de regra, o controle começa apenas com a comercialização dos produtos: qualquer novo modelo de carro precisa ser testado e aprovado pela Associação de Fiscalização Tecnológica (TÜV), os medicamentos precisam passar pelo exame de eficácia da vigilância sanitária. É importante frisar que essas restrições se revestem sempre de um caráter extraordinário: se o empresário observar os pré-requisitos exigidos pelo Estado, terá direito à aprovação, de acordo com a liberdade de profissões e ofícios garantida pelo artigo 12, inciso 1, da Constituição Federal.

Ao lado desse sistema formal de influência estatal existem outras possibilidades de caráter mais informal, relacionadas com os incentivos financeiros para determinados projetos de pesquisa. Com base em diretrizes administrativas gastam-se anualmente recursos públicos na ordem de bilhões de marcos para fomentar certas pes-

(520) Descrição correta em Zöllner, "AcP" 1988, pág. 11.

quisas *desejáveis*, fadando ao fracasso, por razões de inviabilidade econômica, os indesejáveis. Há, portanto, uma interferência clara na decisão particular da empresa, mesmo que fique resguardada, formalmente, a privacidade e sem que o controle público seja exercido de modo muito transparente. O próprio legislador se limita, até o momento, a colocar à disposição os recursos necessários. Seria possível imaginar que, através da *politização* do instrumentário existente, se chegue a uma transparência maior e até mesmo a outras prioridades. Mas a idéia de privacidade certamente mostraria uma enorme força de resistência.

3.2. A Complexidade da Tecnologia como Objeto de Regulamentação

Controlar a tecnologia através de normas é uma tarefa difícil pelo fato de se tratar de uma realidade variegada. A técnica de regulamentação tradicional se orienta pelo sujeito abstrato do direito, por suas relações contratuais e não contratuais com outros sujeitos do direito, por sua condição de *cidadão*. Esse acesso generalizador reduz a complexidade de modo substancial. Do ponto de vista jurídico não importam as condições concretas da vida e, sim, a sua qualidade como *sujeito do direito*. O mesmo se aplica a objetos de todo gênero: o que se regula não é a diversidade do valor de uso, mas o valor de troca em moeda corrente que predomina não apenas no direito contratual, como também na avaliação de indenizações. Sob o ponto de vista do legislador, esse tipo de direito formal é de fácil manuseio; a experiência mostra que, nessa base, se pode chegar até a codificações.

Mas, para regulamentar a tecnologia, com o intuito de evitar, por exemplo, a poluição descontrolada ou de obter um certo tipo de concretização dos sistemas de informação⁽⁵²¹⁾ ⁽⁵²²⁾ de acordo com os princípios da dignidade humana, do Estado de Direito e da democracia, é necessário enfrentar a multiplicidade das formas de tecno-

(521) Ver a esse respeito p. ex. *Podlech*: "Unter welchen Bedingungen sind neue Informationssysteme gesellschaftlich akzeptabel?" Em: Steinmüller (ed.): "Verdäht und vernetzt". Frankfurt/Main, 1988, pág. 118 e segs.

(522) Sobre a democratização do domínio dos *experts*, ver p. ex. *Däubler, W. e Gmelin*: "Freiheit — Teilhabe — Recht". Em: *Idem/Adlerstein* (ed.): *Menschengerecht*. 6º Congresso de Política Jurídica do SPD. Heidelberg, 1986, pág. 83.

logia. Esta tarefa é incomparavelmente mais difícil, tendo sido resolvida até agora sobretudo pela aplicação de duas artimanhas. Uma delas consiste em estabelecer normas relativamente genéricas por parte do Estado, confiando a redação das regras concretas a um grupo mais ou menos amplo de especialistas. Como exemplo pode-se citar o artigo 3, inciso 1, da Lei de Segurança de Aparelhos que diz que os instrumentos técnicos de trabalho devem *corresponder às regras de tecnologia comumente aceitas*, ou o artigo 7, inciso 2, número 3, da Lei Nuclear que exige *a prevenção necessária contra danos de acordo com os conhecimentos da ciência e da tecnologia*. Em princípio não há nada a objetar contra essa transferência do poder decisório de cunho técnico, contanto que a *expertocracia* não se coloque fora do alcance de um controle democrático.

A segunda artimanha consiste em estabelecer limites máximos admissíveis em relação aos riscos para a vida, a saúde e o ambiente. Provavelmente sem se dar conta disso, procede-se a uma quantificação semelhante àquela que está à base da *conversão* de valores de consumo em valores de troca: grandezas quantitativas aumentam drasticamente a praticidade das normas. No caso concreto, esses limites são até definidos por instâncias politicamente responsáveis, como por exemplo no Direito de Proteção Radiológica⁽⁵²³⁾ ou no ruído máximo admissível no local de trabalho⁽⁵²⁴⁾. A artimanha tem, naturalmente, seus limites: os critérios adotados permitiriam, na maioria dos casos, também valores mais ou menos rigorosos, fato esse que se pode manifestar, por exemplo, em diferentes limites de tolerabilidade para os empregados e para a sociedade em geral⁽⁵²⁵⁾. Além disso, só é possível aplicar esse recurso por enquanto em relação a riscos quantificáveis e cientificamente comprováveis. *Limites sociais* que poderiam definir, por exemplo, a abrangência de dados registráveis⁽⁵²⁶⁾ continuam sem enunciação. A sistemática dos limites é falha também quando se trata de evitar sabotagens ou ataques terroristas: ninguém consideraria seriamente como um progresso a implantação de medidas construtivas e de vigilância que reduzissem a pro-

(523) Artigos 49 a 55 da portaria sobre proteção radiológica, de 13 de outubro de 1976, BGBl I, pág. 2905.

(524) Artigo 15 da portaria sobre os locais de trabalho, de 20 de março de 1975, BGBl I, pág. 729.

(525) Ver Winter (ed.): "Grenzwerte". Göttingen, 1987.

(526) Reflexões sobre o tema em Däubler, W., ob. cit., "ZRP", 1986, pág. 47.

babilidade de um assalto armado a uma usina nuclear a uma centésima parte de um por cento. Internamente existe esse tipo de pressupostos que acabam determinando valores limítrofes⁽⁵²⁷⁾, mas no fundo escondem apenas a realidade de uma proteção incompleta.

Não vejo também nenhuma saída na fórmula que pretende aproveitar para determinados fins as capacidades de auto-organização do sistema tecnológico; quem decide sobre a tecnologia e seu uso é o homem; é o controle de *seu comportamento* que está em questão.

3.3. O Direito como Forma de Reagir à Experiência

De acordo com o conceito atual de justiça, as regras de comportamento pressupõem um cabedal seguro de saber. Esta consideração se aplica tanto ao conceito de risco policial quanto aos riscos de fraude contra o consumidor que estão ligados à aplicação de condições gerais de operação. O próprio estado de bem-estar social nada mais faz do que reparar deficiências que já se manifestaram. A razão disso está no fato de não existir planejamento a nível de sociedade no conceito liberal ou social-liberal do Direito. Confia-se nas forças (domadas) do mercado e na inteligência do indivíduo; a situação só difere na área militar. Por isso, a *futurologia jurídica* não se adapta ao sistema, e iniciativas como a análise da constitucionalidade da tecnologia nuclear ou da informática aparecem como novidade isolada. Neste sentido, as ciências jurídicas, praticamente sem exceção, ficam atrasadas em relação ao estágio atingido por outras áreas das ciências sociais na pesquisa do futuro⁽⁵²⁸⁾. Como consequência, os interesses de gerações futuras dificilmente encontrarão abrigo no sistema jurídico. A *regra de ouro* que diz que a nossa ação não deve criar efeitos e constrangimentos que impeçam as pessoas no futuro de se valerem dos mesmos direitos que

(527) Pressupõe-se p. ex. que os terroristas dispõem de determinado armamento e que o tempo de resistência das construções nestas condições deve ser de 60 minutos. A prevenção de riscos em usinas nucleares não conta p. ex. com a possibilidade de os terroristas disporem de lança-granadas, de modo que os riscos decorrentes simplesmente não são previstos, mais ou menos segundo o princípio: uma coisa dessas é proibida e nem pode acontecer.

(528) Constatado também por *Teubner e Wilke*, ob. cit., pág. 10. Uma visão geral sobre os primeiros passos da futurologia na Rússia pós-revolucionária encontra-se em *Bestuschew-Lada*: "Die Welt im Jahr 2000", Freiburg, 1986, pág. 12 e segs.

exigimos para nós mesmos⁽⁵²⁹⁾ é de caráter político-constitucional, mas (ainda) não jurídico-constitucional. Podem existir fiduciários que resguardem os interesses das gerações futuras? Os mecanismos democráticos são suficientes para justificar decisões irreversíveis? Os procedimentos decisórios não deveriam ser, pelo menos, ampliados a ponto de incluírem a análise e a avaliação dos efeitos futuros da tecnologia?

Não é só a perspectiva que precisa mudar na justiça, também sua instrumentária necessita de atualização. O princípio da descontinuidade, conhecido no Direito Parlamentar, baseia-se no sensato princípio democrático de que uma nova maioria deve ter a possibilidade de tomar novas decisões. Se tomássemos esse princípio a sério, significaria que, no futuro, muitas normas legais deveriam ter um determinado prazo de validade. A administração, cuja competência, em muitos casos, é tão ampla quanto a do legislador, não deveria também ser mais cautelosa, sentindo-se, pelo menos, obrigada a rever a sua decisão quando ocorre uma mudança substancial das circunstâncias?⁽⁵³⁰⁾ E os clássicos prazos para propor ação judicial também deveriam ser revistos; não dá para entender que a geração subsequente não tenha o direito de opor-se a um depósito de gás tóxico ou de mover ação contra a segurança precária de lixo radiativo.

3.4. Resistência dos Afetados pelos Encargos Estatais

A concretização da tecnologia gera despesas. Se uma empresa for obrigada pelo Estado a cancelar a fabricação de um certo produto ou for proibida de comercializá-lo por causa dos riscos ambientais, poderá haver uma queda acentuada de rentabilidade. Enquanto a criação de tecnologia se orientar exclusivamente pelas leis do mercado, qualquer interferência que visé modificações deverá provocar uma redução das perspectivas de lucro, fato que desafiará naturalmente a resistência por parte das empresas atingidas que argumentarão com a existência de concorrentes internacionais não sujeitos ao mesmo tipo de restrições que, portanto, podem produzir a

(529) *Saladin e Leimbacher*: "Mensch und Natur: Herausforderung für die Rechtspolitik". Em: *Däubler, Gmelin e Adlerstein*, ob. cit., pág. 217.

(530) *Brohm*: "Polyzentrische Steuerung durch das Recht". Em: *Görlitz e Voigt* (ed.) ob. cit., pág. 31 e segs.

preços mais competitivos. Se esta consequência não tiver sido incluída nas considerações do processo de normatização, a administração poderá pôr em risco, com a execução correta da lei, os postos de trabalho: se a produção for realmente mais barata no exterior, é previsível que, com o tempo, ocorrerá a desativação gradual das fábricas nacionais cuja produção será transferida para países menos exigentes e dispendiosos.

Ainda bem que os fatos são um pouco mais complexos do que esse modelo. Muitos outros fatores devem ser considerados quando se trata da escolha do local em que uma empresa deverá estabelecer-se, de modo que as restrições de ordem técnica dificilmente constituirão o critério decisivo. Por outro lado existe nesta área a particularidade de serem as tecnologias de informação de importância universal. Enquanto intervenções *importunas* do Estado nas áreas de química, produção de microchips ou tecnologia nuclear afetam apenas um certo grupo de empresas, atingem restrições estatais dessa natureza toda a economia. Consideremos o caso fictício de um Estado que institua o uso obrigatório de sistemas de processamento de dados que não sejam compatíveis com os computadores usados na área de recursos humanos⁽⁵³¹⁾. Fica fácil imaginar a onda de indignação que tal medida provocaria. O potencial de rejeição por parte dos empresários é extremamente grande, ainda mais numa situação como esta que certamente provocaria toda uma ação orquestrada contra esse tipo de *dirigismo estatal*. Confiar em vista dessa realidade nas *forças auto-regulativas* das empresas⁽⁵³²⁾ significa limitar antecipadamente o controle do Estado a objetivos cuja implementação não reduza as expectativas de lucro. Uma atitude dessas significa normalmente capitulação e não intervenção.

3.5. O Estado Pluriforme como Alvo de Exigências

Ao contrário do que afirma a tradição de um Estado autoritário, mas ao contrário também de uma leitura superficial de *Marx*, o

(531) Sobre a divisão dos poderes informacional na empresa que pode ser realizada também de outra maneira (p. ex. via direitos de acesso), ver *Däubler, W.*, ob. cit., "Gläserne Belegschaften? Datenschutz für Arbeiter, Angestellte und Beamte". Colônia, 1987, pág. 101 e segs.

(532) *Ladeur*, "Umweltrecht und technologische Innovation" (manuscrito), Bremen, 1988, pág. 21: mobilização das capacidades de auto-renovação das empresas no direito ambiental.

Estado não representa uma grandeza homogênea que procede segundo princípios homogêneos. Até mesmo a nível de burocracia ministerial se pode constatar que a visão de um ministério pode ser diametralmente oposta à de um outro, enquanto ambos tentam impor a sua posição. Em outros organismos complexos pode se constatar vez por outra uma situação parecida; certos departamentos sindicais também ficam às vezes com a fama não totalmente injusta de serem de *direita* ou de *esquerda*. Impressões dessa natureza não excluem a existência de objetivos superiores respeitados por todos os envolvidos. Só que esses objetivos costumam ter um caráter bastante abstrato; como exemplo poderíamos citar a afirmação do Manifesto Comunista de que o poder estatal nada mais é do que uma comissão que administra os negócios comuns de toda a burguesia⁽⁵³³⁾.

Pergunta-se, então, quem preenche concretamente as margens de arbítrio deixadas pelas regras gerais? Pode fazer muita diferença, por exemplo, se a decisão deve ser tomada por comissões parlamentares, que se expõem à crítica da opinião pública e que precisam temer por sua reeleição, ou se a decisão é tomada na *selva* da burocracia ministerial ou por Tribunais cujo pronunciamento em instância superior é praticamente irreversível. Não se trata aqui de tirar as conseqüências para uma certa estratégia de ação. Por ora devemos contentar-nos com a constatação relativamente modesta que o controle *estatal* da tecnologia pode significar uma variedade de procedimentos, de modo que, na formulação de exigências, deve se ter em vista também a que parte do poder estatal se dirige o apelo e quais as liberdades e restrições desse poder⁽⁵³⁴⁾.

4. Influência sobre a Tecnologia pela Recusa de Aceitação?

4.1. O Princípio

As inovações tecnológicas precisam encontrar seu comprador. O mercado é implacável. A votação pela carteira de dinheiro não deve ser menos importante do que a eleição nas urnas.

(533) *Mew*, vol. 4, pág. 464.

(534) Nas discussões no âmbito do direito trabalhista discute-se p. ex. detalhadamente a questão da conveniência de encaminhar as reclamações jurídicas dos sindicatos diretamente ao Judiciário. Ver a esse respeito *Wolter*, "Für ein besseres Arbeitsrecht", Hamburgo, 1986. Para o nosso contexto interessa sobretudo o artigo de *Brohm*, ob. cit. (14).

A atitude de compradores potenciais é influenciada por muitos fatores. A utilidade do produto à venda pode ser muito reduzida em comparação com seu preço, ou os efeitos colaterais que acompanham o produto podem causar um sabor amargo que reduz a sua utilidade concreta. Se existe, por exemplo, a suspeita de que cada utilização de sistemas informatizados acaba sendo armazenada, que a consulta (eletrônica) nos catálogos de magazines ou a solicitação reiterada de um vídeo trivial está sendo registrada, pode ser que se prefira dispensar tais recursos. Se o empregador percebe que um determinado *software* para o sistema de informação pessoal ou certos monitores provocam reações iradas da parte do conselho de representação dos empregados, preferirá a aquisição de produtos menos controversos⁽⁵³⁵⁾.

Mas, não existem apenas casos positivos de exercício da soberania do consumidor. Esta falha certamente quando do lado da oferta não existem alternativas. Se os produtos de todos os fabricantes forem menos duráveis do que a tecnologia permitiria que fossem (desgaste planejado), resta ao consumidor apenas a aceitação impotente. Esta regra se aplica ainda mais quando existe um monopólio para certos produtos indispensáveis. Se determinados programas de televisão que fazem parte do dia-a-dia, como por exemplo as transmissões de jogos de futebol, passarem a ser transmitidos apenas por canais particulares, pode ser que até um cidadão menos convencido da necessidade de tê-lo a cabo acabe pedindo sua ligação à rede. Ao lado desses constrangimentos objetivos, o indivíduo se vê exposto também a uma série de influências mais ou menos sutis a nível subjetivo. A propaganda visa criar aceitação e adaptação das preferências do consumidor a uma gama de ofertas. Isto não significa que se possa conseguir qualquer objetivo por esse meio. O fato de o sistema de vídeo-texto não encontrar o mesmo número de interessados na Alemanha quanto na França mostra que as estratégias de *marketing* têm seus limites⁽⁵³⁶⁾.

Ao lado da aceitação do mercado existe a aceitação social. O exemplo da tecnologia nuclear mostra que podem existir circunstân-

(535) Ronge, ob. cit., (nota 2) que fala da mobilização de interesses do mercado.

(536) Kubicek, "Mit integrierten Fernmeldenetzen auf dem Weg in die "post"-industrielle Gesellschaft?", "DBW" 47 (1987), pág. 456; o autor informa que os serviços de transmissão de dados Datex-L e Datex-P conseguem cobrir menos de 40% de seus custos, por causa do pequeno número de usuários.

cias em que a aceitação pelo mercado não é suficiente. Quando a tecnologia afeta um grande número de pessoas começa a falhar a função de controle exercida pelo mercado. A ameaça à própria existência provoca reações na área política. Dependendo da intensidade da rejeição, pode levar a ações judiciais e à execração pública, ou mesmo à proibição de uma certa tecnologia ou a atos de sabotagem.

A implantação ampla de tecnologias de informação pode levar a uma situação parecida. O risco de um *estado controlador* e de um definhamento progressivo das relações interpessoais⁽⁵³⁷⁾ pode provocar movimentos de protesto que se aproveitem da vulnerabilidade da sociedade informatizada⁽⁵³⁸⁾. Um grupo relativamente pequeno de piratas *críticos em relação ao sistema* podem ameaçar o funcionamento de amplas áreas da sociedade. Sob esse aspecto existe uma necessidade de aceitação que ultrapassa de longe a disposição de compras de potenciais clientes. Aumentar ou diminuir essa aceitação exige uma orientação política que tem pouco a ver com um meio chamado *direito*.

4.2. Os Riscos

Ninguém pode prever com segurança qual vai ser a reação da população, inclusive de minorias ativas, frente à informatização da vida social. Há no entanto uma série de fatores que apontam para o surgimento de problemas sérios caso a evolução atual prossiga em forma linear. Limito-me a mencionar três áreas que permaneceram bastante esquecidos até o momento.

A realidade nas empresas é marcada hoje por um grande número de opções operacionais informais paralelas à estrutura oficial baseada no direito e na hierarquia⁽⁵³⁹⁾: até mesmo o operário na linha de montagem já pode intercalar um ou outro intervalo de descanso; o funcionário de escritório pode fazer um telefonema particular (tacitamente tolerado); o trabalho pode ser facilitado por meio de contatos não previstos pelos organogramas com colegas de outros departamentos, por exemplo, para a obtenção de informações

(537) A esse respeito, ver Kubicek, ob. cit. (nota 20), pág. 464, com mais referências.

(538) A esse respeito, ver Pordesch, "Der Beitrag der Telekommunikation zur Verletzlichkeit der Gesellschaft", Grupo de Estudos sobre Concretização Tecnológica em Conformidade com a Constituição, apostila n. 6, Darmstadt, set. 1987.

(539) A esse respeito, ver Dombois, Leviathan, 1980, pág. 375 e segs.

ou os recursos considerados necessários. A importância dessas *estruturas informais* se revela por exemplo naquela forma de greve que se chama *cumprimento estrito das normas*, que reduz o trabalho aos trâmites previstos pelas estruturas formais.

A implantação das tecnologias de informação tem a tendência de eliminar exatamente esses espaços informais. O registro dos dados operacionais pode ser utilizado para revelar as menores interrupções do trabalho, as centrais telefônicas modernas registram os números discados permitindo a verificação do tipo de chamada⁽⁵⁴⁰⁾. O controle rígido do fluxo de materiais dispensa o recurso à improvisação (distrativa) para resolver problemas do dia-a-dia.

Muitos empresários se deram conta que o aproveitamento pleno dos potenciais de controle dos novos sistemas provocaria efeitos contraproducentes. Se cada um perdesse sua última ponta de liberdade de ação, se tivesse que justificar qualquer momento de interrupção do trabalho ou qualquer telefonema, aumentaria a tal ponto o desgosto entre os funcionários que passaria a predominar em muitos casos uma espécie de *demissão interior*. Ninguém pode prever, no entanto, se a razão acabará prevalecendo entre os empresários. Mas é muito provável que alguns espaços de liberdade sofrerão restrições, de modo que a aceitação da novidade seja prejudicada.

Por outro lado, as pessoas reagem às vezes de modo bastante alérgico quando sentem que estão sendo vigiados em sua vida particular fora da empresa. Muitos consideram esta a sua *vida verdadeira* com a qual se identificam e que deve estar em *ordem*, já que dela se espera o equilíbrio mental. As perturbações nesta ordem provocam reações de extrema irritação; litígios familiares e de herança são enfrentados com mais exasperação que as disputas no local de trabalho⁽⁵⁴¹⁾. Ao perceber que nem mesmo nesse âmbito se pode agir com total liberdade porque — falando com certo exagero — o *Grande Irmão* está olhando, surgirá certamente uma atitude de resistência. A perspectiva de voltar ao estágio primitivo da aldeia em que todos sabem tudo sobre todos parece aterrorizante.

(540) Sobre a (in)compatibilidade do registro de números discados com o artigo 10 da Constituição Federal, ver *Däubler*, (nota 15), pág. 220 e segs.

(541) Esta avaliação se baseia nas experiências do autor no assessoramento de consultores, por isso não podem ser considerados representativos. A infâmia humana como acusação dirigida ao oponente ocorre sintomaticamente só no direito familiar e de sucessões.

Por fim, a sociedade informatizada pode levar também a uma homogeneização e padronização dos modos de vida. Esse fato se reveste de alguma importância no presente contexto, porque a identificação da grande maioria dos cidadãos com a ordem social estabelecida se deve em parte também à oportunidade que ela oferece ao indivíduo de planejar a sua vida à sua maneira bem particular. Para muitos existe a possibilidade real de recusar a orientação geral de ascensão social, para praticar formas de vida alternativa. A nossa sociedade conhece muitos *nichos* em que cada um poder ser feliz à sua maneira *vivendo numa boa*. Deve ser essa a razão principal porque, apesar de todas as críticas nas mazelas existentes, que vão desde o desemprego até a destruição das bases naturais da vida, não se questiona seriamente o próprio sistema. Se não existissem esses *nichos* haveria um grupo considerável de pessoas que lançariam mão de *vírus de computador* como meio de combate político.

4.3. Consciência Organizada e Não-organizada

A maneira como esses fatores são percebidos e assimilados, e quais as expectativas que se tem diante de uma sociedade informatizada, não está definitivamente resolvido. Como no caso dos salários e das condições de trabalho existe também um elemento histórico e moral; a tradição nacional e os estados de consciência, mas também circunstâncias casuais criam uma sensibilidade mais ou menos aguçada diante dos riscos da tecnologia de informação. Os estágios desiguais de proteção dos dados já demonstram atualmente que o desenvolvimento não é o mesmo em todos os países⁽⁵⁴²⁾. Por isso, é de extrema importância que haja campanhas de esclarecimento sobre as novas tecnologias. Uma determinada tendência na opinião pública influencia também os partidos políticos. Se estes perceberem que a inércia e a falta de projetos na área das tecnologias de informação provocam a fuga dos eleitores, haverá pelo menos uma chance para mudanças, de modo que passem a exercer sobre as instituições estatais aquela pressão que é necessária para superar as dificuldades de controle da tecnologia. Melhor que esse modelo de reação flexível seria a compreensão espontânea dos parti-

(542) Sinopse em Bergmann, "Grenzüberschreitender Datenschutz". Baden-Baden, 1985, pág. 101 e segs.

dos de que a concretização de possibilidades tecnológicas se constitui em problema todo especial que precisa ser abordado não apenas no programa do partido mas por medidas práticas concretas.

5. Um Caso Específico: A Influência dos Sindicatos sobre a Tecnologia

Concluindo vamos abordar também as possibilidades de ação dos sindicatos por dois motivos: por um lado, os sindicatos reúnem pessoas que são diretamente atingidos por certas aplicações da tecnologia. O fato de muitos filiados dos sindicatos sentirem ameaçados seus empregos e sua qualificação ou temerem a vigilância total em seu posto de trabalho cria condições favoráveis para projetos de defesa e de reordenamento. A não-aceitação pode ser manipulada até certo ponto; em todo caso, não depende exclusivamente da originalidade da consciência individual. Em segundo lugar possuem os sindicatos no contrato coletivo de trabalho e — passando pelos representantes dos empregados nas empresas — no sistema de co-gestão institucionalizada instrumentos específicos de ação que lhes permitem participar na concretização da tecnologia.

Os sindicatos alemães não atuaram até agora como críticos fundamentais da tecnologia ou como fanáticos adversários das máquinas. Em parte se deve essa atitude ao fato de terem entre seus filiados também *ganhadores* da racionalização. Mais importante, porém, é a experiência de décadas que mostra que as inovações tecnológicas levam, sob um ponto de vista global, à elevação do padrão de vida, trazendo benefícios também para os assalariados. Nestas circunstâncias, os sindicatos concentraram e continuam concentrando sua atuação na solução das consequências sociais. Desta maneira, os contratos coletivos se limitam por enquanto a estabelecer apenas as condições gerais de uso da tecnologia; exigindo estabilidade no emprego ou redução do trabalho diante do monitor a quatro horas diárias, não se discute, no fundo, a tecnologia como tal, apenas são regulamentadas em certo sentido as consequências para os empregados. Mais próximos da tecnologias se revelam os acordos a nível de empresa que se referem ao controle exercido por sistemas de informática. O artigo 87, inciso 1, número 6, da Lei Constitucional de Empresa dá ao conselho de representação a possibi-

lidade de rejeitar certas formas de aplicação da tecnologia⁽⁵⁴³⁾. Se o conselho aproveita realmente essa chance, depende de muitos fatores, inclusive das relações de poder na empresa, dos conhecimentos técnicos dos próprios representantes etc. Em todo caso existe um acesso ao controle da tecnologia em uma parcela sociedade.

Pode se levantar a questão porque as regras gerais de implementação das novas tecnologias, negociadas nos contratos e acordos, acabam sendo tão *suaves*. Uma das razões é certamente o desemprego em massa que enfraquece o poder de barganha dos sindicatos: muitos filiados temem por seu emprego, já que poderiam vir a ser substituídos por desempregados. Mas, esse fato não explica tudo, sobretudo quando se compara os sucessos nas áreas de salário e redução de jornada de trabalho com a pouca ênfase dada a uma discussão sobre a concretização das tecnologias. As razões me parecem ser antes de mais nada de ordem tradicional e decorrentes de problemas conceituais.

De acordo com a tradição alemã, os sindicatos não se entendem como oponentes das instituições do Estado que poderia ser pressionado, por exemplo, através de greves. Em princípio, a política é considerada assunto dos partidos, do parlamento e do governo. Desta maneira, as decisões tomadas pela burocracia estatal sobre incentivos a serem dados a determinadas tecnologias permanecem fora do horizonte dos interesses sindicais. Além disso, tradicionalmente não se incluem nos contratos coletivos decisões empresariais; o caminho para os órgãos diretivos das empresas deve passar pela co-gestão dos conselhos de representação. Em ambos os casos, não se trata de nenhum dogma, mas essas idéias encontram-se profundamente arraigadas na consciência de muitos filiados.

Quanto à conceituação existe uma grande dificuldade de imaginar uma utilização melhor e socialmente mais aceitável da tecnologia não apenas abstratamente, mas até em casos concretos. No fundo deveria ser criada uma espécie de "contra-pesquisa", um *brain-trust* para desenvolver formas humanizadas de tecnologia. Os 52 bilhões de marcos⁽⁵⁴⁴⁾ investidos em pesquisa e desenvolvimento deveriam ser distribuídos de outra maneira — um projeto gigantesco

(543) Däubler, ob. cit., (nota 15), pág. 222 e segs.

(544) Números tirados de Schneider, R., Technologie. Em: Kittner (ed.): Gewerkschaftsjahrbuch 1986. Colônia, 1986, pág. 220.

que nem ao menos saberia onde conseguir em poucos anos um número suficiente de pesquisadores comprometidos com os interesses dos empregados. Mas, enquanto não houver mudanças neste sentido, a reflexão de grupos de empregados sobre alternativas mais se parecerá com a luta de um time de várzea contra um time da liga nacional. Falando em termos mais científicos: sem uma mudança fundamental nas relações de poder não será possível alterar a direção do desenvolvimento tecnológico, nem substituir a tecnologia orientada no lucro por uma tecnologia orientada no ser humano⁽⁵⁴⁵⁾. Enquanto esta condição fundamental não for realizada, estaremos sempre limitados a pequenas correções tecnológicas no sentido de proteger necessidades humanas fundamentais. Podemos alcançar sucessos isolados de *recusa*, conseguir a proibição de certas formas de tecnologia que se revelarem especialmente prejudiciais à sociedade.

Uma influência sobre a tecnologia que se limita a correções sociais é mais compatível com as tradições alemãs. Mesmo assim, continua de pé o grande problema de que as consequências sociais só podem ser constatadas com certeza quando a tecnologia já está introduzida, depois de gastos milhões, se não bilhões em investimentos. Nestas circunstâncias fica difícil aplicar correções posteriores⁽⁵⁴⁶⁾. O próprio Direito não tem praticamente chance nenhuma de ganhar a corrida contra a tecnologia⁽⁵⁴⁷⁾. Por isso, é tão importante não se fiar somente na influência do Estado sobre os rumos da tecnologia; antes precisamos desenvolver a consciência para formas de tecnologia melhores e mais humanas: o risco de produzir bens que o mercado rejeita causa muito mais efeito nos escritórios das diretorias do que a ameaça de possíveis restrições da parte do Estado. Os sindicatos também poderiam dar a sua contribuição no sentido de criar uma mentalidade mais crítica em relação à aceitação da tecnologia pela opinião pública.

(545) Mais detalhes em *Däubler*, ob. cit.: "ZRP", 1986, pág. 42 e segs.

(546) Quanto à incerteza sobre as consequências das redes planejadas pelos Correios, ver *Kubicek*, ob. cit. (nota 20), pág. 453.

(547) BVerfGE 49, 89, (135): A ordem jurídica está sempre atrás do desenvolvimento tecnológico com o dinamismo que lhe é próprio.

II.III. Novas Tecnologias e Negociações Coletivas

1. Tecnologias de Informação na Empresa. 2. Contratos Coletivos e a Utilização de Novas Tecnologias. 3. Os Direitos de Co-Gestão do Conselho de Representação. 4. Tentativa de Explicação dos Sucessos e das Deficiências. 5. Possíveis Perspectivas.

1. Tecnologias de Informação na Empresa

1.1. Formas de Manifestação

Estamos em plena segunda revolução industrial. Como no século passado a máquina reduziu e muitas vezes até substituiu o trabalho físico, assim é hoje o computador que pensa em lugar do homem⁽⁵⁴⁸⁾. Contabilistas e encarregados da administração de recursos humanos se tornam supérfluos, o trabalho do linotipista pode ser assumido por um auxiliar de escritório com curso de treinamento. Máquinas operadoras são controladas eletronicamente, o CAB executa uma série de trabalhos de rotina dos projetistas, robôs avançam nas áreas de produção, mercadorias são retiradas do depósito por meio de um simples aperto de botão. A lista de exemplos poderia ser prolongada indefinidamente — os processadores de texto, por exemplo, substituem as máquinas de escrever, no lugar do porteiro instala-se uma pequena caixa preta que examina o cartão de identidade funcional antes de liberar o acesso pela porta de entrada. E o *prontuário informatizado* registra tudo aquilo que o empregador considera digno de nota.

Todas essas tecnologias de informação não chegaram de um momento para o outro, trata-se antes de um processo que, nos últimos anos, passou a acelerar-se cada vez mais. Em termos quantitativos, a importância desta evolução se manifesta nos 8% de em-

(548) Conferir p. ex. Steinmüller, "Kursbuch 66" (dez. 1981), pág. 152 e segs.

pregados que, já em 1983, lidavam *preponderantemente com o colega computador* (como dizem) e nos 23,5% que se defrontavam vez por outra com esta situação⁽⁵⁴⁹⁾. Os monitores estão se transformando em instrumento de trabalho diário. Dizem que, entre 1978 e 1983, seu número mais que quadruplicou⁽⁵⁵⁰⁾; segundo um levantamento do Instituto de Pesquisa Emnid trabalhavam, em 1982, já cerca de um milhão de empregados diante de um monitor⁽⁵⁵¹⁾.

A introdução de novas tecnologias é, em diversos sentidos, um processo intencional. Mais de 52 bilhões de marcos foram gastos em pesquisa e desenvolvimento somente no ano de 1985⁽⁵⁵²⁾, o que corresponde a 2,8% do PIB, um montante superado apenas pelos Estados Unidos e pelo Japão. Quase 40% desse total saem dos erários públicos, e mais da metade dessas verbas são distribuídas pelos Ministérios. São portanto os conselhos administrativos e os burocratas nos ministérios que decidem sobre os objetos e o cronograma dos incentivos. Não existe uma *lei de tecnologia*; o empresário que quiser desenvolver novas tecnologias poderá fazê-lo dentro dos limites gerais da liberdade de ação; quem necessitar ou desejar subvenções públicas tem que submeter-se às normas administrativas internas⁽⁵⁵³⁾. Esse procedimento ainda é questionado de alguma maneira por exemplo nos processos de biotecnologia, sobretudo em relação à engenharia genética no ser humano⁽⁵⁵⁴⁾, mas a avalanche de tecnologia informática que se abate hoje sobre as empresas já costuma ser aceita como uma coisa natural e óbvia⁽⁵⁵⁵⁾.

(549) Informação obtida em *Schneider, Roland*, "Technologie", em: Kittner ed., *Gewerkschaftsjahrbuch* 1986, Colônia, 1986, pág. 240. Em 1979, apenas 14,4% tinham que lidar de vez em quando com processamento de dados e só 6% trabalhavam geralmente com essa tecnologia.

(550) Informação obtida em *Gaul*, "Die rechtliche Ordnung der Bildschirmarbeitsplätze", Stuttgart, 1984, artigo A Rn 11.

(551) Informação obtida em *Kilian*, "NJW", 1963, 2803.

(552) *Schneider Roland*, ob. cit., pág. 220 e seg. refere-se também ao que segue.

(553) Sobre o controle jurídico insuficiente da tecnologia ver *Däubler, W.*, "ZRP", 1986, 42 e segs.

(554) Ver *Däubler, W.*, ob. cit., em: *Däubler/Gmelin/Adlerstein* (ed.), "Menschengericht". Congresso de Política Jurídica do SPD, 1986, Hiedelberg, 1986, pág. 334 e segs.

(555) Sobre o desenvolvimento de processos de biotecnologia e sua aplicação na produção, ver *Bimboes-Brückner-Uth-Zwingmann*, *Wsi-Mitt.*, 1986, 612 e segs.

1.2. Conseqüências da Transformação Tecnológica para os Empregados

Supondo estáveis as demais condições, a substituição do trabalho mental por equipamentos informatizados e microprocessadores reduz o volume de trabalho necessário e, com isso, número de vagas⁽⁵⁵⁶⁾. Um processo compensatório por meio de um crescimento quantitativo mais acentuado em outros setores econômicos, sobretudo na área dos assim chamados serviços humanos (educação, saúde, velhice etc.) por enquanto não ocorreu porque faltam as condições políticas e econômicas para sua implementação. Também a redução da jornada de trabalho esbarrou em obstáculos semelhantes, apesar do relativo sucesso obtido em setores isolados⁽⁵⁵⁷⁾. Nestas circunstâncias, só resta o desemprego como conseqüência forçosa das novas tecnologias. Mesmo a constatação de que este se manteve numa faixa constante de mais ou menos 2 milhões de desempregados nos últimos anos não invalida essa tese: Continuamos passando (em novembro de 1986) por uma fase de recuperação econômica, o que impede, momentaneamente, um aumento do desemprego. Esquece-se também com muita facilidade que, em conseqüência de diversas medidas, o número de operários migrantes estrangeiros caiu de 2 milhões no ano de 1980 para 1,6 milhões em 1984⁽⁵⁵⁸⁾ — uma espécie de exportação do desemprego.

Para os remanescentes nas empresas resultam muitas vezes mudanças drásticas nas condições de trabalho. Pode haver um aumento das exigências e pressões de desempenho, com destaque para os riscos para a saúde decorrentes do trabalho em frente aos monitores⁽⁵⁵⁹⁾ e de novas formas de desgaste psicológico⁽⁵⁶⁰⁾. Muitas

(556) A esse respeito ver p. ex. os trabalhos de *Briefs* e *Zinn*, em: *Briefs-Fehrmann-Hickel*, "Technologische Arbeitslosigkeit. Ursachen — Folgen — Alternativen", Hamburgo, 1984.

(557) De acordo com as informações da Gesamtmetall (entidade patronal competente) ocorreram só no setor metalúrgico ao todo 181.000 novas contratações desde a virada em meados de 1984 (*Handelsblatt*, 23.10.1984, pág. 1), mas é difícil distinguir nesses números as contratações decorrentes da "redução da jornada de trabalho" das outras devidas à retomada do crescimento. Sobre os problemas básicos da redução da jornada de trabalho, ver *Däubler, W.*, ob. cit., "KJ", 1985, 362 e segs.

(558) Informações em *Bosch*, "Arbeitsmarkt", em: *Kittner* (ed.), *Gewerkschaftsjahrbuch 1985*, Colônia 1985, pág. 293.

(559) A esse respeito, ver *Wagner, Ulrike*, "Mitbestimmung bei Bildschirmtechnologien", Frankfurt-Berna-Nova York, 1985.

(560) Ver ultimamente *Kuhn-Schreiber*, "Arbeitsplatz und neue Technologien". Studie der Bundesanstalt für Arbeitsschutz, Dortmund, 1986, pág. 82 e segs.

qualificações perdem importância ou se tornam obsoletas; a experiência mostra que muitos empregados se vêem obrigados a exercer serviços de menor qualificação⁽⁵⁶¹⁾.

Mais atenção merece, no entanto, a ampliação das possibilidades de controle por parte do empregador. No lugar do prontuário tradicional encontramos hoje o *sistema de informação pessoal*, no qual são armazenados todos os dados disponíveis sobre o empregado individual, permitindo inclusive a sua interligação. Acumulam-se informações bem mais complexas do que antigamente: o sistema de entrada informa o momento exato em que o portador da identidade funcional n. 1.538 entrou na empresa e em que momento a deixou, o registro telefônico anota de que ramal e em que horário foi feita uma ligação para qual pessoa. Com as linhas de produção informatizadas controla-se a taxa de ocupação das máquinas ou a realização progressiva de uma determinada ordem de serviço⁽⁵⁶²⁾; assim é possível tornar transparente todo o comportamento de trabalho, inclusive os eventuais *intervalos para respirar*. O mesmo princípio se aplica quando numa máquina de escrever eletrônica é registrado cada toque da tecla *back-space*, de modo que fica possível verificar o número de erros de uma determinada datilógrafa num dado espaço de tempo⁽⁵⁶³⁾. O registro de dados operacionais tem a mesma importância dos sistemas de informações pessoais, pois o *trabalho transparente* leva ao controle total sobre os empregados.

1.3. Reação dos Sindicatos e dos Representantes dos "Empregados"

Como tem sido a reação do lado dos empregados diante dessas mudanças? A constatação talvez surpreenda, mas de fato não se verifica nenhuma alteração significativa nos sistemas de negociação. Os contratos coletivos continuam sendo assinados para setores isolados, seja a nível nacional como na indústria gráfica, seja a nível regional como na indústria metalúrgica com seu peso incomparavelmente maior. Contratos a nível de empresa continuam sendo a grande exceção.

(561) Sobre a questão da inversão desta tendência, ver *Kern-Schumann*, "Das Ende der Arbeitsteilung? Rationalisierung in der industriellen Produktion", Munique, 1985.

(562) Ver *Schmitz*, em: Klotz/Meyer-Degenhardt, ed., "Personalinformationssysteme. Auf dem Weg zum arbeitsplatzgerechten Menschen", Reinbeck, 1984, pág. 159 e segs.

(563) *Aplitzsch-Schmitz*, "DB", 1984, 986.

No nível da empresa predomina o conselho de representação dos empregados, eleito por todos os empregados e juridicamente distinto dos sindicatos, se bem que de fato e via de regra coopere estreitamente com eles. Seus direitos de co-determinação seguem no princípio da enumeração, isto é, ele só pode impedir certas medidas do empregador quando existe um fato legal, caso contrário sua ação se restringe a sugestões e providências semelhantes; a organização de greves é expressamente vedada ao conselho (e na prática só ocorre excepcionalmente).

A seguir descreverei, primeiro, até que ponto as novas tecnologias se tornaram objeto de negociações coletivas (Tópico 2) ou de negociações entre conselhos de representação e direções de empresa (Tópico 3). Tentarei, em seguida, explicar as deficiências (Tópico 4) e desenvolver algumas considerações sobre procedimentos alternativos (Tópico 5).

2. Contratos Coletivos e a Utilização de Novas Tecnologias

2.1. Os Casos Comuns

Na grande maioria dos casos são os contratos coletivos que regulam até hoje as condições gerais das mudanças tecnológicas. Em primeiro plano situa-se a definição dos salários; é interessante constatar nesse contexto que os salários líquidos reais foram regredindo gradualmente numa média de 1% ao ano desde 1979, enquanto o ano de 1986 trouxe um aumento de cerca de 3%⁽⁵⁶⁴⁾. Outra prioridade constitui desde 1984 a redução da jornada de trabalho: para 45% de todos os contratos coletivos dos empregados representados pela central sindical DGB está vigorando, atualmente, uma jornada de trabalho de menos de 40 horas semanais⁽⁵⁶⁵⁾. Além desses, existem 17% com dias de férias pagos adicionais, de modo que já ficaram abaixo da barreira das 40 horas semanais uns 62% dos empregados⁽⁵⁶⁶⁾.

De um caráter de condições gerais revestem-se também os assim chamados acordos de racionalização, assinados em número

(564) Dados de Kurz-Scherf, WSI-Tarifarchiv, WSI-Mitt., 1986, 585, 587.

(565) *Idem*, 587.

(566) *Ibidem*.

crescente a partir da primeira crise econômica dos anos 1966/67, abrangendo hoje mais da metade de todos os empregados⁽⁵⁶⁷⁾. Por estes acordos o empregador se compromete sobretudo a compensar até certo ponto os prejuízos causados nos salários pelas mudanças das condições de trabalho. Além disso, obriga-se o empregador a oferecer, na medida do possível, um posto de trabalho equivalente e a custear o retreinamento que se fizer necessário. Na ausência dessa alternativa aumenta o prazo do aviso prévio, e o empregador tem que pagar uma indenização não prevista em lei⁽⁵⁶⁸⁾. Sempre se trata, portanto, das consequências de medidas adotadas pelo empregador, nunca das medidas em si⁽⁵⁶⁹⁾.

2.2. A Caminho da Regulamentação das Tecnologias

Os quadro delimitado pelos contratos coletivos pode ser muito amplo, como no caso dos salários, da jornada de trabalho e da proteção contra medidas de racionalização, de modo que as restrições à liberdade de ação do empregador se limitam praticamente a aspetos de custo. Mas é possível chegar mais perto da própria tecnologia, acordando por exemplo o adiamento de sua introdução ou modificando até a sua forma.

Um primeiro passo importante foi o contrato coletivo geral 2, conquistado em 1973 pelos metalúrgicos da região Nordwürttemberg-Nordbaden⁽⁵⁷⁰⁾. Merecem destaque as seguintes determinações:

a) Garantia de um intervalo de descanso de 5 minutos e de uma pausa para necessidades pessoais de 3 minutos por hora para todos os empregados horistas;

(567) Até 1975 estendia-se a mais ou menos a metade ("RdA", 1976, 265), nesse meio tempo houve também o acordo das seguradoras particulares (texto em "RdA", 1985, 181) e o acordo dos bancários (ver *Hummel*, *Mitb.* 1984, 142). É necessário frisar, no entanto, que se exige, geralmente, muitos anos de tempo de serviço, de modo que o número potencial e efetivo dos empregados atingidos deve ser bem menor.

(568) Sobre o conteúdo, ver tb. *Böhle-Lutz*, "Rationalisierungsschutzabkommen", *Kronbar*, 1974: *Mückenberger-Lühr*, "KJ", 1980, 91 e segs.; *Hagemeler-Kempen-Zachert-Zilius*, "TVG". *Kommentar für die Praxis*, Colônia 1984, parágr. 1, numeração marginal 121.

(569) Correto *Osterland-Deppe et al.*, "Materialien zur Lebens- und Arbeitssituation der Industriearbeiter in der BRD", Frankfurt/Main, 1973, pág. 107.

(570) Texto em "RdA", 1974, 177s. Sobre as dificuldades na realização prática, ver *Steinkühler*, "GMH", 1977.

b) salário mínimo no montante de 130% da taxa referencial de tarefa para todos os trabalhadores pagos por tarefa, medida essa que reduz bastante as vantagens desse sistema de pagamento;

c) na obtenção de dados para a avaliação dos postos de trabalho deve proceder-se de tal maneira que todas as circunstâncias sejam fixadas por escrito, de modo que possam ser reconstituídas;

d) os empregados com mais idade já não precisam temer a perda do emprego; fica assegurado seu salário médio anterior, e uma demissão só é possível por razão muito grave;

e) as funções não podem ser mais subdivididas, ao contrário, o empregador se obriga a ampliar e enriquecer as atribuições do indivíduo nas linhas de montagem e nos trabalhos repetitivos; esta cláusula encontra grandes dificuldades de implementação⁽⁵⁷¹⁾.

Por enquanto, esse tipo de regulamentação não foi adotada por nenhum outro setor⁽⁵⁷²⁾.

Resultados importantes foram conquistados também na indústria gráfica. As regras de alocação quantitativa, que existem nesse setor há anos, prescrevem um número mínimo de trabalhadores para a execução de determinadas tarefas, como por exemplo a operação de uma máquina⁽⁵⁷³⁾. Estas regras quantitativas do ano de 1978 estipulam que certos postos devem ser ocupados preferencialmente por operários qualificados da indústria gráfica⁽⁵⁷⁴⁾. Como resultado ficou garantido aos linotipistas, por exemplo, o aproveitamento nos novos terminais de digitação para composição ótica, apesar da perda irreversível de sua qualificação anterior. No mesmo contrato encontra-se a norma que prescreve intervalos pagos nos trabalhos diante do monitor e duração máxima de 4 horas/dia desse tipo de serviço. É difícil encontrar regras semelhantes em outras áreas⁽⁵⁷⁵⁾, talvez porque essas questões tenham sido tratadas em muitos casos a nível de empresa.

(571) *Idem*, 394; tb. *Dabrowski-Neumann et al.*, "Der Lohnrahmentarifvertrag II in der betrieblichen Praxis", Göttingen, 1977.

(572) A sinopse sobre acordos semelhantes em *Hagemeier-Kempen-Zachert-Zilius*, ob. cit., parágr. 1, numeração marginal 152.

(573) Sobre o assunto, ver *Berg-Wendling-Schröder-Wolter*, "RdA", 1980, 311.

(574) O contrato coletivo encontra-se impresso em "RdA", 1978, 116. Sobre a legalidade desse acordo, ver BAG "DB", 1984, 1099.

(575) Referências em *Wagner, Ulrike*, ob. cit., pág. 260 e segs.

Uma das condições gerais de maior alcance na introdução de novas tecnologias é a ampliação das garantias de emprego. Bem mais que a metade dos empregados pertencem a categorias cujos contratos coletivos excluem a possibilidade de demissão a partir de 40, 50 ou 55 anos de idade, além de prever a garantia da respectiva faixa de renda a partir de uma idade entre 50 e 55 anos⁽⁵⁷⁶⁾. A proibição genérica de demissões, aplicável a todos os assalariados da empresa, só existe excepcionalmente, como por exemplo nos Correios, na Rede Ferroviária Federal e na Agência Nacional de Imprensa⁽⁵⁷⁷⁾.

O *homem transparente e o trabalho transparente* por ora não são objeto da política contratual. O mesmo vale para a própria tecnologia: por se tratar de *decisões sobre investimentos* ficam excluídas da autonomia contratual coletiva⁽⁵⁷⁸⁾ questões como a introdução de novos métodos, a aquisição de novas máquinas controladas por computador ou a terceirização do processamento de dados. Não devemos esquecer que se trata, no quadro esboçado acima, de contratos excepcionais; na Alemanha, a maioria dos assalariados não goza de garantias comparáveis.

3. Os Direitos de Co-Gestão do Conselho de Representação

As atividades dos representantes dos empregados nas empresas passaram a se concentrar muito nas questões de controle por meio dos novos recursos técnicos, só excepcionalmente se registram também iniciativas proífcuas que visem as mudanças das condições de trabalho.

3.1. A Co-Gestão do Controle Técnico

De acordo com o artigo 87 n. 6 da Lei Constitucional de Empresa cabe ao conselho de representação o direito de participar nas decisões sobre a *introdução e aplicação de equipamentos técnicos* que

(576) Referências em *Dohse-Jürgens-Russig*, ed., "Ältere Arbeitnehmer zwischen Unternehmensinteressen und Sozialpolitik", Frankfurt/Main-Nova York, 1982, pág. 308.

(577) *Kurz, e Schert*, em: Klittner (ed.), *Gewerkschaftsjahrbuch* 1986, pág. 109.

(578) Sobre a questão da legalidade de tais acordos, ver especialm. *Runggaldier*, "Kollektivvertragliche Mitbestimmung bei der Arbeitsorganisation und Rationalisierung", Frankfurt/Main, 1983, pág. 126 e *passim*. Outras referências sobre o estágio atual da discussão em *Däubler, W.*, ob.cit., "Arbeitsrecht 1", Reinbeck, 1986, pág. 171, nota 453.

visem controlar o comportamento e o desempenho dos empregados. Isto significa que o empregador não pode agir sem o consentimento do conselho de representação; medidas unilaterais dão ao empregado o direito de recusa do trabalho⁽⁵⁷⁹⁾. Se não houver possibilidade de superar as divergências entre o conselho de representação e o empregador, cabe a decisão a um comitê ou conselho paritário presidido por um conciliador neutro; na maioria dos casos, mas não sempre, esta função é exercida por um juiz do trabalho.

A jurisprudência interpretou a norma do artigo 87, n. 6 da Lei Constitucional de Empresa mais no sentido de ampliação e não de restrição das atribuições dos representantes. Logo após a entrada em vigor da lei houve uma decisão importante que definiu ser suficiente como fato desencadeador a mera *possibilidade objetiva* de controle. Não há necessidade de existir a intenção de controle (aliás difícil de ser comprovada)⁽⁵⁸⁰⁾. Não necessitam do consentimento do conselho apenas aqueles equipamentos que controlam exclusivamente o funcionamento de máquinas, como por exemplo luzes de advertência etc.

A co-gestão se aplica, entre outros, ao levantamento de dados pessoais por meio de equipamentos técnicos que abrange o controle de entrada, já mencionado anteriormente, como também o trabalho com monitor, desde que os dados registráveis permitam tirar conclusões sobre o comportamento do empregado⁽⁵⁸¹⁾. Este caso ocorre, por exemplo, quando o empregado precisa identificar-se com seu código no terminal em que trabalha, de modo que seja registrado o tempo de operação do aparelho. Não é necessário que os dados introduzidos no computador permitam por si só uma conclusão lógica sobre o empregado individual; basta que o empregador ou seu departamento de recursos humanos possam chegar a essa conclusão por meio de *conhecimentos complementares*⁽⁵⁸²⁾. Nem precisa existir nenhum programa de interpretação; a simples existência dos dados já é suficiente em vista da *viabilidade objetiva do controle*. O direito de co-gestão se aplica também quando os dados registrados se referem a um grupo de empregados, desde que a *pressão de controle exer-*

(579) Dietz e Richardi, BetrVG, Munique 1982, parágr. 87, numeração marginal 340.

(580) BAG, "AP", n. 2 sobre Art. 87 BetrVG 1972 — Controle, jurisprudência contínua.

(581) BAG, "NJK", 1984, 1476, 1484.

(582) Ver nota 34.

cida pelo equipamento técnico atinja também o empregado individualmente, conforme pronunciamento do Tribunal Federal do Trabalho. Esse é por exemplo o caso de empregados que trabalham num grupo razoavelmente pequeno em sistema de empreitada⁽⁵⁸³⁾.

Existem também condições para a aplicação do artigo 87, n. 6 da Lei Constitucional de Empresa quando se introduzem no computador dados registrados manualmente⁽⁵⁸⁴⁾. No caso concreto, um técnico de campo da Rank Xerox tinha que preencher todos os dias uma *folha de relatório* que, depois, era analisado pelo computador.

Finalmente há uma sentença recente sobre a questão da necessidade de aprovação do conselho de representantes para a interpretação de dados armazenados e seu eventual cruzamento com os dados de outros empregados. O Tribunal Federal do Trabalho decidiu também esta questão afirmativamente, declarando ser necessário o consentimento do conselho para a *execução dos dados* na avaliação de faltas⁽⁵⁸⁵⁾. O que pesa é a *divulgação dos dados sobre o comportamento e o desempenho dos empregados através do equipamento técnico, não importando a natureza dos dados usados para tal fim*⁽⁵⁸⁶⁾. Esta sentença se reveste de especial importância diante do fato de existirem hoje linguagens de consulta (*query languages*) que permitem até a um *leigo* sem conhecimentos de informática combinar (praticamente) de qualquer maneira os dados disponíveis⁽⁵⁸⁷⁾.

Assim é possível tirar conclusões sobre o estado de saúde de uma pessoa, analisando o consumo regular de pratos de dieta alimentar, registro esse que visa originalmente apenas o acerto de contas mensal. Os aniversários dos filhos, registrados com a finalidade de proporcionar ao empregado os devidos benefícios sociais, podem ser cruzados com as faltas ao serviço para descobrir eventuais sobreposições. É possível calcular a média de faltas da empresa ou de um departamento, criando dificuldades para aqueles que se ausentaram acima desta média. Tem o caso concreto de um funcioná-

(583) BAG, "DB", 1986, 1178.

(584) BAG, "NZA", 1985, 28.

(585) BAG, "DB", 1986, 1469.

(586) *Idem*, 1986, 1471.

(587) Ver *Hexel*, "Mensch im Computer", Hamburgo, 1986, pág. 68 e seg.

rio que pagou uma cervejinha para 6 colegas na cantina, fato esse que ficou registrado como débito em sua conta na forma de *compra de 7 garrafas de cerveja*; tendo faltado ao trabalho no dia seguinte por causa de uma gripe, viu-se confrontado com a suspeita de ter curado uma ressaca⁽⁵⁸⁸⁾.

O conselho de representação e o empregador, bem como o árbitro neutro eventualmente convocado, podem facultar ao empregador a execução de certas análises, mas esta *pressão fiscalizadora* deve ser compensada. Segundo os critérios do Tribunal Federal do Trabalho, uma arbitragem só estará de acordo com o direito vigente, se estiver garantido que o empregador só fará uso da autorização para os fins previstos, com a certeza de que qualquer medida pessoal decorrente precisa do consentimento do conselho de representação⁽⁵⁸⁹⁾.

Na prática, as possibilidades jurídicas não são esgotadas⁽⁵⁹⁰⁾, porque nem todos os conselhos estão em condições de aproveitar todas as chances oferecidas pela lei. Não se trata apenas de uma questão de poder entre o conselho de representação e o empregador, está em jogo também o conhecimento de causa: para poder negociar e assinar acordos sobre questões como *catálogo de dados e diretório de chaves, linguagens de consulta inclusive "match-code", "interfaces" e protocolos*, exige-se uma boa dose de aprofundamento no assunto⁽⁵⁹¹⁾. Em todo caso vale mencionar que existe uma série de casos isolados em que houve uma definição da forma concreta de utilização das possibilidades tecnológicas. Quando são autorizadas apenas possibilidades bem determinadas de análise, cria-se não apenas um novo padrão de orientação, mas a própria forma da tecnologia é modificada. As consequências se tornam claras quando um sistema como o *PATSY*, o mais difundido na área da informação pessoal, passa a ser fornecido, a pedido do cliente, com protocolo automático incluso⁽⁵⁹²⁾. A causas semelhantes, se bem que me-

(588) Informação em Klotz, em: Klotz/Meyer-Degenhardt, ob. cit., págs. 13, 15.

(589) BAG, "DB", 1986, 1472; tb. *Hinrichs*, "AuR", 1986, 286.

(590) *Wolter*, em: *Apitzsch et al.*, "Im Schatten des grossen Bruders", Frankfurt/Main, 1985, pág. 41.

(591) Ver a proposta de subdivisão em *Hexel*, ob. cit., pág. 83 e exemplos práticos de acordos a nível de empresa (pág. 153-192).

(592) Informação em *Wohlgemuth*, "Stellungnahme bei der Anhörung des Bundestagsinnenausschusses" 1986, impresso da comissão 110, pág. 189.

nos comprováveis, se deve o fato de terem sido criadas, há alguns anos, normas DIN para os monitores que passaram a ser seguidos estritamente pelos fabricantes, de modo que, para os usuários, se registrou uma considerável melhora na qualidade dos aparelhos⁽⁵⁹³⁾.

3.2. Outros Direitos de Participação

O conselho de representação dos empregados não possui um direito geral de intervir na mudança das condições de trabalho, de modo que, em princípio, não lhe cabe tentar impedir a informatização da contabilidade ou do almoxarifado. De acordo com o artigo 91 da Lei Constitucional de Empresa, o conselho só pode exigir medidas adequadas se tiverem sido preteridos *princípios certos da ciência do trabalho*, de modo que determinados empregados passem a ser *sobremaneira* prejudicados. A experiência mostra que a existência dessas circunstâncias é muitíssimo difícil de ser comprovada⁽⁵⁹⁴⁾.

Também o artigo 87, inciso 1, alínea 7 da Lei Constitucional de Empresa, que se refere à proteção da saúde, não tem um alcance muito maior. Na jurisprudência prevalece uma tendência oposta àquela de que falamos em relação à alínea 6, isto é, a co-gestão deve ser reduzida a um padrão mínimo. Sem que o texto da lei imponha tal interpretação, aceita-se a co-gestão só naqueles casos em que uma norma do Direito de Segurança do Trabalho abre espaço para intervenções⁽⁵⁹⁵⁾. Justamente quando estão em jogo os riscos de saúde que as novas tecnologias acarretam, vê-se o conselho de representação na contingência de nada poder fazer⁽⁵⁹⁶⁾.

Possibilidades jurídicas mais amplas oferecem as regras sobre a compensação de interesses e o plano social. A introdução de *métodos de trabalho e processos de fabricação totalmente novos*, bem como uma *modificação completa da organização empresarial* constituem, segundo o artigo 111, inciso 2, uma alteração da empresa podendo vir a tornar-se objeto de uma compensação de interesses e de um plano social⁽⁵⁹⁷⁾. De fato, repete-se aqui a mesma situação que já é co-

(593) Ver Wagner, Ulrika, ob. cit.

(594) Ver Däubler, W., ob. cit., "Arbeitsrecht 1", 6.10 (pág. 448 e segs.).

(595) BAG, "NJW", 1984, 1476.

(596) Atitude crítica em Kohte, "AuR", 1984, 253 e segs.

(597) Sobre a compensação de interesses e plano social na implantação de monitores, ver Däubler, W., ob. cit., "DB", 1985, 2297.

nhecida na prática da negociação coletiva: a compensação dos interesses que tem como objeto decisões empresariais não pode ser forçada; um plano social pode até ser conseguido através do recurso à arbitragem, mas esse plano visa apenas compensar ou atenuar desvantagens econômicas. Na prática, mesmo essas possibilidades mais limitadas parecem despertar cada vez menos interesse.

Para completar o quadro, é necessário observar que o conselho de representação tem o direito de informação abrangente da parte do empregador, mesmo em relação a áreas em que lhe é vetada a participação nas decisões. A teoria parece muito bonita, mas de que adiantam informação e conversação se, em caso de não concordância, não existem sanções aplicáveis? Neste sentido, o direito de informação do conselho de representação na Alemanha não se compara com os direitos que estabelece, por exemplo, o protocolo do IAI⁽⁵⁹⁸⁾.

4. Tentativa de Explicação dos Sucessos e das Deficiências

Pode ser que a descrição da situação seja longa e cansativa, mas só nessa base é possível chegar a uma avaliação razoavelmente fundamentada. Mesmo a citação de sentenças do Tribunal Federal do Trabalho foi indispensável, já que o espaço para a ação dos conselhos de representação, na Alemanha Federal, é em grande parte definido pelas decisões judiciais.

Vamos começar com os sucessos. A maior *familiaridade* com a *tecnologia* se manifesta naqueles acordos a nível de empresa que se referem aos controles exercidos pelo computador. O grande contrapeso do conselho de representação neste setor tem respaldo num sentimento generalizado na sociedade. O medo do *grande irmão* está presente até mesmo naquelas camadas da sociedade que costumam manter-se à distância do movimento trabalhista. Esta atitude se cristalizou nitidamente no movimento contra o censo demográfico que, com uma ação de inconstitucionalidade, conseguiu ver derubada pelo Tribunal Constitucional uma lei aprovada antes pelo parlamento⁽⁵⁹⁹⁾. Essa atitude hostil amplamente difundida talvez se de-

(598) Na bibliografia alemã: *Kreile, WSI-Mitt.*, 1986, 604.

(599) BVerfGE, 65, 1 e segs. Sobre o movimento contra o censo e suas condições gerais, ver especialm. *Mückenberger, "KJ"*, 1984, 1 e segs.

va ao fato de serem atingidos justamente aqueles que na sociedade geralmente têm mais privilégios. Existe também a atitude crítica dos conservadores frente à tecnologia que, na consciência das massas, transparece como ceticismo diante de tudo que é novo e incompreensível. Na medida em que as novas tecnologias estão ligadas a controles, surgem portanto problemas especiais de aceitação.

No ambiente da empresa também surgem muitas resistências. Na Daimler-Benz⁽⁶⁰⁰⁾ e na Opel⁽⁶⁰¹⁾ houve manifestações em massa, a ponto de se pronunciarem em um único dia 9 mil empregados num caso e 24 mil no outro, com a sua assinatura, contra a implantação do sistema de informação pessoal. Certamente não podemos generalizar estes fatos. Mas, empresários mais previdentes chamaram a atenção para o fato de que o controle contínuo do comportamento individual deve levar ao "fim da criatividade", provocando uma espécie de demissão interior⁽⁶⁰²⁾. De fato, a nova tecnologia não pode ser utilizada sem uma ampla disposição cooperativa da parte dos empregados. Até mesmo nas relações entre empresários e clientes já se fala hoje de uma *logística da dedicação ao ser humano* que proíbe a substituição pura e simples da comunicação humana pelo atendimento automatizado⁽⁶⁰³⁾. Muito controle e medidas terminantemente rejeitadas pelas pessoas por elas afetadas vão portanto de encontro aos verdadeiros interesses empresariais.

Vamos então às deficiências. O fato de as condições gerais para a implantação de novas tecnologias parecerem até bastante suaves tem um de seus motivos no elevado número de desempregados. A força dos sindicatos diminui quando muitos de seus filiados vivem temendo por seus empregos, já que poderiam ser substituídos a qualquer momento por um desempregado. Mas esta não é uma explicação completa, já que por outro lado se registram grandes sucessos nas áreas de salários e redução da jornada de trabalho. O tema da *utilização da tecnologia* simplesmente não foi encarado com muita seriedade. Parece-me que as causas devem ser atribuídas tanto à tradição quanto a problemas conceituais.

(600) Ver Klotz, em: Klotz/Meyer-Degenhardt ed., pág. 19; Drinkuth, em Aplitzsch et al., ob. cit., pág. 49.

(601) Ver Heller, em: Aplitzsch et al., pág. 167 e segs.

(602) Afirmação em Klotz e Meyer-Degenhardt, ed., pág. 11, e em Wolter, ob. cit., pág. 44 citando Reinhard Höhn, diretor da Academia de Executivos em Bad Harzburg.

(603) Altendorf, "BB", 1986, 1721, 1723.

Na tradição alemã, os sindicatos não se entendem como antagônicos à administração do Estado que poderia ser pressionada, por exemplo, por meio de greves. A política fica reservada aos partidos; o parlamento e o governo recebem apenas apelos⁽⁶⁰⁴⁾. A consequência lógica é que a decisão de favorecer determinadas tecnologias, tomada pela burocracia estatal, permanece fora do horizonte de interesses dos sindicatos. Além disso, não costumam ser incluídas nas negociações coletivas as decisões de cunho empresarial; o acesso às instâncias superiores das empresas fica reservado aos conselhos de representação e a suas iniciativas de co-gestão. Não se trata de dogmas, mas esse pensamento está profundamente arraigado na consciência de muitos filiados.

O problema conceitual reside na dificuldade de se imaginar uma utilização melhor e socialmente mais aceitável da tecnologia não apenas abstratamente, mas em condições concretas. No fundo seria necessário organizar uma espécie de "antipesquisa", um "*brain-trust*" dos assalariados, para desenvolver formas mais humanas de tecnologia. Os 52 bilhões de marcos investidos em pesquisa e desenvolvimento⁽⁶⁰⁵⁾ deveriam ser distribuídos de outra forma — um projeto gigantesco que nem ao menos saberia onde encontrar em poucos anos um número suficiente de pesquisadores voltados para os interesses dos empregados. Enquanto não houver uma mudança neste sentido, as reflexões sobre alternativas se parecerão com a luta de um clube de amadores contra a Internacional de Milão ou o AS Roma. Falando em termos mais científicos: sem uma mudança profunda da situação de poder político não há como reverter o direcionamento do desenvolvimento tecnológico substituindo a tecnologia voltada para o lucro por uma tecnologia humanizada⁽⁶⁰⁶⁾. Sem essas mudanças, trata-se sempre apenas de avançar mais um pedacinho na adaptação da tecnologia às necessidades humanas elementares. Podem ser conquistados alguns sucessos isolados em forma de negação, como proibição de determinadas aplicações da tecnologia que prejudicam reconhecidamente a sociedade. O exemplo da alteração dos sistemas de informação pessoal é bastante significativo: não se trata de encontrar alternativas para o controle pela tecnologia, importa apenas suprimir suas formas mais inconvenientes e associiais.

(604) Ainda não se pode avaliar se as ações contra a nova versão do art. 116 da AFG surtirão alguma mudança.

(605) Ver nota anterior.

(606) Mais detalhes em Däubler, W., ob. cit., "ZRP", 1986, 42 e segs.

Uma adaptação da tecnologia por meio de correções sociais se enquadra melhor nas tradições alemãs e na situação atual do poder. Continua existindo, no entanto, o grande problema das consequências sociais que certamente só podem ser detectadas depois que a tecnologia já é fato consumado, tendo então consumido milhões e até bilhões em seu desenvolvimento. Nestas circunstâncias fica difícil aplicar correções. Também o direito não tem praticamente nenhuma chance de ganhar a corrida contra a tecnologia⁽⁶⁰⁷⁾. Isto não significa que é impossível para os sindicatos e os conselhos nas empresas conseguir mais do que foi realizado até hoje — só que é muito mais difícil proteger por exemplo a qualificação contra a *desapropriação*⁽⁶⁰⁸⁾ do que recusar o *controle total* sobre o empregado. Neste ponto, as organizações dos assalariados dependem exclusivamente de si mesmas, o medo generalizado de um *estado controlador* não vem mais em socorro.

5. Possíveis Perspectivas

Finalizando gostaria de mencionar algumas idéias que são discutidas nos sindicatos e que já entraram no rol dos pontos a serem discutidos nas negociações de contratos coletivos.

O programa de ação do sindicato dos metalúrgicos *Trabalho e Tecnologia* cita uma série de pontos que visam evitar ou neutralizar certos efeitos da tecnologia. Discute-se por exemplo⁽⁶⁰⁹⁾:

- a) a ampliação das funções do trabalho para chegar a uma atividade qualificada;
- b) previsão de um número suficiente de trabalhadores para determinadas tarefas;
- c) redução e diminuição das pressões e dos riscos para a saúde, inclusive do *stress*;
- d) possibilidades de comunicação e cooperação;
- e) limitação das possibilidades de controle e vigilância;
- f) remuneração adequada.

(607) *Correto*, BVerfGE, 49, 89, 135: A ordem jurídica está sempre atrás do desenvolvimento tecnológico dinâmico.

(608) Tentativas iniciais num acordo com a empresa Opel, texto em Mitb 1984, 224.

(609) Citado segundo *Drinkuth*, em: Briefs-Fehrmann-Hickel *et al.*, ob. cit., pág. 134 e segs.

Um autor ligado ao sindicato dos metalúrgicos fala por exemplo de um caso de limitação do uso de robôs àquelas situações em que as condições de trabalho seriam desumanas⁽⁶¹⁰⁾.

Muito mais concretos e viáveis são as propostas do sindicato dos metalúrgicos para um contrato coletivo geral nas regiões Súd-württemberg-Hohenzollern e Südbaden⁽⁶¹¹⁾. Merecem destaque as exigências específicas de organização do trabalho, como por exemplo o compromisso de não subdividir ainda mais as tarefas repetitivas ou de encontrar alternativas para o trabalho em linhas de montagem. É interessante também o *desatrelamento* de homem e máquina, instalando zonas de amortecimento ou prevenindo a intervenção de um número suficiente de substitutos. O trabalho simultâneo em várias máquinas deveria ser reduzido na medida do possível, caso contrário deveria haver horas extras de descanso pago. De interesse é também o direito do indivíduo à reclamação, submetendo ao conselho de representação propostas para um trabalho mais humano. Uma comissão paritária decidiria sobre cada proposta que só poderia ser rejeitada por unanimidade. Se a situação que provocou a reclamação puder ser mudada por meio de recursos técnicos ou medidas organizacionais, obriga-se a gerência a proceder imediatamente à sua implementação⁽⁶¹²⁾. As chances de realização de uma proposta de tanto alcance podem provocar um certo ceticismo, mas a idéia como tal está correta: no contrato coletivo prevê-se apenas o procedimento, para que no posto de trabalho concreto seja ativado o próprio indivíduo.

Numa idéia semelhante baseia-se a proposta do sindicato dos gráficos de submeter à co-gestão do conselho de representantes toda a organização, as rotinas e as condições do trabalho⁽⁶¹³⁾. No fundo prevalece a convicção de que a utilização das tecnologias pode ser tão diferenciada de empresa para empresa que fica difícil formular exigências concretas num contrato coletivo a nível regional. Chama atenção também uma proposta vinda do sindicato dos metalúrgicos de introduzir grupos de trabalho nas empresas para estudar

(610) *Idem*, *Drinkuth*, pág. 135.

(611) A esse respeito e sobre o que segue: *Bispinck*, em: *Briefs-Fehrman-Hickel et al.*, ob. cit., pág. 158 e segs. com mais referências.

(612) O texto da proposta encontra-se em *Bispinck*, ob. cit., pág. 163.

(613) *Idem*, pág. 157.

alternativas de produção⁽⁶¹⁴⁾; já existem primeiras tentativas em empresas de armamento militar. Mesmo que a *produção alternativa* não seja exatamente *alternativa* mas *socialmente amortizada*, já seria um grande progresso para esses *círculos de qualidade*⁽⁶¹⁵⁾. Não quero deixar de mencionar uma proposta que pretende conceder ao conselho de representação uma espécie de Direito de Moratória na implantação de novas tecnologias, para que durante alguns meses seus membros tenham tempo para se aprofundar no assunto e pensar em soluções alternativas⁽⁶¹⁶⁾. A grande tarefa consiste em não se sujeitar à tecnologia orientada no lucro. Mas, a crítica e as idéias próprias só podem surtir efeito se elas se tornarem concretas.

(614) Informação em Kurz-Scherf, em: Kiltner (ed.), "Gewerkschaftsjahrbuch 1986", pág. 111.

(615) Sobre essa instituição que vem do Japão visando aumentar a produtividade, ver Bobke, "AiB", 1984, 36; PUSCH et al., "GMH", 1983, 740; Schütt, Milb 1984, 97.

(616) Zachert, BVerfGE, 1985, 549.

CAPÍTULO III

**INTERNACIONALIZAÇÃO DA ECONOMIA
E DO
DIREITO DO TRABALHO**

III.I. Direito do Trabalho e Relações Com o Exterior *

1. Introdução. 2. Institucionalização através do Mercado Interno Europeu?. 3. Contatos Excepcionais com o Exterior. 4. O Envio de Funcionários Alemães ao Exterior. 5. Trabalho Ligado ao Exterior. 6. Processamento Transnacional de Dados Pessoais.

1. Introdução

A economia alemã é uma economia altamente internacionalizada. Mais de uma quarta parte de seu produto interno destina-se à exportação⁽⁶¹⁷⁾; em 1987, os investimentos diretos no exterior somavam DM 157,9 bilhões⁽⁶¹⁸⁾. Os números relativos às importações e aos investimentos externos diretos na Alemanha alcançam níveis semelhantes⁽⁶¹⁹⁾. Além disso havia, em 1988, mais de 1,6 milhões de operários estrangeiros trabalhando na Alemanha Federal⁽⁶²⁰⁾.

Não se registra, porém, um nível comparável de internacionalização das relações de trabalho. Na Alemanha Federal, o trabalho costuma ser realizado quase sempre de acordo com o direito alemão e sob as condições locais. Por outro lado, aplicam-se nas filiais de empresas alemãs no exterior normalmente as normas salariais e a legislação trabalhista do respectivo país. Mesmo nas negociações

* Trata-se no presente trabalho da versão revista de uma conferência pronunciada pelo autor em 2.11.1989 perante a 8ª Reunião Estadual de Bremen da Associação Alemã de Tribunais do Trabalho. Conservou-se, em grande parte, o cunho palestrador.

(617) Em números concretos: no ano de 1988, as exportações somavam DM 567,75 bilhões, enquanto o PIB era de DM 2.121,15 bilhões (Statistisches Jahrbuch 1989, pág. 242, 542).

(618) Statistisches Jahrbuch 1989, pág. 581 (em 1987).

(619) Statistisches Jahrbuch 1989, pág. 242: importações no valor de DM 439,768 bilhões (em 1988); Statistisches Jahrbuch 1989, pág. 580: investimentos externos diretos na Alemanha (em 1987): DM 101,7 bilhões.

(620) Statistisches Jahrbuch 1989, pág. 104.

coletivas e nas greves, a internacionalização das relações econômicas nada mais é que um fator contextual entre outros: uma boa conjuntura para exportações pode aumentar as possibilidades de distribuição; prejuízos sofridos no exterior podem trazer dificuldades tanto à empresa isoladamente quanto ao setor como um todo. De resto, não se dá muita importância a uma estratégia mais universal: quando as próximas negociações coletivas na Alemanha girarem em torno de uma determinada porcentagem de aumentos salariais e da jornada de 35 horas semanais, os sindicatos estrangeiros deverão enviar, no máximo, telegramas de solidariedade. Greves transnacionais de adesão são um fenômeno extremamente raro⁽⁶²¹⁾.

A orientação nacional das relações de trabalho, que encontramos também em outros países, levou a diferentes sistemas de direito do trabalho. Ao contrário do direito civil, por exemplo, não verificamos a formação de *sistemas jurídicos aparentados*, com estruturas mais ou menos uniformes; o que predomina é a variedade, não a unidade⁽⁶²²⁾. Também os salários e as jornadas de trabalho muitas vezes se diferenciam enormemente. Quando se discutem as condições de competitividade da indústria alemã faz-se referência aos altos salários por hora de trabalho, cujo valor é superado apenas pelos da Suíça, bem como à duração anual do trabalho que é a segunda mais curta, depois da Suécia⁽⁶²³⁾. Mesmo admitindo que estes dois fatores são importantíssimos, não convém de maneira alguma dar-lhes uma importância absoluta, desconsiderando nesta comparação de antemão os direitos de liberdade de manifestação no emprego, de greve e de co-gestão que não podem ser expressos em moeda conversível. Até mesmo do ponto de vista do empresário tal posição revelaria uma certa miopia, pois outros itens, como a disponibilidade de mão-de-obra qualificada, uma certa ética de trabalho, como também facilidades de infra-estrutura e o comportamento previsível das autoridades, devem ser computados como vantagens que compensam favoravelmente o preço elevado da mão-de-obra⁽⁶²⁴⁾. Os custos do trabalho e as rela-

(621) Alguns exemplos podem ser encontrados em *Hergenröder*, "Der Arbeitskampf mit Auslandsberührung", 1987, pág. 3 e segs.

(622) Detalhes em *Däubler*, W., "Comparative Labor Law 4", 1981, pág. 79 e segs. Quanto aos problemas decorrentes para o direito comparativo, *Moll*, "Arbeitsvergleichung", "RdA", 1984, pág. 223, 234 e segs.

(623) Dados citados em *Vogel*, "Die Bundesrepublik Deutschland im internationalen Standortwettbewerb" em EG-Binnenmarkt '92 — Chancen und Risiken für die Betriebe, 2ª ed., pág. 25, 33 e segs.

(624) Só assim se pode explicar o superávit de DM 128 bilhões na balança comercial da Alemanha em 1988, *Statistisches Jahrbuch* 1989, pág. 424).

ções de trabalho constituem apenas um fator da competitividade internacional, o que possibilita economicamente a existência da diversidade.

A orientação nacional das relações de trabalho é confirmada pela existência de conflitos de direitos. As normas de direito público, inclusive o Direito de Segurança do Trabalho e de Seguridade Social, devem basear-se, segundo o entendimento tradicional, no princípio de territorialidade⁽⁶²⁵⁾. O mesmo se pode dizer da legislação sobre as relações de trabalho na empresas⁽⁶²⁶⁾. No direito de contratação do trabalho existiu, até 1986, plena autonomia das partes, enquanto hoje prevalece o direito vigente no local de trabalho, de modo que as cláusulas contratadas não podem reduzir o respectivo padrão de proteção⁽⁶²⁷⁾. Nestas circunstâncias, é óbvio que os sindicatos alemães celebrem contratos coletivos tão-somente de acordo com a legislação alemã⁽⁶²⁸⁾. Mais tarde haveremos de falar de algumas exceções⁽⁶²⁹⁾.

2. Institucionalização através do Mercado Interno Europeu?

A situação descrita deverá sofrer alguma mudança com a criação do mercado interno europeu em 31 de dezembro de 1992 (ou pouco tempo depois)? As conseqüências podem sobrevir por força da dinâmica própria de um *mercado grande* (1) ou através de uma legislação supranacional (2).

(625) *Gamillscheg*, Internationales Arbeitsrecht 1959, pág. 187 e segs.

(626) P. ex. "AP" n. 16, de 25.4.78, "AuR" 1979, pág. 122 e "AP" n. 17, de 21.10.80, "AuR" 1981, pág. 252 (com comentários de Corts) sempre em relação ao direito internacional privado e direito do trabalho; última confirmação pelo BAG em 30.4.87, "AP", n. 15 ao art. 12 da SCHwbG "AuR" 1987, pág. 319 = "NJW", 1987, pág. 2766.

(627) Confira a esse respeito *Birk*, "Die Bedeutung der Parteiautonomie im internationalen Arbeitsrecht", "RdA" 1989, pág. 201 e segs.; *Lorenz*, "Das objektive Arbeitsstatut nach dem Gesetz der Neuregelung des internationalen Privatrechts", "RdA", 1989, pág. 220 e segs.; *Däubler, W.*, "Das neue Internationale Arbeitsrecht", *Recht der internationalen Wirtschaft, Aussenwirtschaftsdienst des "BB"*, 1987, pág. 249 e segs.

(628) Raros são os estudos que analisam a possibilidade de eventuais convenções coletivas de acordo com leis estrangeiras, *Birk*, ob. cit., "Internationales Tarifvertragsrecht — eine kollisionsrechtliche Skizze" em *Festschrift für Beitzke*, 1979, pág. 831, 847 e segs.

(629) Cf. minhas explicações em III.

2.1. Consequências de um Mercado sem Fronteiras

Caso o plano de crescimento do mercado interno venha a corresponder às expectativas, poderemos contar com um aumento do PIB e com mais vagas no mercado de trabalho⁽⁶³⁰⁾. Mesmo que se cumpram os prognósticos mais otimistas⁽⁶³¹⁾, o que ninguém parece esperar realmente, haverá grandes mudanças nos diversos mercados de bens e serviços que nem sempre se mostrarão favoráveis aos empregados. Um relatório elaborado por funcionários da CE⁽⁶³²⁾ revela que estas consequências deverão ser sentidas mais nitidamente em áreas onde existem barreiras comerciais de ordem técnica, como por exemplo em forma de normas de segurança diferentes, e onde, ao mesmo tempo, o Estado se apresenta como cliente decisivo. Nestas áreas poderão acontecer perdas no volume de participação no mercado, uma vez que o setor público se verá obrigado, por razões de ordem fiscal, a recorrer a ofertas mais baratas vindas do exterior⁽⁶³³⁾. São citados como exemplos geradores de turbinas, locomotivas, computadores de grande porte, equipamentos de telecomunicação e a tecnologia dos raios *laser*⁽⁶³⁴⁾. O fato de no mercado norte-americano, com suas dimensões comparáveis, existirem fornecedores em número bem mais reduzido do que na CE realça ainda mais os riscos futuros. Provavelmente acontecerão fusões através da aquisição de empresas, mas a possibilidade de diminuição dos postos de trabalho e do aumento dos casos de insolvência também não está descartada⁽⁶³⁵⁾.

Em algum setor relativamente apertado da economia pode ocorrer até uma concorrência centrada diretamente nos custos salariais

(630) Por exemplo as previsões do Relatório Cecchini contando com um aumento do PIB entre 4,5 e 7% e com a criação de 1,8 — 5 milhões de novos empregos; cf. Cecchini, Europa'92 — "Der Vorteil des Binnenmarkts" (1988), pág. 132 e outras.

(631) Críticas ao Relatório Cecchini e referências a outras previsões menos otimistas em Däubler, W., "Sozialstaat EG? Die andere Dimension des Binnenmarktes", 1989, pág. 60 e segs.

(632) Relatório provisório do grupo de trabalho interdirecional: "Die soziale Dimension des Binnenmarktes", Soziale Europa, número especial (Luxemburgo, 1988)

(633) Veja nota 632, pág. 43.

(634) *Idem*.

(635) Ver também Holaschovsky, "Die Kosten der Nicht-EG — Ergebnisse des Cecchini-Berichts" em Binnenmarkt '92: "Perspektiven aus deutscher Sicht" (org. Forschungsgruppe Europa) (1988), pág. 27; Maillet, "Le Rapport Padoa-Schioppa. Efficacité, Stabilité et Équité", RMC, 1988, pág. 10.

— fenômeno esse que costuma receber o epíteto de “*dumping social*”⁽⁶³⁶⁾. No setor de transportes e na construção civil, os outros fatores de localização são relativamente secundários, de modo que os baixos custos salariais podem levar a ofertas bem mais baratas. Já não é nenhuma conjectura fantasiosa imaginar que um grupo de operários portugueses de construção passe a ocupar o lugar de uma subcontratada alemã ou que uma transportadora grega transporte bens entre Hamburgo e Munique: se os próprios custos salariais se situarem de 30 a 50% abaixo dos níveis praticados por firmas alemãs⁽⁶³⁷⁾ nos setores em que estes custos constituem um fator importante no cálculo dos preços, será fácil fazer uma oferta bem mais vantajosa ao cliente⁽⁶³⁸⁾. As conseqüências sociais, porém, seriam desastrosas. Ou os empresários alemães veriam reduzida a sua fatia de participação no mercado, possivelmente tendo de retirar-se dele de vez, ou eles mesmos passariam a fundar filiais nos países de salários mais baixos para poder atender o mercado alemão com a mão-de-obra ali recrutada. Ambas as alternativas levariam à demissão dos empregados alemães.

Na realidade, os dois fenômenos citados — reestruturação de certos mercados e possibilidade de prática de *dumping social* — são elementos normais de uma economia de mercado. Em muitos setores, a internacionalização já ocorreu faz tempo⁽⁶³⁹⁾, de modo que essa questão do deslocamento de empresas para países com custos salariais baixos não se constitui em nenhuma novidade⁽⁶⁴⁰⁾. Mesmo assim, esta nova *onda internacionalizante* não deverá modificar a orientação nacional das relações de trabalho.

(636) P. ex. *Jacobi*, “Gewerkschaften, industrielle Beziehungen und europäische Einigung”, *Mitbestimmung*, 1988, pág. 610 e segs.

(637) Visão sinótica em *Vogel*, ob. cit., pág. 33.

(638) Relatório provisório (nota 632), pág. 65 e segs., segundo o qual não se pode descartar de todo a existência de *dumping social* nas áreas de transportes e construção civil.

(639) Por exemplo na indústria de calçados; mais detalhes no relatório provisório (nota 632), pág. 41.

(640) *Fröbel, Heinrich e Kreye*, “Umbruch in der Weltwirtschaft”, 1986, pág. 56; interessa sobretudo a constatação de que os empregos na indústria alemã diminuíram em mais ou menos 1 milhão entre 1975 e 1983, enquanto os empregos criados por empresas alemãs aumentaram no mesmo período em mais ou menos meio milhão (*ib.*, pág. 267).

2.2. Criação de Relações de Trabalho em Âmbito Europeu através do Direito?

A internacionalização das relações de trabalho poderia processar-se pela criação de normas de direito do trabalho emanadas da própria Comunidade Européia, de modo que uma ordem preferencial se sobrepusesse ao direito nacional. Os passos mais importantes nessa direção seriam a introdução da co-gestão nas Sociedades Anônimas Européias (SAE), convenções coletivas européias e lutas trabalhistas sem fronteiras.

De qualquer maneira, as portarias e diretrizes desta natureza não careceriam de fundamento legal no acordo da Comunidade Européia, pois só o artigo 235 já poderia servir de base para este tipo de medidas⁽⁶⁴¹⁾. Faltam, no entanto, as condições práticas para tal procedimento, tanto no passado quanto em futuro previsível.

2.2.1 Os Resultados Modestos da Política Social da Comunidade Européia

Em trinta anos de existência, a Comunidade Européia não conseguiu produzir resultados relevantes na área de política social e do direito do trabalho. Podemos distinguir três fases distintas:⁽⁶⁴²⁾

a) Nos anos de 1958 a 1972 não aconteceu praticamente nada. Não se expediram normas jurídicas, nem se verificaram influências sobre o desenvolvimento do direito do trabalho nos países-membros. Apenas o direito do trabalhador migrante recebeu regulamentação jurídica comum.

b) A segunda fase de 1972 a 1980 foi marcada sobretudo pelo programa de ação sócio-política de 1974⁽⁶⁴³⁾. Nesta época foram aprovadas diversas normas que acabaram influenciando em alguns detalhes também o direito do trabalho alemão. O conceito de demissão em massa da lei de proteção contra demissões⁽⁶⁴⁴⁾ sofreu mo-

(641) Quanto às possibilidades jurídicas oferecidas pelo acordo da CEE para a realização de projetos sociais, *Däubler, W.*, ob. cit., (nota de rodapé 632), pág. 76 e segs.

(642) Ver também *Hepple*, "The crisis in EEC Labour Law", *The Industrial Law Journal*, 1987, pág. 77 e segs.; *Zachert*, "EG-Binnenmarkt und Arbeitsrecht", "AuR", 1989, pág. 161 e segs.

(643) ABl. n. C 13/1, de 12.2.74.

(644) ABl. n. L 48/29, de 22.2.75, publicado também em "Internationale Arbeits- und Sozialordnung" (org. por *Däubler/Kittner/Lörcher*) (1990) como n. 431.

dificações⁽⁶⁴⁵⁾ a partir da respectiva norma de 1975. A norma sobre a salvaguarda dos direitos dos empregados em caso de incorporação ou fusão de empresas⁽⁶⁴⁶⁾, do ano de 1977, levou a uma revisão do art. 613 do Código Civil⁽⁶⁴⁷⁾. As duas normas sobre igualdade de direitos, de 1975⁽⁶⁴⁸⁾ e 1976⁽⁶⁴⁹⁾, influenciaram de modo decisivo o dispositivo contra a discriminação do art. 611a do Código Civil⁽⁶⁵⁰⁾, enquanto a norma que prevê a proteção do empregado em caso de insolvência do empregador⁽⁶⁵¹⁾ não logrou passar além do que está estabelecido na lei de reposição de perdas por falência, de 1974.

c) A partir 1980, a emissão de normas de natureza jurídico-trabalhista cessou quase por completo. Propostas de regulamentação do trabalho de meio expediente⁽⁶⁵²⁾, de aluguel e temporário⁽⁶⁵³⁾ estão paradas; o mesmo vale para a assim chamada norma *Vredeling* sobre o direito de informação e audição em grupos transnacionais⁽⁶⁵⁴⁾. Há exceções, como o princípio de igualdade de direitos de homem e mulher que, a partir da jurisprudência do *Tribunal de Justiça Europeu*, transmitiu novos impulsos também ao direito alemão⁽⁶⁵⁵⁾. Além disso verifica-se uma atividade intensa no sentido de regulamentar a área

(645) Segunda emenda à Lei de proteção contra demissões de 30.4.78, BGBl. I, pág. 550.

(646) ABl. n. L 61/26, de 5.3.77, publicado também em *Däubler/Kittner/Lörcher* (nota de rodapé 644) sob o n. 432.

(647) Lei de adaptação à CE de 13.8.80, BGBl. I, pág. 1308.

(648) Diretriz do Conselho de 10.2.75 para a adaptação das normas legais dos países-membros quanto à aplicação do princípio de igualdade entre homens e mulheres. ABl. n. L 45/19, de 19.2.75, publicada também em *Däubler/Kittner/Lörcher* (nota de rodapé 28) sob o n. 421.

(649) Diretriz do Conselho de 9.2.76 para a implementação do princípio de tratamento igual de homens e mulheres quanto ao acesso a empregos, formação e ascensão profissional bem como às condições de trabalho, ABl. n. L 39/40, de 14.2.76, publicada também em *Däubler/Kittner/Lörcher* (nota de rodapé 644) sob o número 422.

(650) Introduzido pela lei de adaptação à CE de 13.8.80, BGBl. I, pág. 1308.

(651) ABl. n. L 283/23, de 28.10.80, publicado também em *Däubler/Kittner/Lörcher* (nota de rodapé 644), sob o n. 433.

(652) Proposta para uma diretriz do Conselho para a regulamentação do trabalho opcional com jornada reduzida, ABl. n. C 62/7, de 12.3.82, versão emendada ABl. n. C 18/5, de 22.1.83.

(653) Proposta para uma diretriz do Conselho para a regulamentação do trabalho temporário, ABl. n. C 128/2, de 19.5.82, versão emendada ABl. n. C 133/1, de 21.5.84. O trabalho de aluguel e temporário deveriam ser regulamentados pela mesma diretriz.

(654) ABl. n. C 297/3, de 15.1.80, versão emendada ABl. n. C 217/3, de 12.8.83.

(655) Ver *Colneric*, "Gleichberechtigung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht", "BB", 1988, pág. 968 e segs., por último "EuGH" de 13.7.89, "AiB", 1989, pág. 365 com comentário de *Niebock*.

de Segurança do Trabalho⁽⁶⁵⁶⁾, o que se deva talvez ao fato de haver uma série transtornos causados pela existência de uma diversidade de normas de segurança impedindo a venda de certos produtos (como máquinas ou materiais) em todos os países de comunidade.

Quanto à evolução futura existem projetos em duas direções, mas sua realização parece muito duvidosa.

2.2.2. Uniformização pela Desregulamentação?

A primeira alternativa que aposta na desregulamentação parece estar em sintonia com o espírito atual. Mas *desregulamentação* não significa diretamente redução de direitos, como se uma norma pudesse vir a abolir, por exemplo, a jornada de oito horas, a estabilidade dos representantes dos empregados ou as prerrogativas da gestante. Antes, a discussão pode girar em torno de normas que levariam a uma redução do padrão de segurança. As minas colocadas agora só viriam a ser detonadas depois de passado algum tempo.

Uma das áreas ameaçadas seria a da Segurança do Trabalho. Na verdade, o artigo 118 do acordo da CEE prevê que, quanto ao ambiente de trabalho, podem ser estabelecidas tão-somente normas mínimas. Mas, ao mesmo tempo, os órgãos da Comunidade tem a possibilidade de eliminar obstáculos de ordem técnica que impeçam o livre comércio, estabelecendo padrões uniformes de segurança para máquinas e outros produtos que não poderão ser modificados. A assim chamada norma para máquinas, de junho de 1989, já está nessa linha⁽⁶⁵⁷⁾. Imagina-se, então, que a segurança do trabalho ligada ao produto possa ser sancionada definitivamente pelo Direito Comunitário; assim, padrões melhores do Direito Alemão, por exemplo, só poderiam ser mantidos sob as condições restritivas do artigo 100a, alínea 3 do acordo da CEE⁽⁶⁵⁸⁾. Uma outra interpretação possível seria a de que a liberalização só atingiria a circulação de bens, enquanto a utilização na fábrica continuaria sujeita às normas de prevenção e segurança do trabalho. O debate a respeito desse tema nem sequer começou, e a definição da posição vencedora é algo imprevisível.

(656) Visão sinótica em Knoll, "Arbeitsschutz im Europäischen Binnenmarkt", "DB", 1989, pág. 1234 e segs.

(657) Diretriz de 14.6.89 para a adaptação das normas jurídicas dos países-membros para máquinas, ABl. n. L 183/9 de 29.6.89.

(658) Críticas à norma para máquinas em Bönnner "Der deutsche Unternehmer vor dem Europäischen Binnenmarkt", "DB", 1989, pág. 614; Knoll, ob. cit. (40), pág. 1239.

Não menos problemática deverá ser a criação do estatuto de uma Sociedade Anônima Européia (SAE). De acordo com o projeto da Comissão da CE⁽⁶⁵⁹⁾ uma tal sociedade poderia ser formada p. ex. a partir da fusão de duas empresas de países diferentes, que escolheriam livremente o local de sua sede⁽⁶⁶⁰⁾. Suponhamos que uma sociedade alemã e uma espanhola resolvam valer-se desta possibilidade escolhendo Madri como sede da nova empresa; então os empregados alemães passariam a ter de repente um empregador estrangeiro, com consequências também para o contrato coletivo. Assim, a SAE sediada no exterior dificilmente se associaria à Confederação Alemã dos Empregadores. O projeto da comissão não aborda a questão dos acordos coletivos em vigor na data da fusão; considerando a norma sobre a salvaguarda dos direitos dos empregados em caso de incorporação ou fusão⁽⁶⁶¹⁾ de empresas é provável, no entanto, que eles continuem valendo apenas até o momento de uma nova contratação. Os contratos coletivos espanhóis também não oferecem proteção alguma, uma vez que se aplicam apenas aos empregados que trabalham em território espanhol e não à nova filial alemã. Além do mais, constituiria um acaso extremamente feliz, se os contratos regulamentassem os mesmos itens com resultados semelhantes. Uma lacuna desse tipo só poderia vir a ser preenchida por um acordo coletivo a nível de empresa, caso não se opte de antemão por uma solução à base de um sindicalismo por empresa em forma de acordo entre os representantes dos empregados e a diretoria da SAE. Se um número maior de empresas passar então a aproveitar essas novas possibilidades, haverá um fracionamento dos acordos coletivos por setor. E não vejo realmente por que elas não deveriam aproveitar essa chance, já que poderiam escolher o nível de negociação em que costumam ser mais fortes⁽⁶⁶²⁾.

(659) Proposta para um decreto (CEE) do Conselho sobre o estatuto da sociedade anônima européia, de 25.8.89, COM (89) 268 — SYN 218, e proposta para uma diretiva do Conselho para a complementação do estatuto sobre a posição do empregado, de 25.8.89, COM (89) 268 — SYN 219.

(660) Apresentação detalhada do projeto em *Kolvenbach*, "Statut für die Europäische Aktiengesellschaft (1989)", "DB", 1989, pág. 1957 e segs.

(661) Veja nota 647.

(662) *Lecher*, "Mitbestimmung — ein europäisches Integrationsthema", *Mitbestimmung*, 1988, pág. 628 e segs., chama a atenção para o fato de os empregadores da maior parte dos países da CE enviares esforços para que haja um deslocamento das negociações coletivas ao nível de empresas e fábricas.

Ao contrário do que acontece com a política de contratação coletiva, prevê-se no projeto a regulamentação detalhada da co-gestão. Em princípio existiriam três modelos de participação na SAE que diferem bastante entre si: ao lado da representação no conselho administrativo (que pode variar entre um terço e a metade dos membros), cogita-se na criação de um órgão separado com direitos de informação e consulta, bem como num modelo negociado em acordos coletivos⁽⁶⁶³⁾. Para que não ocorra um evitamento de determinados modelos de co-gestão, pretende-se autorizar os países-membros a restringirem o número dessas opções. Desta maneira, a Alemanha Federal teria, por exemplo, o direito de prescrever para as SAE que vierem a existir em seu território o modelo do *conselho administrativo*. Mas, com esta solução, pouco se progride em relação ao problema em si. Caso a sede da empresa se localize no exterior — como no nosso exemplo — pode ser escolhido naturalmente o segundo ou o terceiro modelo.

Apesar da possibilidade de subtrair-se de compromissos trabalhistas pela fuga para um país com outra legislação⁽⁶⁶⁴⁾, o projeto de um estatuto de SAE não teve, até o momento, uma acolhida muito animadora⁽⁶⁶⁵⁾. O indício de que o governo inglês pretende dispensar as empresas da obrigação de optar entre um dos três modelos, revela fundamentalmente a existência de um problema estrutural: os países-membros querem reservar para si mesmos o direito de introduzir as mudanças necessárias numa área tão sensível e de tanto impacto como a das relações do trabalho⁽⁶⁶⁶⁾. Também aqueles que têm por objetivo a desregulamentação das normas de proteção não querem sujeitar o alcance e o ritmo de tais medidas ao arbítrio das secretarias de Bruxelas. O estatuto da SAE representaria uma intervenção muito mais contundente na soberania nacional do que a eliminação de barreiras alfandegárias ou a uniformização do padrão

(663) Detalhes estão na proposta para uma diretriz do Conselho (nota 659).

(664) A aprovação de uma diretriz sobre as fusões transnacionais de sociedades anônimas provocaria efeitos semelhantes; a esse respeito *Däubler, W.*, ob. cit., "Grenzüberschreitende Fusion und Arbeitsrecht", "DB", 1988, pág. 1850 e seqs.

(665) Quanto ao posicionamento de associações patronais e sindicatos, *Kolvenbach*, ob. cit., pág. 1957; mais detalhes sobre esse tema e o seguinte em *Däubler, W.*, ob. cit., "Mitbestimmung — ein Thema für die EG?", "KJ", cad. 1/1990.

(666) *Simitts*, "Internationales Arbeitsrecht — Standort und Perspektiven" em "Festschrift für Kegel", 1977, pág. 160, que explica a pouca eficiência do direito internacional do trabalho pelo fato (entre outros) de as relações de trabalho fazerem parte de uma das áreas essenciais da política social e econômica.

de segurança. Um fator agravante mas não necessariamente determinante é a falta de maturidade do projeto que se manifesta por exemplo na exclusão de quaisquer outras representações além dos interesses de empregados e empregadores, deixando fora de consideração uma possível sintonia com outros níveis de representação. Realmente decisivo é o fato de não existir nenhuma necessidade econômica que exija a renúncia a uma porção essencial de soberania nacional. A experiência norte-americana mostra⁽⁶⁶⁷⁾ que é perfeitamente viável o funcionamento de um espaço econômico uniforme deixando-se o direito social a critério dos diversos Estados. Quando ultrapassa o *núcleo básico* das condições de funcionamento do mercado comum⁽⁶⁶⁸⁾, a CE revela pouca disposição para a tomada de decisões, reagindo apenas sob forte pressão política e descartando qualquer novo tipo de intromissão na soberania nacional.

2.2.3. Uniformização por meio do Progresso Social?

Os obstáculos que se opõem à desregulamentação centralizada são igualmente fortes quando se trata de aspectos positivos, como por exemplo do nivelamento por meio do progresso de que fala o artigo 117 do acordo da CEE. No momento, todas as atenções neste sentido giram em torno de uma Carta dos Direitos Sociais da CE que estabeleceria um certo padrão de segurança que, de antemão, ficaria a salvo dos interesses concorrentes, incluindo por exemplo o direito de coalizão, o direito de greve, um mínimo de férias e o acesso à seguridade social que passaria a vigorar igualmente em todos os países-membros⁽⁶⁶⁹⁾. Como se trata de normas mínimas, representaria uma intervenção menos profunda nas relações do trabalho nacionais do que a implantação do projeto da SAE. Mas, a reunião de cúpula realizada em dezembro de 1989, em Estrasburgo, mostrou que atualmente não se deve esperar muito da comunidade; ficou muito aquém das respectivas pretensões da comissão eco-

(667) Ver também Kübler, "Verrechtlichung von Unternehmensstrukturen" em "Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität" (org. por Kübler) (1984), pág. 172 e segs., 192 e segs.

(668) Quanto ao princípio "produtivista" do acordo da CEE, Reich, "Förderung und Schutz diffuser Interessen durch die Europäischen Gemeinschaften" 1987, pág. 25 e segs.

(669) Sobre a garantia de direitos sociais básicos a nível de comunidade. Por último Däubler, W. ob. cit., nota 621), pág. 46 e segs. com mais referências.

nômica e social da CE⁽⁶⁷⁰⁾, não conseguiu obter a aprovação do governo britânico⁽⁶⁷¹⁾. Vale assim também para a comunidade como um todo o mesmo princípio reconhecido há tempo a nível nacional: progressos jurídicos não vêm em forma de presente, eles têm de ser conquistados⁽⁶⁷²⁾. Os empregados podem contar com uma grande vantagem: a comunidade dispõe de uma base de legitimação muito frágil, de modo que precisa mostrar resultados na área da política social, para não colocar em risco, a longo prazo, a sua aceitação por parte da população. Essa convicção, porém, não nasce automaticamente. Por isso se faz necessário, em primeiro lugar, um movimento sindical atuante a nível europeu — um objetivo que não se alcança simplesmente pelo nivelamento das diferenças nacionais. O que se exige é muito mais cooperação a nível transnacional. É no contexto de grupos econômicos individuais presentes em toda a Europa que estes objetivos se realizam mais facilmente, uma vez que os empregados e seus representantes se vêem confrontados com problemas da mesma natureza. A atuação conjunta será grandemente facilitada quando forem criadas comissões econômicas européias em bases contratuais, de modo que se possa organizar a cooperação sem fronteiras entre os diversos grupos de interesse⁽⁶⁷³⁾. Em casos individuais pode até ser conveniente a assinatura de um contrato de direito europeu, em consonância com o artigo 118b do acordo da CEE⁽⁶⁷⁴⁾. Neste quadro estreito e modesto poderia tornar-se viável um pedaço de europeização das relações de trabalho. Ao lado desses esforços, será necessário desenvolver objetivos mais abrangentes. As discussões em torno de uma Carta dos Direitos Sociais poderiam trazer muitos impulsos úteis nesta direção⁽⁶⁷⁵⁾.

(670) Pronunciamento da Comissão Econômica e Social a respeito de "Die sozialen Grundrechte der Europäischen Gemeinschaften", de 22.2.89, CES 270/89 (F).

(671) Handelsblatt, 11.12.89, pág. 1.

(672) *Steinkühler*, "Chancen humaner Zukunftsgestaltung gegenüber Kapitalmacht und Sozialdumping" em Europa '92 — Industrie-standort oder sozialer Lebensraum (org. por *Steinkühler*), 1989, pág. 19 e segs.

(673) A respeito do modelo do sindicato IG-Metall para as comissões econômicas européias, *Blank*, "Gegenmacht im Binnenmarkt organisieren: Perspektiven gewerkschaftlicher Betriebs- und Konzernpolitik" em "Chancen humaner Zukunftsgestaltung gegenüber Kapitalmacht und Sozialdumping" (veja nota 673), pág. 230 e segs.

(674) Mais detalhes sobre a aplicação do artigo 118b do acordo da CEE em *Däubler, W.*, ob. cit., "Gemeinschaftsrecht und grenzüberschreitende Interessenvertretung", "AB" 1989, pág. 47.

(675) É esse também o sentido da criação de modelos concretos. A esse respeito *Däubler, W.*, ob. cit., (veja nota 631), pág. 112 e segs.

3. Contatos Excepcionais com o Exterior

Apesar do fato de as relações de trabalho estarem orientadas para o âmbito nacional, existem casos esporádicos de empregos que ultrapassam as fronteiras. Em geral são lembrados neste contexto os artistas de circo ou os funcionários de companhias de vagões-leitos; mas ao lado destes existe um grupo mais importante de pessoas que são os empregados que trabalham para suas empresas no exterior, onde devem implantar redes de distribuição ou exercer funções de executivos ou consultores em empresas filiadas. Há os engenheiros que têm a missão de transmitir *know-how* e passar as informações necessárias aos compradores de instalações industriais. Em determinados projetos empregam-se turmas inteiras de operários da construção civil. Afora estes últimos, trata-se via de regra de funcionários de alto escalão que dispõem de bastante poder de barganha na hora de negociar as condições do contrato de trabalho⁽⁶⁷⁶⁾. Os gerentes de recursos humanos garantem que, em muitos casos, costuma ser bastante difícil encontrar pessoas dispostas a trabalhar no exterior, sobretudo quando se trata de períodos mais longos. Nestas condições são extremamente raros litígios judiciais, uma vez que os funcionários que se dispõem a ir para Hong-Kong, Dublin ou São Paulo contam normalmente com a melhor boa vontade da parte de seus empregadores.

Outra é a situação dos empregados contratados no respectivo país de destino, pois estes ficam sujeitos exclusivamente à legislação local.

O procedimento das empresas estrangeiras que mantêm filiais na Alemanha é muito parecido. Também eles costumam distinguir entre especialistas (estrangeiros) e mão-de-obra local (alemã). Trata-se, no entanto, de um número quase insignificante de empregados estrangeiros que estão nessa situação específica. A imensa maioria é composta de *operários estrangeiros* não enviados por alguma matriz, e estes estão totalmente sujeitos ao direito alemão. Ainda falta muito para que sejam integrados à nossa sociedade em pé de igualdade.

(676) Avaliação semelhante pode ser encontrada em *Isele*, "Auslandsmontage im Arbeitsrecht", em *Festschrift für Ficker*, 1967, pág. 241s.; *Kraushaar*, "Die Auslandsberührungen des deutschen Arbeitsrechts", "BB", 1989, pág. 2121 e segs.

Ao lado da *internacionalização* de empregos isolados verifica-se ultimamente uma maior *internacionalização* do fluxo de informações. O caráter multinacional das empresas se reflete também nos recursos humanos locais que trabalham na área de informática. É admissível e compatível com as normas de segurança de dados em vigor que um departamento de recursos humanos tenha pleno acesso ao CPD instalado no exterior? O quê dizer de uma administração logística a partir do exterior quando estão em jogo dados de pessoas individuais ou passíveis de serem individualizados?

4. O Envio de Funcionários Alemães ao Exterior

4.1. Requisitos

Quem costumava trabalhar em seu país, não pode ser transferido sem mais nem menos para o exterior, só porque assiste ao empregador o direito de livre alocação de seus empregados. Como uma decisão desta natureza traz conseqüências graves para a vida e o trabalho do funcionário, é necessário que o próprio contrato de trabalho sofra modificações⁽⁶⁷⁷⁾. Mesmo que o contrato preveja, por exemplo, a possibilidade de transferências dentro do território nacional, não é possível extrapolar tal dispositivo a ponto de aplicá-lo também a uma transferência para o exterior. Trata-se de um caso excepcional que precisa ser acordado expressamente para cada caso individual⁽⁶⁷⁸⁾. Uma vez satisfeita essa exigência, cabe tão-somente um certo controle de razoabilidade que, segundo a opinião reinante, se restringe à observância de um elenco de critérios pré-formulados⁽⁶⁷⁹⁾. Atenção especial merece um critério negativo complementar à liberdade de escolha de residência garantida pelo artigo 11 da Constituição Federal, o que significa que a pessoa não pode ser obrigada a mudar o centro de sua vida⁽⁶⁸⁰⁾, de modo que a transferência contra a vontade da pessoa só pode ser exigida se estiverem em jogo interesses urgentes da empresa e se outras alter-

(677) Detalhes em *Isele*, ob. cit., pág. 244 e segs.

(678) Contra uma conclusão genérica a partir da natureza da atividade assumida, *idem*, pág. 245.

(679) Provas em *Däubler, W.*, ob. cit., "Das Arbeitsrecht 2", pág. 97 e segs.

(680) Quanto à livre escolha de residência, veja as provas em *Maunz, Dürig, Herzog e Scholz*, "Grundgesetz", texto de 1970, artigo 11, comentário 39.

nativas se mostrarem inviáveis. A importância prática de tal princípio é muito pequena, porque o exercício de atividades profissionais no exterior, sobretudo quando estas são de nível executivo, só faz sentido quando realizado com o consentimento pleno do empregado.

Além da base jurídica no contrato de trabalho devem ser respeitados os princípios internos do direito do trabalho nas empresas⁽⁶⁸¹⁾. O envio para o exterior corresponde quase sempre a uma transferência de acordo com o Art. 95 artigo 3, alínea 1 da lei de relações do trabalho nas empresas, seja porque dura mais de um mês, seja porque implica mudanças consideráveis do ambiente de trabalho. Por isso, o conselho de representação dos empregados pode negar seu consentimento, de acordo com o Art. 99 artigo 2 da mesma lei de relações do trabalho nas empresas. Quando o empregado sai do emprego da empresa alemã, para ser admitido como funcionário da filial no exterior, geralmente continua existindo uma espécie de *emprego residual* no país de origem, de modo que fique pelo menos garantido o direito de readmissão e de filiação ao fundo de pensão da empresa⁽⁶⁸²⁾. Nestes casos, o empregado não se desliga definitivamente da empresa alemã, de modo que não se trata de um distrato que não precisaria passar pelo conselho de representação dos empregados. Para que isso aconteça, é necessário que exista um desligamento definitivo da empresa original que exclua a possibilidade de retorno. De acordo com a jurisprudência, o conselho de representação dos empregados também não precisa ser envolvido quando ocorre uma contratação com a finalidade exclusiva de exercício (mais ou menos prolongado) de atividades no exterior⁽⁶⁸³⁾.

4.2. Situação Jurídica em Caso de Trabalho Interino no Exterior

Quem trabalha apenas por algum tempo fora das fronteiras da Alemanha continua sujeito ao direito do trabalho alemão. O artigo 30, inciso 2 da Lei de Introdução ao Código Civil esclareceu essa situação expressamente; mas o princípio como tal é anterior à defi-

(681) Quanto ao fato de o direito de co-gestão segundo o art. 99 da lei de relações de trabalho na empresa depender do consentimento do empregador, BAG, de 18.2.86, "AP", n. 33 sobre o art. 99 da lei de relações de trabalho na empresa de 1972 "AuR", 1986, pág. 220; *Fitting, Auffarth, Kaiser e Heither*, BetrVG, 15ª edição, art. 99, comentário 29.

(682) O levantamento empírico de *Kronke*, "Rechtstatsachen, kollisionsrechtliche Methodenentfaltung und Arbeitnehmerschutz im Internationalen Arbeitsrecht", 1980, pág. 55.

(683) BAG, de 30.4.87 (nota de rodapé 626).

nição⁽⁶⁸⁴⁾. Como não existem prazos máximos estabelecidos, o limite entre o provisório e o definitivo depende exclusivamente do acordo e da intenção das partes⁽⁶⁸⁵⁾. Quando o trabalho no exterior se estende por vários anos, é legítimo perguntar se na realidade tal ocupação não se reveste intencionalmente de caráter duradouro. Quem quiser afirmar que se trata de uma mudança da situação empregatícia (o que implica eventualmente na aplicação de outra ordem jurídica), precisa trazer as provas necessárias⁽⁶⁸⁶⁾.

Ao aplicar o direito alemão é necessário considerar, no entanto, que o trabalho é realizado no exterior, por isso devem ser respeitadas as normas obrigatórias do direito estrangeiro, uma vez que elas prevalecem até mesmo sobre eventuais pontos divergentes constantes do contrato de trabalho. Esta regra se aplica também à jornada de trabalho e à segurança do trabalho⁽⁶⁸⁷⁾. Devem ser acatados também os feriados do país-anfitrião⁽⁶⁸⁸⁾. Tudo isso tem efeitos sobre o direito material alemão. Caso a ordem jurídica do país estrangeiro proíba o exercício de determinadas atividades, passa a existir um obstáculo de produtividade que, de acordo com os princípios de risco empresarial, não poderá servir de pretexto para diminuir a remuneração devida⁽⁶⁸⁹⁾. Os feriados do respectivo país têm de ser pagos, apesar de a lei que estabelece a obrigatoriedade de pagamento dos *feriados legais* aplicar-se tão-somente aos feriados previstos nos Estados alemães. Nestes casos, a norma alemã deve ser adaptada à situação atípica⁽⁶⁹⁰⁾, ainda mais em vista do fato de haver diferenças consideráveis neste aspeto entre os próprios Estados da Federação⁽⁶⁹¹⁾. Não é admissível, no entanto, que ao lado dos feriados estrangeiros sejam comemorados também os feria-

(684) De uma posição justificada pelo direito consuetudinal fala *Lorenz*, "Das objektive Arbeitsstatut nach dem Gesetz zur Neuregelung des internationalen Privatrechts", "RdA", 1989, pág. 223.

(685) BAG, de 25.4.78 (nota de rodapé 626).

(686) *Lorenz*, ob. cit. (nota 684).

(687) *Isele*, ob. cit. (nota 676), pág. 249; *Simittis* (nota 666), pág. 170.

(688) *Gamillscheg*, ob. cit. (nota 626), pág. 284.

(689) Sobre a aplicação correspondente do artigo 32, inciso 2 da Lei de Introdução do Código Civil, *Däubler, W.*, ob. cit., (nota 628), pág. 251; *Kraushaar*, ob. cit. (nota 676), pág. 2.123; *Lorenz*, ob. cit. (nota 684), pág. 224.

(690) *Jayme*, "Betrachtungen zur 'dépeçage' im internationalen Privatrecht" em "Festschrift für Kegel" (1987), pág. 257: a situação no exterior pode vir a justificar outras normas concretas.

(691) Sobre os limites económicos da diferenciação, BayVerfGH, de 25.2.82, "NJW", 1982, pág. 2.657.

dos alemães⁽⁶⁹²⁾. Até mesmo as exceções feitas com certas festas de especial importância parecem ter fundamento duvidoso⁽⁶⁹³⁾; com o direito a seis semanas de férias em média, haveria também a possibilidade de compensar essas folgas com dias de férias.

Os direitos assegurados pela lei de relações do trabalho nas empresas e pela lei de co-gestão continuam em vigor no caso de estadia temporária a serviço no exterior, sobretudo em relação ao direito de votar e ser votado nas assembléias dos funcionários. Aplica-se também nestes casos o princípio da irradiação⁽⁶⁹⁴⁾. Mas, de acordo com a decisão do Tribunal Federal do Trabalho, tal princípio não dá aos funcionários enviados temporariamente ao exterior o direito de realizarem no exterior uma assembléia parcial ou departamental; um *ato organicista* dessa natureza a citada corte não admite⁽⁶⁹⁵⁾. Mas, na literatura jurídica, há justificadas vozes discordantes⁽⁶⁹⁶⁾. Nem uma assembléia de empregados nem uma reunião do conselho de representantes constituem atos de soberania que necessitem, para sua realização, da autorização das autoridades estrangeiras. Estes casos não diferem essencialmente de reuniões de sócios: ninguém jamais afirmou que a soberania da Suíça é violada pelo fato de os proprietários de uma Sociedade Anônima alemã ou francesa se reunirem num hotel em Zurique. Mesmo deixando de considerar tal paralelismo, haveria outra consequência a apreciar: a empresa deveria possibilitar, então, a seus funcionários que estão trabalhando no exterior a participação na assembléia dos empregados realizada na própria Alemanha, uma alternativa certamente dispendiosa e lenta que, na maioria dos casos, nem chega a ser cogitada seriamente. A jurisprudência provoca, porém, a perda injustificável das chances de participação que só é mitigada em parte pelo fato de os representantes dos empregados terem o direito de procurar os empregados em seus postos de trabalho no exterior⁽⁶⁹⁷⁾.

(692) *Däubler, W.*, ob. cit., (nota 627), pág. 251.

(693) Ver *Gamillscheg*, ob. cit., (nota 625), pág. 284.

(694) P. ex. BAG, de 10.9.85, "AP" n. 3 sobre o art. 117 da lei de relações do trabalho na empresa de 1972, "AuR", 1986, pág. 29; não se pode aplicar outra regra para a co-gestão na empresa.

(695) BAG de 27.5.82, "AP" n. 3 sobre o art. 42 da lei de relações do trabalho na empresa de 1972, "AuR" 1982, pág. 388.

(696) *Fitting, Auffarth, Kalser e Heither*, ob. cit., (nota 681) Art. 1, comentário 20 e art. 42, comentário 55; *Hess, Schlochau e Glaubitz*, BetrVG, 3ª edição, antes do art. 1, comentário 9.

(697) *Fitting, Auffarth, Kaiser e Heither*, ob. cit., comentário 20.

4.3. Situação Jurídica em Caso de Trabalho Constante no Exterior

4.3.1 Ordem Jurídica Aplicável

Quando um empregado alemão é enviado ao exterior por tempo indeterminado, seria natural supor que deve prevalecer o direito do trabalho estrangeiro por ser o direito local. Mas, na prática e na jurisprudência não há unanimidade quanto à existência de uma *ligação mais estreita* com o país de origem, de modo que se possa invocar a situação excepcional que é expressamente admitida pelo artigo 30, inciso 2 da Lei de Introdução ao Código Civil⁽⁶⁹⁸⁾. Essa *ligação mais estreita* com o país de origem deriva do fato de o funcionário ter trabalhado até agora na Alemanha, tendo sido enviado ao exterior por força de seu vínculo empregatício alemão, além de ter sido usada a língua alemã nas conversações sobre as cláusulas do contrato de trabalho e sobre sua eventual renovação⁽⁶⁹⁹⁾. É comum também que, num novo contrato, se declare expressamente a aplicabilidade do direito alemão, o que costuma servir como prova a mais para reforçar a relação com o país de origem. Quando o caso se reveste de outros aspectos específicos, como p. ex. o envio de um cidadão estrangeiro que mantém laços estreitos com o país anfitrião, pode haver um acordo quanto ao direito a ser aplicado; de qualquer maneira, tal opção não pode ferir, segundo o artigo 30, inciso 1 da Lei de Introdução ao Código Civil, as normas obrigatórias do direito vigente no local de trabalho⁽⁷⁰⁰⁾.

4.3.2. Modificações do Direito Contratual Alemão

A definição quanto à aplicabilidade do direito alemão nos *casos estrangeiros* é apenas um primeiro passo. Num segundo passo examina-se a questão da eventual necessidade de adaptação das normas domésticas pertinentes a uma determinada atividade. Esse tipo de problema já se manifesta no direito contratual.

(698) Däubler, W., ob. cit., (nota 627), pág. 252; Gamillscheg, "Ein Gesetz über das internationale Arbeitsrecht", "ZfA", 1983, pág. 340; Kronke, "Das Arbeitsrecht im Gesetzentwurf zur Neuordnung des internationalen Privatrechts", "DB", 1984, pág. 405; Palandt e Heldrich, "BGB" 48ª edição, artigo 30 da Lei de Introdução do Código Civil, comentário 4b, no final.

(699) Quanto às outras possibilidades, Däubler, W., ob. cit. (nota 627), pág. 252.

(700) Ver Birk, ob. cit. (nota 627), pág. 205 e segs.

Interessa inicialmente a norma do art. 75b, alínea 1, do Código Comercial que, em caso de atividade empregatícia no exterior extra-europeu, admite, literalmente, a proibição de concorrência após o fim do contrato, sem indenização pelo prazo de carência. Com toda a justiça, o Tribunal Federal do Trabalho qualificou esta norma como ingerência excessiva na liberdade profissional assegurada pelo artigo 12, inciso 1 da Constituição Federal, passando a não aplicá-la; nem mesmo os interesses dos exportadores alemães poderiam justificar esse sacrifício especial de um determinado grupo de empregados⁽⁷⁰¹⁾. Por isso, a norma citada hoje nada mais é do que um tipo de material ilustrativo legal do princípio geral que diz que o contato com o *exterior* de um emprego pode acarretar inclusive consequências de direito material⁽⁷⁰²⁾.

Comumente o trabalho no exterior é recompensado com vantagens financeiras especiais; conquanto não se apliquem normas contratuais coletivas, tais condições especiais dependem de acordo individual. O art. 115 do Código de Atividade Profissional, que prescreve o cálculo e o pagamento dos salários à vista em DM, deve ser interpretado de modo restritivo: se o câmbio para a moeda local for difícil, deve ser colocado à disposição do empregado um montante de dinheiro em moeda local que corresponda às necessidades do funcionário no exterior⁽⁷⁰³⁾. Por outro lado, o mesmo funcionário não precisa contentar-se com a moeda estrangeira; a qualquer momento lhe é facultado o retorno à regra estabelecida no art. 115, inciso 1 do Código de Atividade Profissional.

Há casos em que o pagamento de feriados é contestado, porque no país anfitrião se folga até mais do que nos Estados relativamente religiosos da sul da Alemanha. Tal procedimento não se justifica absolutamente quando o direito público do respectivo país prescreve o pagamento dos salários para esses dias. Mas, mesmo nos países em que esta regra não existe, deveria haver remuneração dos

(701) BAG, de 16.10.80, "AP" n. 15 sobre o art. 75b do Código Comercial, "AuR", 1981, pág. 122; "NJW", 1981, pág. 1.174. Quanto à possibilidade de fechar um contrato gratuito de não-concorrência com pessoa estrangeira não protegida pelo artigo 12, inciso 1 da Lei Fundamental (Constituição), veja *Schaub*, "Arbeitsrechts-Handbuch", 6ª edição, art. 68, I, 1, 87 VIII.

(702) Já foi abordado em IV, 2.

(703) Sobre a interpretação restritiva do art. 115, inciso 1 da GewO em situações internas (p. ex. pagamento em gêneros em vez de dinheiro), *Schaub*, ob.cit., art. 87, VIII.

feriados em vista do caráter abrangente do princípio estabelecido pela lei; sob este aspecto, deveria valer a mesma regra aplicada ao envio temporário de empregados⁽⁷⁰⁴⁾. Estamos falando exclusivamente de feriados com duração máxima de três dias. Se a ordem jurídica do país estrangeiro proíbe o trabalho durante uma semana ou até um mês inteiro, convém estudar a possibilidade de estabelecer *férias coletivas* durante este período. Se outras causas impedirem a realização do trabalho no país estrangeiro, como p. ex. falta de insumos ou greve dos empregados locais, estas não deverão comprometer o direito ao salário previsto, de acordo com os princípios de risco empresarial⁽⁷⁰⁵⁾. A doutrina do risco de conflito trabalhista não se aplica aos conflitos no exterior⁽⁷⁰⁶⁾.

O emprego no exterior amplia também os direitos e deveres decorrentes do vínculo. Pode ser que o empregado tenha de prestar trabalho extra ou que tenha de tomar decisões por própria conta e risco, sem possibilidade de consulta à retaguarda. Uma vez por ano, o empregador deve dar ao empregado a chance de passar férias em sua pátria, arcando inclusive com os custos da viagem de avião, caso a viagem de trem leve mais de 12 a 18 horas⁽⁷⁰⁷⁾. Normalmente, o empregador responde também pelas despesas de um seguro particular de saúde e acidentes pessoais. Esta obrigação persiste em geral também nos casos em que o empregado faz jus aos benefícios do seguro social do respectivo país estrangeiro⁽⁷⁰⁸⁾, uma vez que os equipamentos disponíveis em hospitais poloneses ou argentinos p. ex. não costumam oferecer as mesmas facilidades terapêuticas conhecidas na Alemanha. Por isso, é indispensável que o seguro possibilite o tratamento em clínicas particulares bem equipadas ou até na própria Alemanha. Na prática, as empresas parecem observar realmente esse princípio.

(704) Ver também IV, 2; genericamente *Gamillscheg*, ob. cit. (nota 625), pág. 286 e segs.

(705) *Isele*, ob. cit. (nota 676), pág. 255.

(706) Assim também se manifesta *Hergenröder*, ob. cit. (nota 621), pág. 311, com mais provas.

(707) Da mesma forma *Isele*, ob. cit., pág. 259, que defende, porém, uma periodicidade de dois anos para esse tipo de férias no país de origem. É necessário considerar, no entanto, que nos últimos vinte anos houve mudanças profundas em relação ao valor atribuído às férias, o que se manifesta, por exemplo, na quase duplicação do período de férias.

(708) Em relação à seguridade social durante o trabalho no exterior, *Ahrend, Förster e Rössler*, "Steuerrecht der betrieblichen Altersversorgung mit arbeitsrechtlicher Grundlegung", 1989, parte 9, glosa 100 e segs.

4.3.3. A Aplicação de Contratos Coletivos Alemães

Em relação aos contratos coletivos há relativamente poucas modificações. Os contratantes podem regulamentar também o trabalho realizado no exterior ou até definir exclusivamente o exterior como área de vigência⁽⁷⁰⁹⁾. Esta última possibilidade se aplica p. ex. ao contrato coletivo celebrado pelo Sindicato Educação e Ciência e pelo Instituto Goethe para os funcionários deste que trabalham no exterior⁽⁷¹⁰⁾. Quando o trabalho no exterior não faz parte das cláusulas do contrato coletivo, estabelece-se normalmente uma relação a este no próprio contrato de trabalho, a não ser que se trate, em algum caso concreto, de um empregado fora das normas coletivas⁽⁷¹¹⁾. Os contratos coletivos podem exigir também que os empregados de sua área só possam ser tratados conforme o direito do trabalho alemão⁽⁷¹²⁾. Esse tipo de contrato coletivo de *opção de direito* é de especial importância para os empregos em navios alemães que estão relacionados no assim chamado Segundo Registro de Embarcações⁽⁷¹³⁾.

Reivindicações trabalhistas costumam ser apresentadas por própria iniciativa de acordo com as regras do direito local⁽⁷¹⁴⁾. Tal procedimento parece inadequado quando se trata de fechar um novo contrato coletivo que inclua também os empregos no exterior, porque o estatuto de contratação coletiva e de luta reivindicatória deveriam ser idênticos, de modo que os empregados no exterior possam unir-se aos empregados do país de origem a fim de lutar por melhores condições de trabalho. A situação é diferente quando se

(709) Birk, ob. cit. (nota 628), pág. 849 e segs.; Walz, "Multinationale Unternehmen und internationaler Tarifvertrag — eine arbeitskollisionsrechtliche Untersuchung" (1981), pág. 147 e segs.

(710) Comunicado por Friedrich, "Probleme der Tarifverträge mit Auslandsberührung", "RdA", 1980, pág. 109.

(711) Acertadamente comenta Isele, ob. cit., pág. 251, que, em casos isolados, também é possível não observar o estabelecido no contrato coletivo mesmo contra os interesses do empregado; mas, na prática, essa regra não deverá ter grande importância.

(712) Lag Rheinland-Pfalz, de 16.6.81, "AuR" 1982, pág. 352 = IPRspr, 81, 94 (n. 44); Birk, ob. cit. (nota 628), pág. 849; Däubler, Wolfgang e Hege, "Tarifvertragsrecht", 2ª edição, glosa 678; Hagemeyer/Kempen/Zachert/Zilius, TVG, 2ª edição, art. 4, comentário 67 e seg.

(713) Mais detalhes em V, 2.

(714) Visão sinótica em Hergenröder, ob. cit. (nota 621), pág. 44 e segs.

trata de greves de protesto político contra um governo estrangeiro ou de apoio às reivindicações dos empregados locais: nestes casos deve prevalecer sempre o direito do local de trabalho.

4.3.4. Estatuto das Empresas, Co-Gestão e Partes Públicas do Direito do Trabalho

Os verdadeiros problemas surgem quando estão em jogo o estatuto das empresas, a co-gestão e as normas de direito público.

O Tribunal Federal do Trabalho se baseia no obscuro princípio territorial quando diz que o direito de votar para o conselho de representação dos empregados e para o conselho de administração termina com o envio do empregado ao exterior⁽⁷¹⁵⁾. Com este pronunciamento, todos os empregados desta categoria ficam alijados do direito que rege o funcionamento das empresas. O conselho dos representantes carece de qualquer mandato para cuidar dos interesses desses empregados; não é necessário consultá-lo antes de demissões⁽⁷¹⁶⁾. Tampouco se aplicam certas normas do direito público, como o direito de segurança do trabalho ou as partes de direito público do direito dos deficientes, de modo que o Instituto Central de Assistência não precisa dar o seu aval para que o empregado alemão possa trabalhar por tempo indeterminado em Paris ou na Arábia Saudita⁽⁷¹⁷⁾.

Não se prevê nenhum dispositivo que substitua essas partes do direito alemão que foram suprimidas. É possível, em princípio, participar de uma organização estrangeira de defesa desses interesses, mas neste caso a decisão cabe ao direito estrangeiro. O caso da Airbus Industrie de Toulouse mostra que podem surgir dificuldades neste sentido até num país vizinho como é a França: Enquanto o Tribunal de Instância de Toulouse tinha decidido pelo direito de votar dos empregados enviados de outros países da CE nas eleições para o comitê de empresa francês⁽⁷¹⁸⁾, defendeu a corte de cassação um

(715) BAG, de 9.11.77, "AP" n. 13, sobre a relação entre o direito internacional privado e o direito do trabalho.

(716) BAG, de 21.10.80 (nota 626), confirmado em BAG, de 30.4.87 (nota de rodapé 626).

(717) BAG, de 30.4.87 (nota 626).

(718) Mais detalhes sobre esse caso em *Le Friant/Zachert*, "Multinationale Konzerne und nationale Mitbestimmung", "AiB", 1989, pág. 50.

ponto de vista contrário, remetendo o litígio a outro tribunal⁽⁷¹⁹⁾. Em muitos casos nem existem instituições comparáveis; há muitos sistemas jurídicos que não conhecem p. ex. uma proteção especial contra a demissão de deficientes. Isto significa que se cria uma espécie de torso de direito do trabalho, e que determinado grupo de empregados dispõe de bem menos direitos do que o comum dos empregados alemães.

Mesmo na Alemanha há situações em que o empregado precisa trabalhar sob o amparo de direitos trabalhistas fragmentários, basta lembrar as condições existentes em pequenas empresas onde não existe nem conselho de representação dos empregados nem contrato coletivo⁽⁷²⁰⁾. Mas, a diferença é grande entre um sistema de direitos que se vê obrigado a transigir por força dos fatos e o outro que, por assim dizer, passa rasteira no próprio sistema apelando para um princípio territorial interpretado de modo demasiadamente estreito. Aparentemente não há nem motivos para essa redução dos direitos. Que objeções sérias poderia suscitar na Alemanha ou no país anfitrião o fato de empregados enviados para o exterior por tempo indeterminado continuarem sob a proteção do direito que rege as empresas alemãs? Como as decisões são outras quando se trata de atividade temporária no exterior⁽⁷²¹⁾, conclui-se que não devem estar em jogo os interesses de regulamentação dos países estrangeiros. Ou será que o direito de votar para o conselho de representação e o conselho de administração deve depender do fato de os implicados qualificarem a atividade como *ainda temporária* ou *já duradoura*? É contra os princípios básicos de nosso direito empresarial deixar o direito de votar a critério das partes contratantes. Como é também um sinal de inconseqüência admitir por um lado a contratação coletiva em nome dos empregados alocados no exterior, excluindo por outro lado a possibilidade de acordos a nível de empresa por falta de inserção na legislação que rege as empresas⁽⁷²²⁾. Birk afirma acertadamente que deveria ser possível criar então um es-

(719) Foi essa a comunicação que o autor recebeu da juíza de primeira instância, Dra. Lauvernier-Saez. Ver agora *Le Friant/A. Lyon-Caen*, "Mitbestimmung und europäische Unternehmenskooperation", "AiB", 1989, pág. 406.

(720) Uma visão geral dessas empresas com "direito do trabalho fragmentário" encontra-se em *Däubler, W.*, ob. cit. (nota 679), pág. 758 e segs.

(721) Cf. *supra* IV,2.

(722) Contradição lembrada também por *Walz*, ob. cit. (nota 709), pág. 150.

tatuto de contratação coletiva a nível de empresa⁽⁷²³⁾. Admitindo tal solução fica totalmente incompreensível porque o princípio da territorialidade se opõe à inclusão automática dos empregados alocados no exterior. Não se deve esquecer, afinal, que é a partir da Alemanha que são tomadas as decisões sobre as condições de trabalho dos empregados enviados ao exterior. De acordo com o espírito do estatuto de funcionamento das empresas caberia, portanto, aos implicados o direito de participação de suas instituições⁽⁷²⁴⁾. O direito de representação pessoal é bem mais conseqüente ao prever para os funcionários que trabalham em repartições federais no exterior e até para os funcionários locais (em grau menor) o direito de se fazerem representados⁽⁷²⁵⁾.

Normas de proteção de natureza pública têm a peculiaridade de não poderem ser impostas fora do território nacional por meio de recursos soberanos. Mas, fora disso, não há motivo que impeça a sua extensão às atividades no exterior; o próprio Tribunal Federal do Trabalho permite essa prática em princípio, mas não identificou elementos correspondentes na lei dos deficientes⁽⁷²⁶⁾. Essa posição é pouco satisfatória, porque deixa fora de consideração a opção por uma interpretação em conformidade com os princípios de um estado social (o que significa aqui que deveria garantir a proteção normal do direito do trabalho). Aparentemente não se justifica a discriminação de certo grupo de empregados só por estarem trabalhando no exterior. Uma solução honrosa poderia ter sido encontrada na tese de *Gamillscheg*, segundo a qual a essência das normas de proteção públicas passam a fazer parte do dever de assistência, acompanhando dessa maneira as normas do direito privado no exterior⁽⁷²⁷⁾. Isto significa que, em relação à estabilidade no emprego do deficiente grave, tal interpretação admitiria, de um lado, a adoção dos procedimentos previstos em lei; mas, ao mesmo tempo, exigiria um rigor todo especial no exame dos critérios internos de admissibilidade da demissão.

(723) Birk, ob. cit. (nota 628), pág. 859; com restrições *Walz*, ob. cit., pág. 152.

(724) Mais detalhes em *Däubler, W.*, ob. cit., "Mitbestimmung und Betriebsverfassung im internationalen Privatrecht", "RablsZ", v. 39 (1975), pág. 444 e segs.; *Schubert*, "Unternehmensmitbestimmung und internationale Wirtschaftsverflechtung", 1984, pág. 94 e segs. 109, art. 91, BPersVG.

(725) Mais detalhes em *Däubler, W.*, ob. cit., "Mitbestimmung und Betriebsverfassung im internationalen Privatrecht", "RablsZ", v. 39 (1975), pág. 444 e segs.; *Schubert*, "Unternehmensmitbestimmung und internationale Wirtschaftsverflechtung", 1984, pág. 94 e segs. 109, art. 91, "BPersVG".

(726) BAG, de 30.4.87 (nota de rodapé 626).

(727) *Gamillscheg*, ob. cit. (nota de rodapé 625), pág. 189 e segs.

4.3.5. Um Conflito Atual

Para terminar esta parte, gostaria de lembrar um caso concreto que chegou a provocar muita celeuma. Um operário alemão da construção civil fora mandado para a Arábia Saudita. Seu contrato de trabalho alemão previa, em consonância com as cláusulas do contrato coletivo, um adicional de 25% pelas horas extras. Passado algum tempo, descobriu que o direito saudita obriga ao pagamento de um adicional de 50% por horas extras. Como as relações com seu patrão alemão estivessem estremecidas, deu queixa diante do tribunal islâmico. Como era de esperar, o juiz aplicou a lei do país condenando o empregador a pagar a diferença⁽⁷²⁸⁾. O empregador pagou de mau grado e procurou uma oportunidade para se vingar. Ao retornar à Alemanha, o empregado se viu confrontado com uma ordem de reembolso, já que os 25% pagos adicionalmente careceriam de fundamento legal, uma vez que a sentença do tribunal islâmico não tem valor jurídico na Alemanha. Na própria literatura apareceram vozes que concordavam com este ponto de vista⁽⁷²⁹⁾. Deixando fora de consideração o exame do que seja justo ou injusto, o Tribunal do Trabalho Alemão pode dar ganho de causa ao empregador, provocando assim eventualmente uma contenda jurídica sem fim, pois não se poderia proibir o empregado de voltar a entrar com queixa nos tribunais da Arábia Saudita contra o reembolso que lhe foi exigido na Alemanha. É muito provável que o tribunal islâmico por sua vez confirme a sentença anterior, talvez até impondo ao empregador sanções drásticas, se adotar a doutrina anglo-americana do "*contempt of court*" ou linha de raciocínio semelhante, de modo que uma viagem do mesmo a esse país poderia vir a transformar-se numa aventura arriscada. Em tais casos, os tribunais alemães deveriam atentar para a harmonia entre as decisões⁽⁷³⁰⁾, desistindo da anulação dos resultados de processos concluídos no exterior, contanto que estes não se constituam em dano para a ordem pública alemã.

(728) Caso descrito em *Hohloch*, "Arbeitsverhältnisse mit Auslandsbezug und Vergütungspflicht", *Recht der internationalen Wirtschaft, Aussenwirtschaftsdienst des "BB"* 1987, pág. 353 e segs. com nota de rodapé 630.

(729) *Hohloch*, ob. cit. (nota 728), pág. 358 e segs.; de outra forma *Gamillscheg*, ob. cit., pág. 280 e segs.

(730) Quanto ao consenso das decisões como elemento de interesse central do direito privado internacional, *Kegel*, "Internationales Privatrecht", 6ª edição, pág. 86 e segs.

5. Trabalho Ligado ao Exterior

5.1. *Empregados Estrangeiros Enviados para a Alemanha*

Os problemas abordados podem aparecer também quando uma empresa estrangeira envia funcionários seus para a Alemanha. Em casos individuais, os tribunais alemães terão o mesmo comportamento do tribunal islâmico do caso supracitado. O direito que regulamenta o funcionamento das empresas é considerado norma obrigatória, de acordo com o artigo 34 da Lei de Introdução ao Código Civil, de modo que o conselho de representação precisa ser ouvido antes de uma demissão, mesmo que o respectivo empregado esteja sujeito a um contrato estrangeiro⁽⁷³¹⁾. Já a estabilidade é considerada menos compulsória; em casos extremos de prática do "*hire and fire*", bastaria o corretivo da ordem pública previsto no artigo 6 da Lei de Introdução ao Código Civil, mas na prática jurídica não houve até hoje nenhum caso extremo dessa gravidade⁽⁷³²⁾.

Politicamente bastante complicado revelou-se o caso de uma turma de operários iugoslavos da construção civil que tinha sido mandado temporariamente para a Alemanha. O Tribunal Federal do Trabalho foi solicitado a pronunciar-se sobre a abrangência da cláusula geral do contrato coletivo que prevê a existência de Caixas Sociais na indústria da construção civil: o concorrente estrangeiro poderia eximir-se apelando para as normas jurídicas divergentes de seu país? O tribunal decidiu a favor desta última hipótese⁽⁷³³⁾, argumentando que mesmo um contrato coletivo de alcance geral só poderia ser aplicado a empregos regidos pelo direito alemão. Mas isto não é tão plausível quanto parece: o sentido da obrigatoriedade geral exigiria justamente no caso presente a aplicação da norma legal alemã, de acordo com o espírito do artigo 34 da Lei de Introdução ao Código Civil; esta norma deveria prevalecer também frente à legislação estrangeira, pois seria um instrumento importante para evitar certas manifestações de *dumping social*⁽⁷³⁴⁾.

(731) BAG, de 9.11.77 (nota de rodapé 715).

(732) BAG, de 20.7.67, "AP" n. 10, "AuR" 1968, pág. 26, e de 10.4.75, "AP" n. 12, "AuR" 1876, pág. 28, ambos a respeito da relação entre o direito privado internacional e o direito do trabalho.

(733) BAG, de 4.5.77, "AP" n. 30, relativo ao art. 1 da lei de contratação coletiva: Construção Civil, "AuR", 1978, pág. 94.

(734) Ver item II. Convém mencionar neste contexto que na literatura pode ser encontrada a opinião fundamentada de que os contratos coletivos poderiam valer mesmo para empregos existentes sob outro estatuto trabalhista; a esse respeito *Birk*, ob. cit. (nota 628), pág. 860; *Friedrich* (nota 710), pág. 115; *Walz* (nota 709), pág. 150.

5.2. *Empregados Estrangeiros Contratados no País de Destino*

Numericamente o maior grupo de empregados com alguma relação com o exterior é o dos operários estrangeiros que trabalham na Alemanha e que antigamente eram chamados de modo irrealístico de *operários convidados*. Praticamente não existem problemas resultantes de direitos conflitantes; a aplicação do direito alemão era aceita sem contestação, mesmo numa época em que nas relações de trabalho ainda reinava a autonomia total das partes⁽⁷³⁵⁾. Hoje, este mesmo princípio se baseia no artigo 30, inciso 2, no 1 da Lei de Introdução ao Código Civil.

Na prática jurídica surge a questão de como o direito alemão deve reagir diante da discriminação específica deste grupo tomando em consideração a situação especial que resulta deste contato com o exterior. Os meios para combater este tipo de discriminação encontram-se bem menos desenvolvidos do que na área de emancipação da mulher; até o momento nem se fala em regulamentação do ônus da prova ou até em cotas a favor das mulheres ou das minorias raciais, prática essa hoje tão comum nos EUA⁽⁷³⁶⁾. O fato de haver empregados alemães desempregados torna ainda mais difícil a equiparação efetiva, de modo que a manutenção do *status quo* se apresenta atualmente como a melhor solução. A aplicação sistemática do direito alemão impede, pelo menos, uma inferiorização ampla e aberta⁽⁷³⁷⁾. Os sindicatos se pronunciaram desde o início contra a contratação de *mão-de-obra barata*, aceitando o recrutamento de mão-de-obra estrangeira pelo Instituto Nacional do Trabalho no início dos anos 60 apenas sob a condição de que os estrangeiros recebessem em princípio um tratamento igual ao dos empregados alemães⁽⁷³⁸⁾.

(735) *Becker e Braasch*, "Recht der ausländischen Arbeitnehmer", 3ª edição, glösa 122 e segs. com mais provas.

(736) Ver p. ex. *Coen*, "Gleichberechtigung durch Ungleichbehandlung?", "DB" 1987, pág. 2041; como ficou esclarecido depois em "DB", 1987, pág. 2570, mais da metade desse trabalho consistia de uma transcrição da tese não publicada de Hilke Altona, de Bremen (Massnahmen zur Durchsetzung der Chancengleichheit von Frauen im US-amerikanischen und bundesdeutschen Recht am Beispiel der Einstellung und Beförderung von Frauen, 1984).

(737) Em relação a detalhes da problemática da equiparação e às primeiras tentativas de uma "discriminação positiva", *Däubler, W.* (nota 679), pág. 681 e segs. Quanto ao risco do idioma, ver resumo e explanação em *Jancke*, "Das Sprachrisiko des ausländischen Arbeitnehmers im Arbeitsrecht", 1987.

(738) Quanto à importância econômica da contratação de mão-de-obra estrangeira, *Däubler, W.*, ob. cit., "Zur rechtlichen und sozialen Stellung der Gastarbeiter in der BRD", "DuR", 1974, págs. 3-9.

O consenso que prevalecia até há pouco tempo foi abalado na área da marinha mercante pela lei sobre o assim chamado Segundo Registro de Embarcações⁽⁷³⁹⁾ que torna possível contratar marujos estrangeiros para navios sob bandeira alemã pagando salários que correspondem a uma faixa de 10 a 30 por cento dos salários pagos na Alemanha⁽⁷⁴⁰⁾. Não pretendo aprofundar aqui a questão dos problemas de ordem constitucional que esta lei provoca⁽⁷⁴¹⁾, pois trata-se de uma questão sobre a qual deve pronunciar-se o Tribunal Constitucional. No nosso contexto importa a constatação de que se trata de uma nova modalidade de desregulamentação: são colocados à disposição dos empregadores não só os contratos coletivos e a co-gestão⁽⁷⁴²⁾, como também o direito do trabalho como um todo.

6. Processamento Transnacional de Dados Pessoais

6.1. Situação Atual da Discussão

A questão da licitude e das condições de processamento no exterior de dados referentes a empregados que trabalham em nosso país é relativamente pouco discutida. Trata-se, no entanto, de uma problemática muito atual. O Tribunal Federal do Trabalho precisou pronunciar-se com frequência a respeito de casos ligados ao art. 87, inciso 6, da lei que regula o funcionamento interno das empresas. Na *sentença* Texaco p. ex. estava em questão a introdução de um sistema mundial de relatórios financeiros: todos os dados contábeis eram registrados num micro em Hamburgo, para serem transmitidos diariamente via satélite ao computador central em Houston/Texas⁽⁷⁴³⁾.

(739) Lei de introdução de um segundo registro para embarcações marítimas sob bandeira alemã nos transportes internacionais (Registro Internacional de Navegação — RIN), de 23.3.1989, BGBl. I, pág. 549.

(740) Quanto aos bastidores do projeto de lei, *Däubler, W.*, ob. cit., *Das Zweite Schiffsregister — Völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Probleme einer deutschen "Billig-Flagge"* 1988, pág. 7 e segs.

(741) Ver, além da publicação mencionada na nota 740, sobretudo *Geffken*, "Internationales Seeschiffsregister verstösst gegen geltendes Recht", "NZA" 1989, pág. 88 e segs. Restrições de ordem jurídica apresentam *Hauschke e Henssler*, "Ein 'Billigarbeitsrecht' für die deutsche Seeschifffahrt?", "NZA" 1988, pág. 597 e segs. Sem contra-argumentos *Werbke*, "Die neue Rechtslage nach der Einführung des internationalen Seeschiffsregisters 1989.

(742) É o caso da sociedade anônima européia; a esse respeito meus comentários no item II.

(743) BAG, de 26.10.82, "AP" n. 10, sobre o art. 111 da lei de relações do trabalho na empresa de 1972, "AuR", 1983, pág. 250.

A sentença *PanAm*, que é fundamental para os direitos de participação de representantes dos empregados que trabalham em terminais informatizados, teve por objeto os *displays* ligados a um computador central nos EUA⁽⁷⁴⁴⁾. A decisão a respeito do sistema de relatórios dos técnicos, que é de importância fundamental para a co-gestão do conselho de representantes na criação de sistemas de informação pessoal, afetava a empresa Rank Xerox; nesse caso também estava em jogo o interesse dos diretores estrangeiros na transmissão de dados pessoais para além das fronteiras⁽⁷⁴⁵⁾. Finalmente merece menção a decisão sobre o caso Opel-Paisy, de alcance internacional, sobre a possibilidade de análise de dados disponíveis na memória do computador, sem a presença de conselho de representantes⁽⁷⁴⁶⁾.

Não há dúvida quanto à existência de um direito de participação em tais casos⁽⁷⁴⁷⁾, mas a licitude do fluxo de informações a nível transnacional não está absolutamente definida por causa das implicações em relação à proteção dos dados⁽⁷⁴⁸⁾. É realmente admissível que a distribuição dos recursos humanos seja comandada a partir da Suíça ou que o plano de viagens de uma transportadora seja feita a partir de Luxemburgo?

6.2. Aplicabilidade da Lei sobre Proteção de Dados

Primeiramente é necessário verificar se a lei alemã sobre a proteção de dados se aplica a esses casos. O ramo do direito de proteção de dados ainda carece de estruturas definidas no contexto mais amplo do direito particular internacional. Existem muitas propostas,

(744) BAG, de 6.12.83, "AP" n. 7, sobre o art. 87 da lei de relações do trabalho na empresa de 1972, controle, "AuR", 1984, pág. 156, 191.

(745) BAG, de 14.9.84, "AP" n. 9, sobre o art. 87 da lei de relações do trabalho na empresa de 1972, controle, "AuR", 1985, pág. 261.

(746) BAG, de 18.2.86, "AP" n. 13, sobre o art. 87 da lei de relações do trabalho na empresa de 1972, controle, "AuR", 1986, pág. 283. Quanto à terceirização de todo o processamento para a empresa EDS, *Stein*, "Konzernbeherrschung durch EDV?", "ZGR", 1988, pág. 163 e segs.

(747) Ver *Däubler*, W., "Gläserne Belegschaft? Datenschutz für Arbeiter, Angestellte und Beamte", 2ª edição (no prelo), glosa 382 e segs.; *Gola e Wronka*, "Handbuch zum Arbeitnehmerdatenschutz" (1989), pág. 196 e segs.; *Küpferle e Wohlgenuth*, "Personaldatenverarbeitende Systeme", 1987, pág. 100 e segs.

(748) Ver, no entanto, *Bergmann*, "Grenzüberschreitender Datenschutz" 1985; *Schapper*, "Grenzüberschreitender Datentransfer und Datenschutz", "CR" 1987, pág. 86 e segs.

mas não há nenhuma perspectiva de consenso⁽⁷⁴⁹⁾. No caso em questão, podemos dispensar, porém, um aprofundamento maior, já que a proteção dos dados pessoais dos empregados faz parte do direito do trabalho, orientando-se, portanto, pelas normas que costumam regular os casos conflitantes nesta área específica. A maneira como os dados são levantados e processados e os limites fixados dependem exclusivamente de considerações de ordem trabalhista para que os conceitos genéricos da lei federal sobre a proteção de dados, como p. ex. *finalidade da relação contratual e interesses a serem protegidos*, recebam um conteúdo (relativamente) concreto. Além disso existem normas especiais trabalhistas prioritárias, como p. ex. o direito de tomar conhecimento dos dados constantes do prontuário pessoal, conforme art. 83 da lei que rege o funcionamento interno das empresas e art. 45 da lei sobre proteção de dados. Esta situação complexa levaria a uma bipartição da proteção dos dados pessoais do empregado em vista das regras específicas da lei de proteção de dados para dirimir casos conflitantes: de um lado teríamos a ordem jurídica X com as normas (casualmente) explícitas do direito do trabalho e a jurisprudência quanto aos direitos de informação do empregador em relação ao candidato a emprego, enquanto as normas que decorrem apenas da lei sobre a proteção de dados estariam sujeitas à ordem jurídica Y. Indefinições e contradições seriam previsíveis. Na medida em que uma relação de trabalho está sujeita ao direito alemão deve ser aplicado também o nosso direito de proteção de dados.

6.3. Conteúdo Normativo

Quanto à área particular, a lei federal sobre proteção de dados apresenta apenas uma norma em relação à proteção de dados em âmbito internacional: o art. 2, inciso 3, no 2 da lei proíbe o processamento de dados por terceiros a nível transnacional. Isto significa que até mesmo a transferência de dados a uma companhia de administração de recursos humanos ou a uma central logística no exterior constitui ato de transmissão a que se refere o art. 24 da lei sobre proteção de dados, sem consideração da definição concreta do relacionamento.

(749) Visão sinótica das tentativas de solução em *Bergmann* (nota rodapé 748), pág. 227.

A primeira condição que poderia justificar a transferência de dados para outro país seria criada pelo próprio contrato de trabalho. Se o contrato prevê a utilização do empregado no exterior, deve admitir-se que a necessária transferência de dados está dentro dos limites do que é permitido⁽⁷⁵⁰⁾. Mas, será que o empregador tem o direito de receber uma espécie de autorização genérica para qualquer tipo de transmissão de dados, já que tal fato implicaria a liberação de transmissões para todos aqueles países que dispõem de nenhum direito de proteção de dados ou de um direito muito rudimentar. Como a autodeterminação informacional constitui parte essencial da ordem pública alemã, conforme o artigo 6 da Lei de Introdução ao Código Civil, é necessário que as responsabilidades do empregador se atenham estritamente aos limites impostos pela finalidade das relações de trabalho, possibilitando ao empregado a reconstituição dos fatos.

O recurso ao contrato de trabalho resolve os problemas com os empregados enviados ao exterior, mas não esclarece a situação nos casos de coordenação transnacional de recursos humanos ou de produção. É extremamente duvidoso o expediente de basear o processamento de dados não justificado pelo contrato de trabalho na terceira alternativa do art. 24 da lei sobre a proteção de dados, segundo a qual bastariam os interesses legítimos do empregador ou de terceiros para legitimar a transmissão, contanto que não sejam prejudicados os interesses a proteger do implicado. Do ponto de vista da sistemática da norma exclui-se tal recurso porque ampliaria "a posteriori", contra a vontade do empregado, os limites de processamento fixados por contrato. Mesmo que se interprete esse aspecto de outra maneira, tratar-se-ia de uma lesão dos interesses a proteger do respectivo empregado, uma vez que ele teria dificuldade de defender seus direitos individuais no exterior, além de perder a proteção dos dados em países que não dispõem de uma legislação pertinente⁽⁷⁵¹⁾.

(750) Bergmann (nota de rodapé), pág. 84 e seg.; Däubler, W. (nota 747), pág. 84 e seg.; Däubler, W. (nota de rodapé 747), glosa 253.

(751) Quanto à possibilidade de compensar a falta de proteção de dados no exterior por meio de acordos contratuais para corresponder assim aos "direitos a serem protegidos", veja as provas arroladas por Gola e Wronka (nota 747), pág. 149, com nota 222.

Sobra como única alternativa realista um acordo a nível de empresa, negociado de acordo com as regras de co-gestão do art. 87, inciso 1, item 6 da lei sobre as relações do trabalho na empresa. O Tribunal Federal do Trabalho qualificou a chamada norma de permissão, conforme o art. 3, alínea 1, item 1 da lei sobre proteção de dados, atribuindo-lhe, portanto, validade autônoma ao lado da autorização de processamento da mesma lei federal⁽⁷⁵²⁾. Isso não significa, porém, que as partes possam desconsiderar sem mais nem menos os interesses do respectivo empregado. Como instâncias normativas elas têm de respeitar o direito de autodeterminação informacional dos empregados, de modo que a regulamentação feita por elas só pode visar de fato o equilíbrio justo dos interesses em jogo⁽⁷⁵³⁾. Um tal equilíbrio pressupõe que o empregador se comprometa a observar também no exterior o padrão de proteção garantido pela legislação alemã, dando ao conselho de representação dos empregados a possibilidade de controle efetivo do procedimento. Desta maneira seria possível ir ao encontro da necessidade de supervisão transnacional sem, contudo, prejudicar os direitos da pessoa do empregado.

(752) Bag, de 27.5.86, "AP" n. 15, sobre o art. 87 da lei de relações do trabalho na empresa de 1972, controle = "AuR", 1987, pág. 149, com comentário de Mostert.

(753) Mais detalhes em Däubler, W. (nota 747), glosa 479 e segs., 488 e segs.

III.II Europeização do Direito do Trabalho?

1. O Ponto de Partida: o Direito do Trabalho como Fenômeno Nacional-Estatal. 2. Experiências da CE até Hoje. 3. Causas. 4. Perspectivas: a Dimensão Social do Mercado Interno Europeu e o Direito do Trabalho.

1. O Ponto de Partida: O Direito do Trabalho como Fenômeno Nacional-Estatal

Cada país tem o seu próprio direito do trabalho. Ao contrário do que se verifica no direito civil, não existem em muitas partes da Europa nem pelo menos *famílias de direitos* — a forma de representação dos interesses na Itália não tem a menor semelhança com a forma francesa e a proteção contra demissões nos Países Baixos não pode ser comparada à que existe na Suécia. Até mesmo na proteção da saúde encontramos no apenas níveis diferentes de país para país, mas o próprio instrumentário é diverso.

Mesmo dentro das fronteiras de um país, a situação jurídica não precisa ser necessariamente uniforme. O Canadá e — menos acentuadamente — os EUA exemplificam bem esse fato. O quadro se mostra ainda mais diferenciado quando se analisa os contratos coletivos como parte integrante do direito do trabalho: as condições salariais e de trabalho variam de ramo para ramo e, em alguns países, de empresa para empresa. Ao contrário do que pensa grande parte do público, o direito do trabalho tem uma estrutura muito flexível.

Normas de direito internacional existem muitas na área do direito do trabalho; mas sua eficácia é muito reduzida. Após 25 anos, a Carta Social Européia continua sem registro nos tribunais de muitos países⁽⁷⁵⁴⁾. As convenções da OIT têm sorte semelhante⁽⁷⁵⁵⁾.

(754) *Jaspers e Betten*, "25 years European Social Charter", Deventer etc., 1988.

(755) Sobre a desconsideração do direito internacional do trabalho ver por exemplo: *Lyon-Caen e Lyon-Caen*, "Droit social international et européen", Paris, 1991, pág. 134 e seg.; *Däubler, W.*: "Internationales Arbeitsrecht — Hoffnungsträger für die Gewerkschaften?" em: *WSI-Mitt.* n. 4/1987, pág. 186 e segs.

As razões desta situação são muitas, mas no fundo aparece como motivo básico sempre o fato de que a do movimento operário, que é a força propulsora do desenvolvimento do direito do trabalho, se desenvolve em 99% dos casos dentro dos limites do respectivo país; ações coordenadas em diversos países constituem a grande exceção, apesar de alardeadas em resoluções de congressos e em discursos de 1º de maio⁽⁷⁵⁶⁾.

Mudou alguma coisa nessa situação com o advento da CE? O direito do trabalho nacional não estaria sendo impregnado cada vez mais pelas diretrizes que emanam de Bruxelas e pelas sentenças da corte europeia em Luxemburgo? Não é previsível que, num futuro próximo, o direito do trabalho tornar-se-ia assunto de alçada europeia — como já acontece com as regras jurídicas da concorrência comercial e com a agricultura?

2. Experiências da CE até Hoje

2.1. A Constância dos Princípios

O quadro esboçado aplica-se, por ora, também aos países-membros da Comunidade Europeia. Passados quase 35 anos desde que se fundou a Comunidade Europeia, a República Federal da Alemanha, tanto quanto a França ou a Itália, continua com seu direito do trabalho substancialmente autônomo. Esta afirmação se aplica não só ao conjunto de normas positivas, mas também à maneira como os tribunais lidam com o direito vigente; os métodos de interpretação e o estilo judicial divergem amplamente. A discussão jurídica gira, vez por outra, em torno de temas semelhantes (que resultam do desenvolvimento social e tecnológico), mas são grandes as diferenças na maneira de resolver os problemas bem como em relação ao papel da ciência no processo político⁽⁷⁵⁷⁾. Devemos supor, também, que o direito escrito não seja visto com a mesma seriedade em todos os países; parece que as deficiências de implemen-

(756) Sobre os programas sindicais dos anos setenta Kisker, "Multinationale Konzerne auf gesamtwirtschaftlicher Ebene", em: Kisker/Heinrich *et al.*, "Multinationale Konzerne. Ihr Einfluss auf die Lage der Beschäftigten", Colônia, 1982, pág. 86 e segs.

(757) Edlund, ed., "Labour law research in twelve countries", Estocolmo, 1986.

tação são, por exemplo, maiores na Grécia do que nos Países Baixos. Mas, pesquisas comparativas que incluam também esta Dimensão continuam sendo raríssimas⁽⁷⁵⁸⁾.

2.2. Setores com Normatização Européia

Em três segmentos do direito do trabalho formou-se ultimamente uma espécie de amálgama européia-nacional em consequência das diretrizes da Comunidade Européia e das decisões dos juízes da Corte de Justiça Européia (EuGH). Nestas áreas, o direito europeu permeia amplamente as regras jurídicas nacionais, sem que estas últimas, no entanto, perdessem totalmente sua importância.

a) O direito de livre trânsito, garantido pelos artigos 48 e seguintes do Tratado da Comunidade Econômica Européia, visa dar aos estrangeiros vindos de um dos países-membros direitos iguais no mercado de trabalho. Com isso, fica autorizada a livre entrada no outro país, sem a exigência de permissão de trabalho exigida dos demais estrangeiros; também não pode haver discriminação alguma no posto de trabalho, nem nos benefícios trabalhistas e sociais⁽⁷⁵⁹⁾. Eliminam-se, desta maneira, todos os obstáculos ao livre exercício dos direitos do empregado, como por exemplo a falta de participação nas eleições de seus representantes⁽⁷⁶⁰⁾. Assim, uma parte dos operários estrangeiros fica equiparada aos trabalhadores nacionais.

(758) Sobre a participação efetiva dos empregados e de seus representantes na introdução de novas tecnologias, consultar o estudo elucidativo de *Froehlich, Fuchs, e Krieger*, em: "New Information Technology and Participation in Europe", European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (ed.), Dublin, 1989. Foram analisadas a França, a Grã-Bretanha, a República Federal da Alemanha, a Itália e a Dinamarca.

(759) Apresentação da situação jurídica, inclusive da jurisprudência da Corte de Justiça Européia, *Wölke*, em "Von der Groeben-Thiesing-Ehlmann (ed.), Kommentar zum EWG-Vertrag", vol. 1, 4ª ed., Baden-Baden, 1991, comentários sobre os artigos 48-51. Sobre os aspectos jurídico-sociais, *Watson*, "Social Security Law in the European Communities", Londres, 1980 e *idem*, "Zias", 1991, pág. 41 e segs.. As respectivas normas e resoluções encontram-se publicadas e introduzidas em *Däubler, W., Kittner e Lircher*, (ed.), "Internationale Arbeits- und Sozialordnung", Colônia, 1992, ns. 410-419 (no prelo).

(760) Os limites são às vezes dúbios. Assim, por exemplo, a corte européia decidiu expressamente que trabalhadores estrangeiros de países da CE têm direito pleno ao voto nas corporações compulsórias de direito público das Câmaras de Empregados de Luxemburgo (Informationsbrief Ausländerrecht, 1992, 3), enquanto o artigo 3, inciso 2, da Resolução 1.408/71 deixa a critério dos países-membros (de modo extremamente duvidoso) a decisão de negar aos trabalhadores de outros países da CE o direito de elegibilidade passiva nas eleições para os órgãos das entidades de seguridade social.

b) A igualdade de remuneração para homens e mulheres, garantida no artigo 119 do Tratado da Comunidade Econômica Europeia, foi complementada sobretudo pela resolução de igualdade salarial de 10 de fevereiro de 1975⁽⁷⁶¹⁾ e pela resolução de igualdade de tratamento de 9 de fevereiro de 1976⁽⁷⁶²⁾. As consequências se fazem sentir não apenas nas tabelas de classificação salarial, que já não podem basear-se exclusivamente no critério da *força muscular*⁽⁷⁶³⁾, nas circunstâncias atuais, seu alcance ficou ainda maior com a constatação da corte europeia de que as desvantagens de um trabalho de meio expediente devem ser consideradas uma discriminação indireta por causa do sexo⁽⁷⁶⁴⁾. Existe, naturalmente, a possibilidade de justificar o estado das coisas com interesses empresariais e político-sociais, mas estes dificilmente chegam a convencer: como justificar, por exemplo, o não-pagamento do salário-doença para empregados de jornada parcial com menos de 10 horas semanais? Neste caso, não se aplica mais a norma do direito alemão⁽⁷⁶⁵⁾. O mesmo se aplica à promoção condicionada ao tempo de serviço, de modo que o volume de horas trabalhadas não deve servir de parâmetro decisivo para medir a experiência do empregado de meio expediente⁽⁷⁶⁶⁾. As consequências práticas se fazem sentir também quando o empregado de jornada parcial, em princípio, não pode ser excluído dos benefícios do fundo de pensão da empresa⁽⁷⁶⁷⁾; até limites de idade para a aposentadoria diferenciados para homens e mulheres infringem o direito comunitário⁽⁷⁶⁸⁾. A corte europeia se pronunciou também contra princípios tradicionais quando qualificou de discriminação direta a não-contratação por causa de gravidez; tal atitude não se justificaria nem em vista do dilema em que se poderia ver colocado o empregador⁽⁷⁶⁹⁾. Aplicando esse princípio à jurisprudência praticada na Alemanha, fica implicitamente proibido ao empre-

(761) ABIEG de 19.2.1975, n. L 45/19.

(762) ABIEG de 14.2.1976, n. L 39/40.

(763) EuGH "DB", 1986, 1877.

(764) P. ex. recentemente EuGH "EuZW", 1991, 217 — Caso Nimz.

(765) EuGH "DB", 1989, 574 — Caso Rinner-Khn; BAG "DB" 1992, 330.

(766) EuGH 1991, 217 — Caso Nimz.

(767) EuGH "DB" 1986, 1525; BAG "DB" 1987, 994.

(768) EuGH "EuZW", 1990, 283 — Caso Barber.

(769) EuGH "DB", 1991, 286 — Caso Dekker.

gador até mesmo perguntar por uma eventual gravidez, uma vez que o empregador não precisa saber de circunstâncias que poderiam vir a dar-lhe motivos para um procedimento discriminatório⁽⁷⁷⁰⁾.

Na área de segurança do trabalho, o direito comunitário provocou igualmente uma reformulação dos sistemas jurídicos nacionais. A resolução geral de 12 de junho de 1989, que trata de medidas para melhorar a segurança e a proteção à saúde do trabalhador em serviço⁽⁷⁷¹⁾, obriga, por exemplo, o legislador alemão a conceder a cada empregado o direito a um exame preventivo por ano. O empregador, além disso, se vê obrigado a mandar fazer análises de risco e a informar os empregados sobre possíveis riscos, dando-lhes inclusive as devidas *instruções* de como proteger-se de uma maneira completa⁽⁷⁷²⁾. Uma resolução especial aborda os problemas do trabalho diante de monitores⁽⁷⁷³⁾ e do *manuseio de cargas*⁽⁷⁷⁴⁾ — objetos, portanto, que ainda não tinham recebido regulamentação específica no direito alemão⁽⁷⁷⁵⁾.

2.3. Preceitos Isolados do Direito da CE

Em outras áreas do direito do trabalho assomam esporadicamente elementos jurídicos da CE. Sua importância é muito variada.

a) O monopólio do agenciamento de empregos que na República Federal da Alemanha pertence ao Instituto Federal do Trabalho viola o direito da Comunidade em relação a empregados em cargos executivos⁽⁷⁷⁶⁾.

b) Antes de haver demissões em massa é necessário ouvir e consultar os representantes dos empregados da empresa⁽⁷⁷⁷⁾. No di-

(770) Sobre os limites do direito do empregador de inquirir, *Däubler, W.*, "Das Arbeitsrecht 2", Reinbeck 1992, pág. 79 e segs.; *Hanau-Adomeit*, "Arbeitsrecht", 10ª ed., Neuwied etc., 1992, F III 2. Sobre a igualdade de direitos segundo o direito europeu cf. recentemente *Colneric*, "Festschrift Gnade", Colônia, 1992 (no prelo).

(771) ABIEG de 29.6.1989, n. L 183/1.

(772) Artigo 14, inciso 3, alíneas 1 e 9 da Resolução.

(773) ABIEG de 21.6.1990, n. L 156/14.

(774) ABIEG de 21.6.1990, n. L 156/9.

(775) Sinopse das regras da CE sobre segurança do trabalho em *Wlotzke*, "NZA", 1990, pág. 419 e segs.; ultimamente *Kohle*, "Festschrift Gnade", ob. cit.

(776) EuGH "NZA", 1991, 447.

(777) A assim chamada Resolução sobre demissões em massa, de 17.2.1975. ABIEG de 22.2.1975, n. L 48/29.

reito alemão, essa norma provocou uma modificação na medida em que precisou ser rebaixado consideravelmente o limite a partir do qual se define a *demissão em massa*.

c) No houve necessidade de adaptação quanto à resolução sobre casos de insolvência⁽⁷⁷⁸⁾ que garante aos empregados o pagamento dos salários vencidos nos três últimos meses antes da declaração de falência. Na Itália, a situação é outra: como o governo italiano no tivesse adotado a resolução citada, desprezando inclusive uma sentença subsequente da Corte de Justiça Européia, houve um novo julgamento da mesma corte⁽⁷⁷⁹⁾ condenando-o agora a indenizar os trabalhadores atingidos pelo prejuízo sofrido. Trata-se, aliás, de um novo tipo de dano, já que não pressupõe a existência de delito.

d) A assim chamada resolução de informação por escrito, de 18.10.1991⁽⁷⁸⁰⁾, assimilada em 30.6.1991, dá ao empregado o direito de exigir do empregador a formulação por escrito das principais condições de trabalho. Em relação ao direito alemão, trata-se de um progresso; por outro lado não existe nenhuma garantia de que o empregado faça efetivamente uso de seus direitos⁽⁷⁸¹⁾.

e) Quanto ao transporte de cargas e pessoas para além das fronteiras, fixaram-se limites máximos de direito ao volante para caminhoneiros e motoristas de ônibus da Comunidade Européia⁽⁷⁸²⁾.

f) Relativamente detalhada é a resolução sobre a continuidade dos direitos dos empregados por ocasião da venda de empresas, fábricas ou partes das mesmas⁽⁷⁸³⁾. Sobretudo o fato de que os direitos coletivos devem continuar valendo pelo menos durante um ano depois da venda ou fusão levou a um aperfeiçoamento do direito alemão.

Os itens supracitados poderiam deixar a impressão de que o direito europeu avança sobre partes cada vez mais amplas do direito nacional. Apesar de ter se registrado especialmente nos últimos anos

(778) ABIEG de 28.10.1980, n. L 283/23.

(779) EuGH "EuZW", 1991, 758 — Caso Francovich e Bonifaci.

(780) ABIEG de 18.10.1991, n. L 288/32.

(781) Mais detalhes sobre essa Resolução em Däubler, W., "NZA", 1992, pág. 577 e segs.

(782) ABIEG de 31.12.1985, n. L 370/1.

(783) ABIEG de 5.3.1977, n. L 61/26.

uma tendência de crescimento da influência exercida pela Comunidade Européia, é necessário precaver-se contra uma possível inversão da relação entre regra e exceção. Considerando a totalidade dos problemas que dizem respeito ao direito do trabalho, trata-se somente de uma parte muito pequena. Poderíamos falar de *respingos europeus*, de raros acréscimos que em nada modificam o fato de que 98% do direito do trabalho continua sendo de origem nacional.

2.4. Mecanismos de Coordenação

O livre trânsito dos trabalhadores e o intercâmbio transnacional de mercadorias exigem uma *coordenação* entre os diversos sistemas jurídicos nacionais, pois deve haver clareza sobre a aplicação de qual sistema em que momento. O acordo de Roma, de 19 de junho de 1980⁽⁷⁸⁴⁾, sobre o direito aplicável a contratos de dúvida, apresenta em seu artigo 6 uma norma de colisão para o direito do trabalho que concede prioridade, em princípio, ao direito vigente no local de trabalho⁽⁷⁸⁵⁾; este acordo já foi ratificado por 9 países-membros. Mais abrangente é a área de aplicação do acordo europeu sobre foro competente e execução que regulamenta, entre outros assuntos, a competência judicial em casos de conflitos decorrentes de vínculos empregatícios com implicações do exterior⁽⁷⁸⁶⁾. Maior interesse merece a coordenação dos sistemas de benefícios sociais, sobretudo da seguridade social; a Resolução 1.408/71⁽⁷⁸⁷⁾ visa levar a um sistema em que sejam somados todos os períodos passados em qualquer um dos países-membros. De acordo com a jurisprudência da corte européia, que não foi endossada por todos, não importa em relação aos benefícios familiares, como por exemplo o salário-família, em que país-membro os dependentes atualmente residem⁽⁷⁸⁸⁾.

(784) ABIEG de 9.10.1980, n. L 266/1.

(785) Sobre a importância da autonomia restante das partes *Birk*, "RdA", 1989, pág. 201 e segs.

(786) Sobre o estado atual das ratificações da emenda de 1989 *Jayme e Kohler*, "Praxis des Internationalen Privatrechts" 1991, pág. 364. Em linhas gerais tem o mesmo conteúdo do acordo assinado em Lugano com os países da EFTA (ABIEG 1988, n. L 319/3).

(787) Versão da Resolução n. 2.001/83 (ABIEG 1983, n. L 230/1), emendada posteriormente pelos Decretos n. 1.247-1.249/92, de 30.4.1992 (ABIEG n. L 136/1 e segs.).

(788) EuGH "EuZW", 1990, 33 — Caso Bronzino.

3. Causas

3.1. Falta de Competência Comunitária?

A modéstia do direito do trabalho da CE se explica com frequência pela falta de competência dos órgãos da Comunidade. Como se trata de uma comunidade econômica e no social, caberia à política social naturalmente um papel secundário, conforme se pode ver nos artigos 117 e seguintes do tratado da CEE que contêm apenas princípios programáticos, sem definir competências específicas nem muito menos dar ordens de ação⁽⁷⁸⁹⁾.

Realmente, o Tratado da CEE não distribui competências específicas que se refiram expressamente à política social. A única exceção nesse sentido é o artigo 118a, introduzido em 1987, que possibilita a adoção de resoluções fixando padrões mínimos na área do *ambiente do trabalho*, especialmente da segurança do trabalho. Mas, mesmo assim, faltam prazos politicamente obrigatórios; ao contrário do que se estabeleceu no programa de integração do mercado interno.

Por outro lado, ninguém pode impedir a Comunidade de tomar algumas iniciativas em relação ao direito do trabalho, basta recorrer às cláusulas gerais dos artigos 100 e 235 do Tratado da CEE. As normas que existem hoje em dia⁽⁷⁹⁰⁾ se baseiam justamente nestes fundamentos jurídicos, afora uma certa competência anexa presente na área da política de transportes⁽⁷⁹¹⁾. Ninguém poderia proibir à Comissão e ao Conselho recorrer a estas normas também em outros casos; na literatura jurídica se adverte apenas para o fato de que não existe uma incumbência *abrangente* para a adequação dos direitos⁽⁷⁹²⁾, e o direito do trabalho não se incluiria *simplesmente* entre as competências da Comunidade⁽⁷⁹³⁾.

(789) Essa posição já foi claramente formulada em 1972 por *Schlottfeldt*, *Rechtsfragen der Arbeits- und Sozialpolitik*, em: *Clauder, et al.*, "Einführung in die Rechtsfragen der europäischen Integration", Bonn, 1972, pág. 170 e segs.

(790) Sinopse nos itens 2.2 e 2.3.

(791) Sobre as competências anexas do direito do trabalho *Birk*, "RdA", 1992, pág. 72.

(792) *Windbichler*, "RdA", 1992, pág. 84.

(793) *Zuleeg*, "RdA" 1992, pág. 134; posição semelhante em *Birk*, "RdA" 1992, pág. 72.

A referência à ausência de um instrumental jurídico se torna questionável quando se trata um paralelo em relação a outras políticas de proteção da Comunidade⁽⁷⁹⁴⁾. Os direitos do consumidor receberam uma série de impulsos perfeitamente positivos, apesar de não constar nenhuma menção expressa a eles no tratado de Maastricht. Na proteção ambiental, a Comunidade também desenvolveu intensa atividade, apesar de se tratar, até 1987, juridicamente de uma terra de ninguém. De modo que não deve ser a falta de competência a causa decisiva.

3.2. Os Verdadeiros Obstáculos

A proteção do consumidor e do ambiente recebem atenção especial por causa de sua influência direta sobre os mercados de bens e serviços: diferenças nos regulamentos nacionais sobre a qualidade dos produtos ou os padrões de segurança constituem empecilhos técnicos de comercialização, no sentido do artigo 30 do Tratado da CEE, e a Comunidade tem o máximo interesse em eliminar esses impedimentos⁽⁷⁹⁵⁾. Sob esse aspecto, há uma grande diferença em relação ao direito do trabalho e social, bem como em quase toda a política social: diversos padrões de segurança podem até aumentar os custos, mas eles não interferem no funcionamento dos mercados de bens ou serviços. Somente na área de segurança do trabalho ocorre uma sobreposição de interesses, por isso constata-se nesse item uma atividade de normatização relativamente grande por parte da Comunidade (ver 2.2). Em vista dos fatos, não se pode deixar a política social simplesmente por conta do dinamismo econômico do mercado interno. Esse mesmo dinamismo não leva tampouco, como alguns temiam, a um nivelamento por baixo dos sistemas de direito do trabalho, já que o direito mais "barato" constituiria um fator de redução de custos. Na verdade, os custos salariais da hora de trabalho são, por exemplo, três vezes mais altos na Alemanha do que em Portugal⁽⁷⁹⁶⁾, mas a produtividade é ao mesmo tempo tão alta que os

(794) Sinopse em Joerges, "Kritische Vierteljahresschrift", 1991, pág. 416 e segs.

(795) Sobre a abordagem produtivista do Tratado da CEE e a necessidade decorrente de unificar as políticas, Reich, "Förderung und Schutz diffuser Interessen durch die Europäischen Gemeinschaften", Baden-Baden, 1987, pág. 25 e segs.

(796) Sinopse em Vogel, O., "Die Bundesrepublik im internationalen Standortwettbewerb", em: Haufe-Verlag (ed.), "EG-Binnenmarkt '92. Chancen und Risiken für Betriebe", Freiburg, 1991, pág. 33.

custos por unidade produzida se situam na parte inferior da escala⁽⁷⁹⁷⁾. Têm ainda outras vantagens de localização, como por exemplo uma boa infra-estrutura, que fazem com que a Alemanha exporte bem mais do que importe, de modo que deve continuar compensatório produzir na Alemanha produtos que se destinam a outros mercados.

A ausência de uma necessidade econômica para adequar ou até nivelar os sistemas jurídico-trabalhistas nacionais deixa um espaço para decisões de natureza política. Uma das possibilidades seria seguir na CE o exemplo de um país federativo como é o Canadá, permitindo a existência de uma grande diversidade de normas jurídicas; mas também se pode imitar a longo prazo o modelo existente na República Federal da Alemanha que, há décadas, pratica padrões legais uniformes.

Até o momento constata-se pouca vontade política em direito à harmonização e adequação dentro da Comunidade. Uma das causas deve ser as diferenças na política trabalhista dos diversos governos: enquanto a Grã-Bretanha insiste numa desregulamentação quase fanática, verifica-se no continente um procedimento mais cauteloso. Existem até elementos de re-regulamentação, por exemplo nas áreas de trabalho em jornada parcial ou na equiparação de homem e mulher⁽⁷⁹⁸⁾. O princípio da unanimidade, que continua em vigor mesmo depois da revisão do Tratado em 1987, tendo como única exceção o artigo 118a, faz com que um governo com opinião divergente comece a bloquear de imediato qualquer regulamentação de direito comunitário. A harmonização eliminaria também as vantagens em termos de custo do trabalho com que contam os países-membros menos desenvolvidos. Um fato menos destacado mas igualmente importante revela-se na constatação de que as relações de trabalho afetam uma parte central do sistema social; um estado nacional que abdica da regulamentação desta área renuncia ação mesmo tempo a uma boa parte de sua soberania. Um tema como a organização do trabalho assalariado é tão sensível quanto, por exemplo, o da moeda. Para uma renúncia desse alcance faltam, por ora,

(797) Schulte, "KJ", 1990, pág. 90.

(798) Sobre a lei italiana das assim chamadas ações positivas, de 10.4.1991, Gaeta e Zoppoli, (ed.), "Il Diritto Diseguale. La Legge sulle Azioni Positive". Commentario alla Legge 10 Aprile 1991, n. 125, Turim 1992.

as condições políticas de conscientização. Por outro lado, a Comunidade nem dispõe ainda do instrumental necessário para poder controlar as relações de trabalho européias até mesmo em caso de crise — neste sentido existe, depois de Maastricht, uma grande diferença em relação à política monetária⁽⁷⁹⁹⁾. Todos os participantes se lançariam numa aventura de desfecho incerto se quisessem colocar no lugar das normas legais e judiciais detalhadas dos direitos nacionais, com suas possibilidades específicas de intervenção estatal, uma ordem necessariamente mais global no início, à qual faltariam até mesmo as instâncias cujo comportamento em caso de conflito pudessem contar com a aceitação geral.

4. Perspectivas: A Dimensão Social do Mercado Interno Europeu e o Direito do Trabalho

4.1. A Necessidade de uma Política Social Européia

As normas do direito do trabalho são uma parte importante da política social transformada em regras obrigatórias⁽⁸⁰⁰⁾. Por isso é impossível fazer prognósticos sobre o desenvolvimento futuro, sem tomar em consideração as tarefas político-sociais e as pressões da Comunidade como um todo.

De um lado, a política social se faz necessária por causa da carência de proteção do indivíduo: se a Comunidade cria problemas, seja pela instituição de um mercado comum interno, seja mais tarde pela introdução de uma moeda comum, cabe-lhe também desenvolver estratégias de superação e ajuste, de modo que todos disponham de um mínimo indispensável para viver. Sem essa garantia, a CE no passaria de uma coletividade de segunda classe, com uma *constituição* que se reduz a certas liberdades de mercado e um estatuto de organização.

Por outro lado, deve ser do interesse da própria Comunidade assegurar a proteção do indivíduo. Relegar a política social ao quinto ou sexto lugar significaria levar a Comunidade a uma grave crise de legitimidade em tempos menos tranquilos. Sua situação dife-

(799) A deficiência de instituições adequadas da CE é apontada no contexto geral das funções sociais do estado por Pitschas, "DÖV" 1992, pág. 277 e segs.

(800) Windbüchler, "RdA", 1992, pág. 72 fala de uma "política social cristalizada".

re substancialmente da de um estado nacional. Como *fragmento de Estado*, ela se reduz por enquanto essencialmente ao setor econômico; mesmo que os Tratados de Maastricht entrem em vigor, não deve haver grandes mudanças num futuro próximo. Mas, se houver grandes decepções nesta área central ocupada pela economia e a Comunidade aparecer, por exemplo, como causadora (real ou presumível) de desemprego e anomalias sociais, faltar-lhe-á os instrumentos para uma contra-ofensiva. Falta-lhe a atribuição dos valores culturais ou bens públicos, como segurança interna e externa, que garante ao Estado a lealdade básica da grande maioria da população. Além disso, existem três outras deficiências:

a) Apesar de democraticamente eleito, o parlamento europeu possui um direito de veto muito restrito em relação aos atos normativos da Comunidade. No lhe cabe a iniciativa dos projetos de lei e, mesmo depois dos Tratados de Maastricht, seu direito de bloquear de modo definitivo alguma decisão fica restrito a proposições bem delimitadas até esse ponto mesmo o parlamento do império alemão (Reichstag), que funcionava segundo as regras da Constituição de 1871, teve uma posição mais forte.

b) Falta transparência às decisões da Comunidade. O conselho de ministros como verdadeiro legislador se reúne a portas fechadas. Mesmo o cidadão politicamente interessado não consegue identificar as razões que determinam as atitudes a favor ou contra uma medida, ao contrário do que acontece nos parlamentos dos países-membros.

c) A carência de democracia e de publicidade se faz sentir com mais intensidade pela ausência de uma opinião pública européia. A imprensa, o rádio e a televisão bem como a maior parte dos grupos de interesse continuam organizados a nível nacional, de modo que exercem sua função de controle apenas dentro das fronteiras do próprio país. Bruxelas, Luxemburgo e Estrasburgo são tratados como esferas localizadas fora do país. A substituição de um membro da Comissão dificilmente tem maior repercussão do que uma moção de desconfiança no parlamento belga.

Quem se apóia sobre pernas tão frágeis precisa garantir a cada um de seus cidadãos que, na Comunidade, estarão de alguma maneira assegurados seus interesses e suas aspirações (mesmo que não sejam todos). O plebiscito dos dinamarqueses sobre o Tratado de Maastricht mostrou que a Comunidade precisa cuidar do indivíduo, que

ela põe em jogo a própria existência se continuar confiando apenas nas leis do mercado, limitando-se, de resto, a uma espécie de ação nos bastidores. Isso não significa que uma política social eficiente por si só consiga equilibrar as deficiências de legitimação, criando um clima de estabilidade. Mas, sem essa política, as perspectivas futuras da Comunidade se revelarão ainda mais pessimistas⁽⁸⁰¹⁾.

4.2. As mudanças de Maastricht

Haverá um aumento da pressão sobre a Comunidade exigindo dela novas iniciativas quando os Tratados de Maastricht entrarem finalmente em vigor, seja em sua forma atual, seja com algumas modificações. As deficiências de legitimação de que falamos antes se tornarão mais patentes na medida em que as competências da comunidade aumentarem⁽⁸⁰²⁾. Especialmente com o início da união monetária assistiremos a uma redução drástica da liberdade de movimentos dos países-membros que perderão, por exemplo, a possibilidade de praticar uma política econômica anticíclica autônoma⁽⁸⁰³⁾. Desequilíbrios que existem ou recrudesçam dentro da CE terão que ser ajustados ou amenizados pela própria Comunidade⁽⁸⁰⁴⁾, o que pode acarretar sacrifícios por parte das regiões mais ricas que não serão aceitos sem um sólido consenso político⁽⁸⁰⁵⁾.

Apesar do aumento das pressões por mais ação verificam-se poucas melhoras do instrumental necessário. O acordo sobre a política social autoriza onze países (sem a Grã-Bretanha) a tomarem resoluções conjuntas, em parte por simples maioria, em parte por unanimidade; somente a área dos salários e dos conflitos trabalhistas permanece restrita às possibilidades já existentes⁽⁸⁰⁶⁾. A exclusão da Grã-Bretanha não significa necessariamente que as ativida-

(801) Sobre a importância de política social como meio de legitimação, *Pitschas*, "DÖV", 1992, pág. 277; *Zuleeg*, "NDV" 1991, pág. 29. Aprofundamento em *Däubler*, W., ob. cit., "Sozialstaat EG? Die andere Dimension des Binnenmarkts", *Gütersloh* 1989, pág. 70 e segs.

(802) *Ver van Themaat, Loren*, "Revue du Marché Commun", 1992, pág. 205.

(803) *Idem*, pág. 207. Sobre detalhes dos novos artigos 104-104e, *Häde*, "EuZW", 1992, pág. 176.

(804) *Leibfried*, "NDV" 1992, pág. 108.

(805) *Tietmeyer*, "Integration", 1992, pág. 18.

(806) Detalhes do acordo em *Weiss*, "Festschrift Gnade", Colônia, 1992 (no prelo) e em *Däubler*, W., ob. cit., "NZA" 1992, 577 e segs.

des de caráter político-social passarão a ser mais fáceis ou ágeis. Quem pode garantir que, no passado, alguns governos do continente só apoiavam certos projetos por que contavam depois com o veto inglês? Assim era relativamente fácil apresentar-se em casa como progressista em questões sociais. Agora será inevitável mostrar seus verdadeiros interesses, e as coisas poderão mudar de aspecto. Por outro lado, pode haver um receio de aprovar iniciativas mais arrojadas entre os onze (ou parte deles) para que não se criem vantagens para os britânicos na área dos custos sociais. Por enquanto, é necessário contar com esse duodécimo parceiro invisível na mesa de negociações, pois ignorá-lo significaria aceitar desvantagens para si próprio.

4.3. Direito do Trabalho — Um Campo de Ação para a Futura Política Social da CE?

O Tratado de Maastricht não prevê novas instituições no campo da política social. De modo que eventuais atividades mais intensas da parte da Comunidade terão que mover-se nos trilhos atualmente existentes; por isso não podemos contar com novidades qualitativas, apenas com mais quantidade.

Em primeiro plano deverão aparecer atividades semelhantes aos fundos estruturais e outros programas diversos que no passado já foram responsáveis pela criação de um verdadeiro cipoal jurídico⁽⁸⁰⁷⁾. Os 3 bilhões de ECUs de que o Fundo Social Europeu pode dispor anualmente⁽⁸⁰⁸⁾ não terão peso suficiente para levar a uma espécie de compensação financeira transnacional⁽⁸⁰⁹⁾. Nem os recursos totais dos fundos estruturais, nos valores de hoje, poderão mudar essa situação⁽⁸¹⁰⁾.

Uma segunda alternativa seria a fixação de padrão mínimo para toda a Comunidade. As experiências anteriores não inspiram muita confiança. A *Carta Comum dos Direitos Sociais Fundamentais dos*

(807) De "droit européen souterrain" (direito europeu clandestino) fala Lyon-Caen, G. em: "Quel Avenir pour L'Europe Sociale: 1992 et après?" Colloque Européen en hommage à Léon Eli Troclet, Bruxelas, 1992, pág. 56. A corte européia declarou expressamente a compatibilidade do programa COMETT II com o Tratado da CEE (EuGH "EuZW", 1991, pág. 505).

(808) Hilf, e Wilms, "JS", 1992, pág. 372.

(809) Schulte, "KJ" 1990, pág. 85.

(810) Leibfried, "NDV" 1992, pág. 112.

Trabalhadores⁽⁸¹¹⁾ é um documento que não tem valor jurídico, pois não passa de uma declaração de boa vontade feita pelos onze chefes de governo em Estrasburgo, em 1989. A negativa inglesa fez com que se retirasse até o atributo solene dessa declaração elaborada com antecedência pela Comissão; parece que dissenso e solenidade são termos que se excluem mutuamente. Não existe atualmente nenhuma previsão para uma nova tentativa que, de resto, teria poucas chances de sucesso a curto prazo. Apesar das boas razões a favor de um catálogo de direitos fundamentais que, ao contrário do emaranhado de resoluções e normas, poderia vir a constituir-se realmente em objeto de identificação a Comunidade dever continuar a concentrar a sua ao seletiva em determinadas áreas⁽⁸¹²⁾.

Quais serão então as conseqüências para o direito do trabalho? A Comunidade deixar basicamente tudo como está. Talvez venha a intervir em pontos isolados onde surgirem problemas específicos de integração, contanto que não se firam seriamente interesses envolvidos de modo que não seja ultrapassado o *limite do tolerável* nem entre os empregados, nem entre os sindicatos, nem entre os governos nacionais.

Uma área que deve receber algum tipo de regulamentação é a proteção de dados. O mercado interno europeu leva necessariamente a um intercâmbio de quantidades imensas de dados entre os países-membros. Como atualmente as normas jurídicas dos diversos países vão de *muito severas a não existentes*, existe o risco de se criarem verdadeiros *oásis de dados em que o dono do sistema* pode fazer tudo aquilo que as ordens nacionais proíbem. Essas práticas podem afetar não só os interesses dos empregados e dos consumidores, mas também os de bancos, seguradoras e de todas aquelas empresas que fazem questão de discrição no manuseio das listas de seus clientes. O pacote sobre a proteção de dados⁽⁸¹³⁾ apresentado pela Comissão da CE procura introduzir um padrão de direito comunitário razoavelmente bom que melhoraria inclusive a situação dos empregados⁽⁸¹⁴⁾.

(811) Publicado em: "Soziales Europa", cad. 1/1990, pág. 52 e segs.

(812) Mais detalhes em Däubler, W., "Soziale Grundrechte in der EG? — Erste Schritte nach Strassburg", em: Wiedentfeld, ed., "Der Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft", Mainz, 1992, pág. 27 e segs.

(813) Publicado em "BR-Drucksache" 690/90.

(814) Detalhes em Wurst, "JS", 1991, pág. 449.

Um segundo projeto diz respeito a práticas que poderiam ser qualificadas de "*dumping social*". As discussões no parlamento europeu revelaram recentemente um exemplo notável: na construção do parque de diversões "*Euro-Disney*" perto de Paris estavam sendo usados operários portugueses que, apesar de uma jornada de trabalho mais longa, recebiam apenas uma quinta parte do salário pago aos operários franceses e italianos em funções comparáveis⁽⁸¹⁵⁾. O projeto prevê a criação de uma resolução sobre empregados enviados ao exterior⁽⁸¹⁶⁾ para sanar este setor. Ela pretende tornar compulsórios determinados padrões do local de trabalho, especialmente salário mínimo, tetos para as jornadas de trabalho, restrições ao trabalho dominical e noturno e férias anuais pagas. Assim haveria mudanças no direito de colisão que, em caso de envio temporário para o exterior, ordena a manutenção das condições anteriores. Não existem obstáculos jurídicos contra a aprovação desta resolução; a corte européia já decidiu que não se trata de infração contra a liberdade de prestação de serviços quando um ou outro país-membro estende os benefícios de seu padrão social também àqueles empregados que trabalham só temporariamente em seu território⁽⁸¹⁷⁾.

Pode vir a concretizar-se também o projeto de uma resolução sobre a criação de conselhos europeus de representação de empregados. Orientado no princípio da subsidiaridade, não modificaria o direito nacional sobre a representação dos interesses dos empregados, criaria tão somente um nível europeu complementar. Sua forma concreta ficaria em primeiro lugar a critério das partes envolvidas; mas, se estas, no prazo de um ano, não chegassem a um consenso, entraria em vigor o estatuto legal ordinário que prevê direitos de informação e de consulta⁽⁸¹⁸⁾. Não se tocaria diretamente nas tradições nacionais. Do ponto de vista dos empregados e de seus representantes seria útil, senão necessário, entrar em contato com

(815) Interpelação do deputado Barros Moura, publicada em ABIEG de 9.4.1992, n. C 89/11.

(816) Resolução do Conselho sobre o envio de empregados no contexto da prestação de serviços, de 28.6.1991 (ABIEG de 30.8.1991, n. C 225/6).

(817) EuGH "EuZW" 1990, 256 — Caso Rush Portuguesa.

(818) Resolução "sobre a instituição de Conselhos de Representantes dos Empregados para informação e consulta dos empregados em empresas e grupos de empresas que operam no "Âmbito da Comunidade" (ABIEG de 15.2.1991, n. C 39/10), modificada no final de 1991 em itens menores (ABIEG de 31.12.1991, n. C 336/11).

os reais centros de poder. Para os empregadores poderia ser interessante aproveitar essa oportunidade para dar à sua "*corporate identity*" um caráter europeu, lançando assim as bases de uma parceria a nível de grupo. A ambivalência do projeto aumenta suas chances de se tornar realidade.

Ainda está longe a europeização de todo o direito do trabalho. Mesmo com o aumento dos elementos de direito europeu, seria exagerado falar atualmente num processo de erosão das estruturas nacionais. As modificações virão no contexto da união monetária, uma vez que as condições para a ação dos empregadores e dos empregados sofrerão mudanças quando os governos tiverem que orientar-se pelo objetivo supremo da estabilidade monetária, reduzindo, por exemplo, drasticamente a emissão de títulos de crédito⁽⁸¹⁹⁾. Este será o problema central dos anos 90, a não ser que Maastricht se revele de antemão como passo demasiadamente ousado em direito à integração.

(819) Ver, ao lado dos autores citados nas notas 50-52, sobretudo *Hickel*, "Programm EG'99: Ziele und Stufen zur europäischen Wirtschafts- und Währungsunion (EWWU)", *Memo-Forum*, n. 19, Bremen, 1992, pág. 76 e segs.

III.III. Direito Internacional do Trabalho — Esperança dos Sindicatos?

1. Introdução. 2. Níveis de formação e prioridades de regulamentação. 3. Mecanismos de Aprovação. 4. Razões do Surgimento e da (Falta de) Aplicação do Direito Internacional do Trabalho. 5. Conseqüências para as Disputas Atuais.

1. Introdução

“Uma loja de departamentos que exclui os empregados de jornada parcial do fundo de pensão da empresa infringe o artigo 119 do Tratado da CEE quando tal medida atinge substancialmente mais mulheres do que homens” — assim decidiu a Corte das Comunidades Européias em sua sentença do dia 13.5.1986⁽⁸²⁰⁾. As conseqüências deste pronunciamento são consideráveis, uma vez que o trabalho de jornada parcial é feito em mais de 93% por mulheres⁽⁸²¹⁾. Sempre que houver discriminação econômica de trabalhadores de jornada parcial, passará a ser invocado o Tratado da CEE. Diante da sentença compulsória da corte européia, o empregador, na prática, só poder defender-se com o argumento de que sua ação tem como objetivo declarado o incentivo à ocupação em jornada integral. Mas não bastará uma simples afirmação neste sentido; antes será preciso que a empresa comprove sua real necessidade desse tipo de emprego, demonstrando, por exemplo, que existe um grande número de ofertas de passar esses empregados para uma jornada de tempo integral. Constelações desse tipo são raras; em um de dois casos exemplares, o Tribunal Superior do Trabalho da Alemanha (BAG) decidiu pela integração da empregada no plano de aposentadoria da empresa, no outro caso, devolveu o processo para exame mais detalhado ao tribunal estadual⁽⁸²²⁾.

(820) EuGH “DB” 1986, 1.525.

(821) V. *Hoyningen — Huene, G.*, “Das neue Beschäftigungsförderungsgesetz 1985”, em: “NJW”, cad. 31/1985, pág. 1.802, ver nota 28.

(822) BAGE, “DB”, 1986, 2.237 (comunicação à imprensa).

Diante da queixa apresentada pela Associação Mundial de Sindicatos, o conselho administrativo da Organização Internacional do Trabalho instituiu em junho de 1985 uma comissão de inquérito para verificar se a prática de excluir defensores de idéias radicais do serviço público federal é compatível com a Convenção n. 111 da OIT, ratificada há mais de 25 anos pela República Federal da Alemanha⁽⁸²³⁾. Esta convenção proíbe em seu artigo 1, inciso 1, entre outras coisas, a discriminação profissional *por causa de convicções políticas*. O relatório da comissão, apresentado no final de fevereiro de 1987, concluiu que, até o momento, a convenção não está sendo respeitada na prática. Apesar de o artigo 1, inciso 2, admitir diferenciações de acordo com a *índole do emprego*, não se justifica por exemplo que a militância num partido proibido sirva de critério de desqualificação⁽⁸²⁴⁾. Dá a recomendação endereçada à República Federal da Alemanha de mudar essa prática a nível federal, estadual e municipal. Como essas *recomendações*, apesar do termo, se revestem de um caráter obrigatório, resta ao governo alemão, de acordo com o artigo 29, inciso 2, do Estatuto da OIT⁽⁸²⁵⁾, como única alternativa invocar dentro de três meses a Corte Internacional de Haia.

É provável que ambas as sentenças encontrem pouca simpatia por parte dos empregadores e do governo federal. Há alguns anos, um autor considerado liberal-conservador já advertira que, em vista das diferenças de *estrutura social e de mentalidade dos envolvidos, o direito do trabalho supranacional, com sua inspiração italiana, francesa ou inglesa, não combinaria com o direito do trabalho nacional na República Federal da Alemanha*⁽⁸²⁶⁾. Os sindicatos teriam conseguido conquistar novos aliados a nível internacional? A redução das garantias trabalhistas poderia ser compensada desta maneira, invertendo, quem sabe, a evolução dos fatos? Seria possível construir um novo direito de lutas trabalhistas sobre a base do artigo 6º, item

(823) Lei de ratificação em: BGBl 1961, II, 97.

(824) Escritório Internacional do Trabalho, Genebra (ed.), Bericht des gemäss art. 26 der Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation. Eingesetzten. Ausschusses zur Prüfung der Einhaltung des Übereinkommens (Nr. 111) über die Diskriminierung (Beschäftigung und Beruf), 1958, durch die Bundesrepublik Deutschland, 1. Aufl., Genebra, 1987.

(825) Publicado em BGBl 1957, II, 317.

(826) Reuter, D., "Gibt es eine Arbeitrechtliche Methode?", em Dietrich, Th., Gamillscheg, F. e Wiedemann, F., Festschrift für Marie-Louise Hilger und Hermann Stumpf, Munique, 1993, pág. 587, nota 74.

4, da Carta Social Européia (CSE)⁽⁸²⁷⁾, estendendo a proteção contra demissões também às pequenas empresas, já que o artigo 158 da convenção da OIT⁽⁸²⁸⁾ não fala em exceções? Ou será que as duas sentenças aqui mencionadas não passam de fenômenos passageiros que se devem a situações específicas que não se repetirão? Não existem tantos outros casos em que reivindicações justas foram sumariamente recusadas? Um holandês que, diante da comissão de direitos humanos da ONU, invocou o direito de trabalho garantido pelo acordo internacional de direitos econômicos, sociais e culturais⁽⁸²⁹⁾ não obteve o menor sucesso, e a prática alemã contra os radicais acabou sem recriminação pela Corte Européia de Direitos Humanos (CEDH) porque a convenção européia dos direitos humanos não estabelece regras para o acesso ao serviço público⁽⁸³⁰⁾.

O direito do trabalho internacional não é uma matéria familiar aos juristas ou sindicalistas. O próprio conceito é ambíguo, referindo-se de um lado ao direito de colisão trabalhista (sem maior interesse no presente contexto) que decide sobre a aplicação do direito do trabalho alemão ou estrangeiro em casos de *contato com o exterior*⁽⁸³¹⁾. Por outro lado, o conceito se refere a todas aquelas normas internacionais, em especial acordos, convenções e convênios que dizem respeito à execução de trabalho assalariado. Nesse *direito internacional do trabalho* se baseiam as sentenças supracitadas; é dele que falaremos a seguir.

Em primeiro lugar apresentaremos uma visão sinóptica do nível institucional. Quais são as *instâncias normativas* e quais os acordos? Onde se localizam as prioridades de conteúdo (típico 2). A partir dessa base surge a questão de força impositiva dessas normas. Qual a importância das comissões de peritos e das comissões de inquérito, mas também a dos tribunais instituídos no seio de organizações internacionais? Qual é o prestígio e qual o efeito prático do direito do trabalho internacional quando se trata de assuntos domésticos? O empregado ou o sindicato podem apelar a acordos interna-

(827) BGBl 1964, II, 1.262.

(828) Reimpressão em: "Organisation Internationale du Travail, Conventions et recommandations Internationales du travail 1919-1984", vol. I, Genebra, 1985, pág. 171 e segs.

(829) Comissão da ONU para os Direitos Humanos (UN-AMR) "EuGRZ", 1985, 532 e segs.

(830) EGMR "EuGRZ", 1986, 497 e segs.

(831) Däubler, W., "Das neue internationale Arbeitsrecht"; "RIW", 4/1987.

cionais diante dos tribunais? Adianta, por exemplo, alegar numa disputa judicial que a comissão pericial da OIT só considera ilegal a ocupação de uma fábrica quando esta perde seu caráter pacífico?⁽⁸³²⁾ (tópico 3). O fato de ser inusitado esse tipo de procedimento já revela que dificilmente bastaria a mera referência à respectiva situação jurídica. Como se explica que o direito do trabalho internacional só recentemente começou a merecer alguma atenção? Quais os interesses articulados por intermédio de suas normas? Estaria por detrás delas eventualmente um modelo de relações de trabalho que não corresponde à realidade além? Será que os incentivadores de acordos internacionais contaram seriamente com a possibilidade de que estes fossem usados em disputas perante tribunais nacionais? (tópico 4). No capítulo final demonstraremos, no exemplo de algumas áreas específicas, o que os sindicatos poderão esperar do direito do trabalho internacional e onde estão localizados os seus limites óbvios (tópico 5).

2. Níveis de Formação e Prioridades de Regulamentação

Normas internacionais de cunho trabalhista não costumam originar-se em acordos bilaterais⁽⁸³³⁾; normalmente trata-se de acordos multinacionais. Estes podem ser celebrados no contexto da ONU e de suas organizações específicas, particularmente na OIT, ou então a nível europeu, onde cabe o papel principal ao Conselho da Europa, mas também à CE.

2.1. O Nível das "Nações Unidas"

2.1.1. Os Dois Pactos da ONU sobre Direitos Humanos

Um grande número de princípios básicos do direito do trabalho é abordado no Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais de 1966, ratificado pela República Federal da Alemanha em 1973⁽⁸³⁴⁾ e que está em vigor desde 3.1.1976⁽⁸³⁵⁾. Ne-

(832) Conferência Internacional do Trabalho, 69ª sessão, 1983, Rapport III (partie IVb), "Étude d'ensemble de l'Application des Conventions sur la liberté syndicale", Genebra, 1983, n. 218 (pág. 69).

(833) Neste ponto difere do direito de seguridade social.

(834) BGBI II, 1.569.

(835) Comunicado por Beyerlin, U., "Die Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer in den Menschenrechtsinstrumenten. Der Vereinten. Nationen", em: Max-Planck-Institut für ausländisches Recht und Völkerrecht, "Die Koalitionsfreiheit des Arbeitnehmers", Hiedelberg/New York, 1980, pág. 1.157.

le são garantidos entre outras coisas o direito ao trabalho, o direito a *condições de trabalho justas e favoráveis*, a liberdade de coação que inclui o direito de greve, bem como o direito à saúde física e mental⁽⁸³⁶⁾.

De menos relevância para o nosso contexto é Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos que foi elaborado na mesma época e ao qual a República Federal da Alemanha também aderiu em 1973⁽⁸³⁷⁾. Este só garante o direito de formar sindicatos e de filiar-se a eles para proteger seus interesses, deixando de considerar propositadamente determinadas formas de ação⁽⁸³⁸⁾. O protocolo opcional que acompanha este pacto, e que dá ao cidadão individual a possibilidade de dirigir-se diretamente à comissão de direitos humanos da ONU, até hoje não foi ratificado pela República Federal da Alemanha.

2.1.2. Convenções e Recomendações da OIT

A OIT, criada em 1919⁽⁸³⁹⁾, se distingue das demais organizações internacionais pelo fato de estarem representados em seus órgãos deliberativos (Conferência do Trabalho e Conselho Administrativo), ao lado dos governos dos países-membros, também os respectivos sindicatos e, se houver, as associações patronais. A Conferência do Trabalho se reúne uma vez por ano para tomar decisões sobre convênios a serem submetidos aos países-membros para ratificação. Estes têm *status* de tratado internacional, e os países-membros devem apresentar a cada dois anos um relatório sobre seu cumprimento. Além disso, a Conferência do Trabalho emite as assim chamadas Recomendações que têm caráter de sugestão, não obrigando os países-membros a adotar medidas concretas na respectiva área. Em todo caso devem ser apresentados periodicamente relatórios sobre a situação em cada país⁽⁸⁴⁰⁾.

(836) Quanto ao conteúdo do pacto, Zuleeg, M., "Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte", "RdA", 6/1974, 321 e segs.

(837) BGBl II, 1534, entrou em vigor em 23.3.1976. Beyerlin, U., ob. cit., pág. 1.157.

(838) *Idem*, pág. 1.171. Também em relação ao direito de greve, agora UN-AMR "EuGRZ", 1987, 50.

(839) Sobre as origens da organização Mayer, U. e Raasch, S., "Internationales Recht der Arbeit und Wirtschaft", Opladen, 1980, pág. 193 e segs. — Peruzzo, G., "International Labour Organisation", "NJW", cad. 10/1981, 496 e segs.

(840) Viso sinóptica do processo *idem* — Sobre os convênios também em língua alemã Faupel, R., "Tarifhoheit und völkerrechtliche Vertragserfüllungspflicht", Baden-Baden, 1969, pág. 23 e segs. A temática toda aborda Valticos, N., "Droit international du travail", Paris, 1983.

Os convênios e as recomendações abrangem uma gama muito variada das áreas do direito social e trabalhista. A coleção publicada pela OIT atinge 1.300 páginas, onde são abordadas desde questões relativas à jornada de trabalho e à proteção do trabalho feminino, até problemas relacionadas com o agenciamento de mão-de-obra, os migrantes ou a liberdade de coalizão⁽⁸⁴¹⁾.

2.1.3 Códigos de Comportamento para as Empresas Multinacionais

A partir de meados dos anos setenta verificou-se uma insistência maior no estabelecimento de determinados padrões de procedimento para as empresas multinacionais, já que a maneira de agir destas passava a receber críticas contundentes na opinião pública. Regras desta natureza foram aprovadas, por exemplo, pela OIT e pela OECD⁽⁸⁴²⁾, mas, de modo semelhante às recomendações da OIT, não possuem caráter obrigatório; mesmo assim devem servir de orientação (*soft law*) para o comportamento de certas empresas de grande porte⁽⁸⁴³⁾. As questões relacionados ao emprego e aos empregados, porém, são apenas um item entre muitos outros.

2.2. O Nível Europeu

2.2.1. O Conselho da Europa

O Conselho da Europa serviu de fundo institucional para a elaboração de três convenções que foram ratificadas pela República Federal da Alemanha; na prática coube-lhes grande importância, ao menos em algumas partes.

2.2.1.1. Convenção Européia de Direitos Humanos

A Convenção para a proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais de 4.11.1950 foi ratificada pela República Federal da Alemanha já em 1952⁽⁸⁴⁴⁾. No contexto do presente estudo merece destaque especial a liberdade de reunião e associação

(841) OIT, ob. cit.

(842) Visão sinóptica em Walz, St., "Multinationale Unternehmen. Und internationaler Tarifvertrag", Baden-Baden, 1981, pág. 89 e seg.

(843) A esse respeito especialmente Walde, Th., "Der UN-Verhaltenskodex für transnationale Unternehmen: Schritte zu einem Weltwirtschaftsrecht", "RIW" 5/1978, pág. 285 e segs.

(844) BGBl II, 686.

garantida pelo artigo 11 que abrange o direito dos indivíduos de *formar associações para a defesa de seus interesses e de filiar-se a elas*. No emprego tem importância prática também o direito fundamental de liberdade de pensamento, de consciência e de religião do artigo 9, bem como o direito à livre manifestação da própria opinião de que fala o artigo 10 da Convenção.

2.2.1.2. A Carta Social Européia

A República Federal da Alemanha aderiu também à Carta Social Européia de 18.10.1961⁽⁸⁴⁵⁾. Enquanto a Convenção de Direitos Humanos se limita essencialmente aos direitos fundamentais *clássicos*, um grande número de direitos fundamentais sociais como objetos da Carta Social, entre eles o direito ao trabalho, o direito a condições de trabalho justas, seguras e saudáveis, o direito a salário justo, o direito de associação que inclui o direito a negociações coletivas e greve, a proteção de jovens e mulheres no trabalho, bem como o direito à formação profissional. Como acontece com o Pacto Internacional sobre Direitos econômicos, sociais e culturais, surgem também no caso da Carta problemas especiais de aplicação prática; trataremos deles especificamente no item 3.

2.2.1.3. A Convenção de Proteção de Dados

Um setor da vida de trabalho que se reveste de cada vez mais importância é abordado pela Convenção para a proteção do indivíduo no *Processamento Automático de Dados Pessoais*, de 28.1.1981, aprovada pelo legislador alemão em 1985⁽⁸⁴⁶⁾. Interessa, por exemplo, a norma que diz que o levantamento dos dados deve obedecer a determinados requisitos⁽⁸⁴⁷⁾, devendo ser resguardado o anonimato sempre que a finalidade do armazenamento o permita⁽⁸⁴⁸⁾. Aborda-se também a transmissão de dados entre países, mas apenas no sentido de autorizar os países a introduzirem, sob determinadas condições, restrições a essa prática⁽⁸⁴⁹⁾.

(845) BGBl 1964, II, 1251. A Carta entrou em vigor em 1965: BGBl 1965, II, 1.122.

(846) BGBl 1985, II, 539.

(847) Artigo 5 da Convenção. Falta uma regulamentação correspondente na lei de proteção de dados além (BDSG), mas ela pode ser deduzida indiretamente da sentença do Tribunal Constitucional sobre o censo; cf. Däubler, W., ob. cit., "Das Arbeitsrecht 2", Reinbeck, 1986, pág. 248 e seg.

(848) Artigo 5 da Convenção.

(849) Artigo 12 da Convenção.

2.2.2. As Comunidades Européias

2.2.2.1. Tratados de Direito Internacional

Dentro dos limites da CE foram concluídos dois tratados de direito internacional que têm influência direta sobre o direito do trabalho. Um deles é a Convenção sobre a competência judicial e a execução de sentenças judiciais em matéria de natureza civil e comercial, de 27.9.1968⁽⁸⁵⁰⁾ que, segundo a opinião geral, inclui também os litígios trabalhistas. Em segundo lugar merece ser citada a Convenção da CE, de 19.6.1980, sobre o direito aplicável a compromissos de dívidas⁽⁸⁵¹⁾, uma vez que regulamenta, no artigo 6 o direito de colisão trabalhista, tendo servido inclusive de modelo para o preceito do artigo 30 da Lei de Introdução do Código Civil⁽⁸⁵²⁾.

2.2.2.2. Liberdade de Locomoção e Domicílio dos Empregados

O artigo 48 do Tratado da CE garante a livre locomoção e fixação de domicílio de todos os empregados que sejam cidadãos de um país-membro da CE. As questões concretas relativas a esta norma foram regulamentadas pelo Decreto 1.612/68 do Conselho; os problemas de seguridade social decorrentes desta norma são objeto do Decreto 1408/71. Quanto a detalhes, é necessário consultar a literatura sobre o direito dos estrangeiros⁽⁸⁵³⁾.

2.2.2.3. Adequação Jurídica

O artigo 100, inciso 1, do Tratado da CE autoriza o Conselho das Comunidades Européias a promulgar, após sugestão da Comissão, Diretrizes para a Adequação daquelas normas jurídicas e administrativas que têm influência direta sobre a implantação e o funcionamento do mercado comum. Por princípio são incluídas também normas trabalhistas; em caso de dúvida, recorre-se, além disso, à norma genérica do artigo 235 do Tratado da CE que prevê a promulgação de normas apropriadas pelo Conselho, por iniciativa da Comis-

(850) BGBl 1872, II, 774.

(851) BGBl 1986, II, 810.

(852) Mais detalhes em *Däubler, W.*, ob. cit. (ver nota 631).

(853) P. ex. *Becker, F. e Braasch, D.*, "Recht der ausländischen Arbeitnehmer" Neuwied e Darmstadt, 1986.

são, que levem à implementação de algum dos objetivos da comunidade dentro do mercado comum. As instâncias de Bruxelas dispõem, portanto, de ampla competência para atuar sobre os respectivos sistemas nacionais de direito do trabalho, uniformizando-os em vista de um padrão comum europeu. Quanto à definição do conteúdo, existem indicações nos artigos 117 e seguintes; merece destaque a cláusula geral do artigo 117, inciso 1, que afirma expressamente que os países-membros estão de acordo quanto à necessidade de haver um esforço para melhorar as condições de vida e de trabalho dos empregados, criando-se assim a possibilidade de sua mútua adequação pelo caminho do progresso⁽⁸⁵⁴⁾. É importante também o artigo 118a, introduzido pela Ata Européia de 1986⁽⁸⁵⁵⁾, segundo o qual os países-membros se esforçarão para incentivar sobretudo o aperfeiçoamento do ambiente de trabalho, a fim de proteger a segurança e a saúde dos empregados.

Mas, a prática fica muito aquém das possibilidades jurídicas. Apenas em três áreas registraram-se até hoje iniciativas de direito comum que tenham levado também a reformulações do direito alemão.

- A assim chamada diretriz sobre demissões em massa do Conselho da CE⁽⁸⁵⁶⁾ provocou uma modificação dos artigos 17 e seguintes da lei de proteção contra demissões⁽⁸⁵⁷⁾; o conceito de demissão em massa foi redefinido e os procedimentos sofreram alterações.

- A Diretriz do Conselho, de 14.2.1977, sobre a adequação das normas jurídicas dos países-membros em relação aos direitos dos empregados na transmissão de empresas, fábricas ou partes delas⁽⁸⁵⁸⁾ levou o legislador federal a modificar a norma do art. 613 do Código Civil. Através da lei de adaptação jurídico-trabalhista à CE⁽⁸⁵⁹⁾ foi introduzido sobretudo um inciso que regulamenta a continuidade da vigência dos contratos coletivos em caso de transmissão de empresas.

(854) *Beutler, B. et al.*, "Die Europäische Gemeinschaft — Rechtsordnung und Politik", Baden-Baden, 1982, pág.358 e segs. — *Schnorr, G.*, "Arbeits- und sozialrechtliche Fragen, der europäischen Integration", Berlin/Nova York, 1974, pág. 19 e segs.

(855) BGBl II, 1.102, 1.108.

(856) ABIEG, de 22.2.1975, n. L 48, pág. 29.

(857) Segunda lei de emenda da lei de proteção contra demissões, de 30.4.1978, BGBl I, 550.

(858) 77/187/CEE, ABIEG 1977, n. L 61, pág. 26, Reimpressão em "RDA", 1977, 162.

(859) De 13.8.1990, BGBl I, 1308.

As normas comunitárias mais importantes são aquelas que tratam da equiparação de homens e mulheres na vida de trabalho. O artigo 119 do Tratado da CE garante *salário igual para homens e mulheres que exercem o mesmo trabalho*; a diretriz de equiparação salarial de 1973⁽⁸⁶⁰⁾ prescreve concretamente que mesmo num trabalho reconhecido como equivalente deve ser evitado qualquer tipo de discriminação por causa do sexo. A diretriz para tratamento igual, de 1976⁽⁸⁶¹⁾, baseada no artigo 235 do Tratado da CE, se aplica a uma área ainda mais ampla, proibindo a discriminação *direta ou indireta* por causa do sexo no acesso aos empregos em todos os *níveis da hierarquia profissional*, bem como no acesso à formação e ao aperfeiçoamento profissional e às medidas de retreinamento e readaptação. No cumprimento das duas normas, o legislador federal inseriu no Código Civil, novamente pela lei de adaptação às normas trabalhistas da CE⁽⁸⁶²⁾, os artigos 611a, 611b e 612, inciso 3; não se trata aqui de analisar até que ponto foram realizadas em sua plenitude as propostas do direito comunitário europeu⁽⁸⁶³⁾.

2.3 Prioridades de Conteúdo

A multiplicidade de fontes do direito internacional do trabalho faz com que muitas questões tenham recebido várias regulamentações, enquanto outras só foram abordadas excepcionalmente ou nem isso. Assim, por exemplo, a questão de direitos iguais para homem e mulher pode ser encontrada também nas Convenções ns. 100⁽⁸⁶⁴⁾ e 111⁽⁸⁶⁵⁾ da OIT, bem como no artigo 4, inciso 1, n. 3 Carta Social Européia⁽⁸⁶⁶⁾ e no artigo 3 do Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais⁽⁸⁶⁷⁾. Por outro lado, constata-se que representações não sindicais, como por exemplo o Conselho dos Empregados, dificilmente encontram amparo neste tipo de acordo⁽⁸⁶⁸⁾.

(860) Diretriz 75/117/CEE, ABIEG 1975 n. L 45.

(861) Diretriz 76/207/CEE, ABIEG 1976 n. L 39.

(862) Ob. cit. (40).

(863) Mais detalhes em *Knigge, A.*, "Gesetzliche Neuregelung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz", "BB", 1980, pág. 1272 e segs.

(864) BGBl 1965, II, 23.

(865) BGBl 1961, II, 97.

(866) Ob. cit. (9).

(867) Ob. cit. (16).

(868) Merece citação A Convenção da OIT n. 135, BGBl 1973, II, 953, que diz que aos representantes dos empregados protegidos nas empresas pertencem também os assim chamados representantes eleitos, conforme artigo 3.b.

Tirando essas prioridades negativas, quase todas as áreas essenciais do direito do trabalho nacional passaram a contar também com algum tipo de regulamentação internacional. Isto se aplica tanto à liberdade de coalizão, à autonomia de contratação coletiva e ao direito de greve quanto à segurança do trabalho, às férias e ao direito do agenciamento de mão-de-obra. Há, porém, duas áreas em que o direito do trabalho internacional continua praticamente no início. Uma é a do surgimento de relações de trabalho atípicas (por tempo determinado, com jornada parcial fixa e, mais ainda, flexível, trabalho temporário, com autonomia formal) que quase nunca se tornaram objeto de normatização⁽⁸⁶⁹⁾. Uma das razões deve ser a relativa facilidade com que se dá a reintegração no mercado de trabalho normal. Mas, o motivo principal mesmo deve ser a demora com que as mudanças da prática empresarial começam a ser registradas pelo direito do trabalho nacional e internacional. Esta é também a razão por que — na segunda área — os problemas específicos da introdução de novas tecnologias ainda não se tornaram objeto do direito internacional do trabalho, exceção feita à proteção de dados da Convenção do Conselho da Europa que trata, aliás, também da proteção de dados em âmbito extra-empresarial⁽⁸⁷⁰⁾.

Outra característica do direito internacional do trabalho é a preocupação com a garantia de um “*padrão mínimo*”, deixando intocada a regulamentação nacional que, normalmente, oferece um grau maior de proteção⁽⁸⁷¹⁾. No direito coletivo do trabalho acresce ainda que se garante só um volume muito pequeno de direitos correspondentes do lado patronal. Assim, estende-se a liberdade de coalizão também ao empregador⁽⁸⁷²⁾, mas, ao contrário da greve, não se menciona de modo explícito o *lockout* patronal⁽⁸⁷³⁾. O direito central “oposto”, a propriedade particular dos meios de produção, recebeu da parte do Conselho da Europa uma proteção tão limitada que fica

(869) Sobre as tendências internas Junod, C. A. e Aubert, G. (eds.), “Crise, Maintien, de l'Emploi et Travail”, “Schweizerische Beiträge zum Europarecht”, Genebra, 1984.

(870) A esse respeito o tópico 2.2.1.3.

(871) Artigo 5º, inciso 2, do Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos; artigo 5º, inciso 2, do Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais; artigo 32 da Carta Social Européia; artigo 60 da Convenção de Direitos Humanos.

(872) Artigo 5º da CSE; artigo 2º da Convenção da OIT n. 87; artigo 2, inciso 1, da Convenção n. 98 da OIT.

(873) Cf. a respeito da garantia tácita do direito de *lockout* o artigo 6, item 4, CSE, Däubler, W., ob. cit., “Arbeitskampf und Sozialcharta”, em: Agnelli, G. et al., “Die Europäische Sozialcharta”, Baden-Baden, 1978, pág. 139 e segs.

até permitido seu confisco sem indenização⁽⁸⁷⁴⁾, ao contrário do direito alemão. É sintomático que, a nível de direito internacional, a discussão gire em torno da questão se a indenização por desapropriação deve corresponder ao valor total e se deve ser disponível imediatamente, ou se existe também a possibilidade de compensação mais modesta⁽⁸⁷⁵⁾.

3. Mecanismos de Aprovação

3.1. A Área de Direito Internacional

Os acordos internacionais arrolados prevêem diversos mecanismos para a transformação de seu conteúdo em realidade. O pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais confia nos instrumentos do direito internacional em geral, bem como na boa vontade dos países signatários. O pacto internacional de direitos civis e políticos dá mais um passo, complementando o texto com um protocolo facultativo, que institui uma Comissão de Direitos Humanos ao qual pode dirigir-se também o cidadão individualmente⁽⁸⁷⁶⁾, mas a República Federal da Alemanha não ratificou esta regulamentação.

A OIT faz uso de medidas de controle bastante minuciosas. Segundo o artigo 22 do estatuto, todos os membros devem prestar contas periodicamente sobre a execução dos convênios ratificados. Seus relatórios são examinados por uma Comissão de peritos. Antes de tomar uma atitude, há um debate numa Comissão da Conferência do Trabalho e, se for o caso, a própria Conferência também delibera a respeito. Quando são constatadas infrações, procura-se chegar primeiro a um entendimento mútuo; caso isto não seja possível, passa-se à divulgação do caso numa espécie de *lista negra*. Ao lado disso, o artigo 24 do estatuto da OIT dá a cada *categoria de empregados ou empresários* o direito de queixa. O Conselho Administrativo discute a queixa, constituindo eventualmente uma Comissão para es-

(874) Artigo 1, inciso 1, protocolo complementar da CDH, de 20.3.1952 (BGBl 1956, II, 1880). Até que ponto vai a proteção de propriedade particular contra atos da Comunidade Européia, ainda não ficou totalmente estabelecido judicialmente; "BVerfGE," 1987, 21.

(875) Ver p. ex. GRAMLICH, L., "Rechtsgestalt, Regelungstypen und Rechtsschutz bei grenzüberschreitenden Investitionen", Baden-Baden, 1984, pág. 49 e segs. com mais bibliografia.

(876) Texto em: "Vereinte Nationen", 1974, 20.

clarecer melhor o caso. No artigo 26 do estatuto da OIT está previsto um processo a ser interposto por um país-membro ou, por força de sua função, pelo próprio Conselho Administrativo. Neste caso, é necessário que seja instituída obrigatoriamente uma Comissão de inquérito. Constatada a infração de um dever, pronuncia-se esta Comissão através de recomendações que visam eliminar a falta. Estas recomendações têm caráter compulsório para o respectivo país, a não ser que apele à Corte Internacional. Dificilmente são instaurados processos de acordo com o artigo 26; o relatório da Comissão de inquérito sobre a prática de proibição do exercício profissional no serviço público, mencionado no início⁽⁸⁷⁷⁾, se reveste, por isso mesmo, de importância toda especial.

A Carta Social Européia dispõe de mecanismos de controle um pouco mais modestos. Também esse instrumento exige, nos artigos 21 e seguinte, relatórios periódicos a serem submetidos a uma Comissão independente de peritos (artigo 25 da Carta). Mas, só o comitê dos ministros pode tomar decisões de caráter obrigatório; de acordo com o artigo 29 da Carta, com maioria de dois terços, o comitê pode *encaminhar todas as recomendações necessárias* a qualquer uma das partes do acordo. Censuras explícitas por violação da Carta Social só vêm, na prática, da Comissão de Peritos, não do comitê de ministros.

É muito desenvolvido o sistema de proteção da Convenção de Direitos Humanos. Segundo o artigo 25, qualquer cidadão de um país-membro pode dirigir-se à Comissão de Direitos Humanos em Estrasburgo para reclamar contra a violação de um direito fundamental garantido pela Convenção. Exige-se apenas que, antes, tenha sido esgotada a via legal no próprio país de origem, respeitando-se um prazo de seis meses após a publicação do último ato judicial nacional. A Comissão examina o requerimento, eliminando queixas inadmissíveis ou visivelmente infundadas. Em outros casos pode vir a submeter o assunto à Corte Européia de Direitos Humanos que decide definitivamente. Importante é que, no artigo 53 da Convenção, todas as partes se comprometeram a acatar as decisões desta corte. Nesse ínterim criou-se um amplo repositório de pronunciamentos da Comissão da Corte⁽⁸⁷⁸⁾; em alguns poucos casos, também

(877) Ob. cit. (6).

(878) Documentação em *Fronwein-Peukert, Emrk-Kommentar, Kehl*, 1985; novas sentenças são publicadas constantemente na EuGRZ.

o governo alemão teve que aceitar derrotas⁽⁸⁷⁹⁾. A jurisprudência a respeito da liberdade de coalizão deve ser analisada posteriormente⁽⁸⁸⁰⁾.

A influência do controle judicial é ainda mais forte na área das Comunidades Européias. Na realidade, o cidadão individual não pode apelar diretamente à Corte Européia em Luxemburgo, mas é grande a importância do processo de decisão provisória, instituído pelo artigo 177 do Tratado da CEE: qualquer tribunal nacional pode submeter suas questões de interpretação do direito comunitário à Corte Européia, para que esta as decida de maneira definitiva. Os tribunais de última instância são até obrigados a adotar esse procedimento previsto pelo artigo 177, inciso 3, do Tratado da CEE, a não ser que a Corte Européia já tenha decidido uma certa questão ou que não exista nenhuma divergência imaginável. Ao lado desse procedimento, ocorrem não raramente processos da Comissão contra um país-membro, para que se constate, conforme o artigo 169, a procedência de infrações contra os deveres de país-membro.

3.2. A Área Doméstica

Os processos de direito internacional são apenas um meio de imposição das normas do direito internacional do trabalho. Ao lado deles existe a possibilidade de o cidadão individual apelar, sob determinadas condições, às instâncias judiciais domésticas, para defender-se contra a violação de seus direitos garantidos pelo direito internacional. Quanto ao resultado, é até provável que seja este o meio mais importante de transformar o direito nominal em real⁽⁸⁸¹⁾.

A condição para que isso possa ocorrer é que a respectiva norma internacional seja aplicável também internamente, de modo que possa servir de base para regular as relações jurídicas entre o cidadão e seu país ou entre os próprios cidadãos. A possibilidade e a medida da assimilação nacional de direitos internacionais é antes

(879) EGMR EuGRZ 1979, 34 e EuGRZ 1985, 62 (direito ao pagamento dos honorários de um intérprete pelo erário público nos processos penais e de irregularidades); EGMR EuGRZ 1985, 170 e segs. (liberdade de opinião, segundo artigo 10, inciso 1, CEDH).

(880) Ver tópico 5.2.

(881) Sobre a imposição do direito internacional com a ajuda dos tribunais, *Kratochwil, F.*, "The Role of Domestic Courts as Agencies of the International Legal Order", em: *Falk, R., Kratochwil, F. e Mendlovitz, S.* "International Law. A Contemporary Perspective", Boulder/Londres, 1985, pág. 236.

de tudo uma questão que diz respeito à respectiva Constituição nacional. A Constituição alemã (Lei Fundamental) reza em seu artigo 25 que "*as regras gerais do direito internacional*" fazem parte integrante do direito federal. Elas antecedem as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os cidadãos da Alemanha Federal. Com isso, foi tomada uma decisão fundamental importante a respeito do direito internacional de paz, mesmo que em nosso contexto não se revista de maior alcance no momento: o direito internacional do trabalho não se compõe, pelo menos naquelas partes que eventualmente ultrapassem o padrão existente na República Federal, de regras gerais reconhecidas pela maioria dos países.

As convenções, convênios etc. que acabamos de citar acima constituem acordos internacionais que, de acordo com o artigo 59, inciso 2, da Constituição Federal, só atingem efeito interno depois da aprovação pelo legislador. Nesse caso, eles adquirem o *status* de lei doméstica, contanto que seu conteúdo seja suficientemente preciso e explícito (para ser *self-executing*), de modo que não se limite a um mero programa legislativo. Como uma lei interna se torna aplicável, segundo os critérios arrolados, a Convenção dos Direitos Humanos⁽⁸⁸²⁾; há discussões quanto à possível aplicação desta regra também à garantia de greve do artigo 6, item 4, da Carta Social, bem como a certas determinações do pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais⁽⁸⁸³⁾. Em relação à Convenção n. 87 da OIT, o Tribunal Constitucional Federal esclareceu que ele faz parte do *simples direito interno*⁽⁸⁸⁴⁾, o que significa que pode ser aplicado como qualquer lei. A consequência de tal obrigatoriedade interna é a caducidade de eventuais leis, decretos ou portarias conflitantes anteriores.

Mesmo quando acordos internacionais não possuem força de lei dentro do respectivo país (porque não suspendem, por exemplo, o direito conflitante, pretendendo tão-somente instalar um programa

(882) BVerfGE 6, 389, 440; BVerwG "DVBI", 1968, 983; "BGHSt" 20, 143, 149.

(883) Para o artigo 6, item 4, apresentado em BAGE "AP" n. 81 sobre artigo 9 da Constituição Federal, conflito trabalhista (razões em B II 2 c). Igualmente BVerfGE 58, 233, 254. Uma visão geral sobre a literatura em Däubler, W., ob. cit., (ed.), "Arbeitskampfrecht", Baden-Baden, 1987, glosa 102g, 102h. Quanto ao Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais, Zuleg, RdA 1974, 323 (para aplicabilidade imediata ao menos de partes) e Beyerlin, U., ob. cit. (17), pág. 1.163 (tb. considerações sobre interpretação de normas domésticas).

(884) BVerfGE 58, 233, 255.

de mudanças paulatinas, não deixam de ter a sua importância nas disputas internas. De um lado obrigam o legislador a tirar do acordo as devidas consequências; por outro lado existe justamente no direito do trabalho a opinião generalizada de que, mesmo os acordos *programáticos* que obrigam apenas o Estado como tal, devem ser considerados quando se trata de interpretar e desenvolver o direito interno do país⁽⁸⁸⁵⁾. Na prática, tal princípio se reveste de grande importância, porque o direito do trabalho continua em grande parte carecendo de uma normatização legal abrangente, de modo que em muitas questões há espaço para o senso de interpretação e o desenvolvimento do próprio juiz. De acordo com um entendimento pertinente, se bem que não totalmente incontestado, aplica-se o mandamento da *interpretação de acordo com o direito internacional* também ao uso das normas constitucionais, sobretudo do artigo 9, inciso 3, da Constituição Federal: também neste caso cabe ao juiz optar por aquela solução que corresponde aos princípios internacionais, evitando, portanto, que a República Federal tenha dificuldades de ordem internacional⁽⁸⁸⁶⁾.

Uma posição especial ocupa o direito das Comunidades Europeias. Conforme a opinião cada vez mais aceita, este deve prevalecer sobre o direito nacional como um todo. O Tribunal Constitucional Federal renunciou em seus últimos pronunciamentos à prática de analisar os atos dos órgãos de Comunidade Europeia à luz dos direitos fundamentais da Constituição Federal; tal procedimento se justifica pelo fato de existir e enquanto existir — como no presente — uma proteção jurídica básica equivalente a nível da Comunidade, sobretudo em vista da presença da Corte Europeia⁽⁸⁸⁷⁾. Esta atitude assume importância ainda maior quando se sabe que os tribunais nacionais precisam aplicar não apenas o tratado da CEE (e ou-

(885) Ver p. ex. BVerfGE, "AP" n. 81 sobre artigo 9 da Constituição Federal (conflito trabalhista) = NZA 1984, 398, coluna da direita. Para (toda) CSA semelhantemente BVerfGE 58, 233, 254, que considera a eficácia como "meio de interpretação" a menor das possibilidades em questão. Visão geral da literatura em Däubler, W., ob. cit., "Das Arbeitsrecht 1", Reinbeck, 1986, pág. 39 (ob. cit., 47).

(886) Sobre a necessidade de uma interpretação da constituição à luz do direito internacional, Bleckmann, A., "Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung", DÖV 1979, 309 e segs.; Rogahn, em: "Mnch v., I. Kommentar zum GG", Munique, 1983, artigo 24, ob. cit.; tb. Bernhardt, R., "Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts", ed. por Starck, C., vol. 2, Tübingen, 1976, pág. 159 e segs. com mais bibliografia.

(887) BVerfG, "EuGRZ", cad. 1/2/1987, 10 ("Solange II").

tros acordos da Comunidade) e os decretos, mas também diretrizes como aquelas previstas no artigo 189, inciso 3, do tratado da CEE, sempre que o respectivo país-membro não cumpre de modo satisfatório suas obrigações⁽⁸⁸⁸⁾.

3.3. Norma e Realidade

Tomando por base tudo o que foi dito até aqui, tem-se a impressão de que deveríamos encontrar uma entre cada duas decisões da Justiça do Trabalho alguma referência ao direito internacional do trabalho. Não é difícil comprovar que a realidade não é esta: a consulta às normas internacionais continua sendo uma exceção com ares de "exotismo".

O que chama a atenção é fato de ser relativamente complicado para o juiz, o advogado etc. como indivíduos *terem em mãos* as respectivas normas legais. Falta uma documentação abrangente⁽⁸⁸⁹⁾; a última coleção de convenções e recomendações da OIT data do ano de 1966⁽⁸⁹⁰⁾. A parte II do Diário Oficial, na qual são publicados os acordos internacionais ratificados pela Alemanha Federal, deve estar disponível em apenas numa parte das bibliotecas dos tribunais. O mesmo se aplica à coleção oficial das decisões da Corte Européia. Para poder recorrer às coleções estrangeiras⁽⁸⁹¹⁾ é preciso, normal-

(888) EuGH "NJW" 1979, 1764. Muito importante para a diretriz sobre tratamento igual, de 1976 (ABIEG 1976, n. L 39) que não recebeu a devida atenção na lei de adaptação ao direito trabalhista da CE.

(889) A compilação de Zacher, H., "Internationales und europäisches Sozialrecht. Eine Sammlung weltweiter und europäischer völkerrechtlicher und supranationaler Quellen und Dokumente", Porcha-Kempfenhausen: Editora R. S. Schulz, 1976) tem mais de 10 anos e contém relativamente poucas normas do direito trabalhista (ver Introdução, pág. XXXIV). A coleção "Europarecht" publicada pela editora DTV tem o tratado da CEE e a CDH, mas faltam as diretrizes e decretos da CE. A CSE pode ser encontrada no volume paralelo "Menschenrechte", Munique, 1985, que contém tb. os pactos de direitos humanos da ONU. Não se menciona as convenções da OIT (exceção feita à n. 105). Na compilação de leis de Nipperdey, "Arbeitsrecht" encontra-se a CDH (partes) e a CSE, bem como o estatuto da OIT, mas faltam convenções da OIT (exceção feita à Convenção n. 132). O direito do trabalho da CE é bastante bem documentado.

(890) "Übereinkommen und Empfehlungen", OIT, Genebra, 1966.

(891) Ver p. ex. a coleção de todas as convenções e convênios da OIT, em língua francesa, que é editada pelo Escritório Internacional do Trabalho em folhas isoladas e sempre atualizadas.

mente, ter acesso a universidades bem equipadas, além de dispor de conhecimentos de línguas estrangeiras que estão acima da média dos juristas ou sindicalistas.

O risco de serem simplesmente deixadas de lado as normas trabalhistas internacionais aumenta ainda mais em vista do fato de estar reservado ao direito internacional um papel bastante secundário na formação jurídica. Ao que tudo indica, cabe-lhe ainda menos importância do que em outros países ocidentais⁽⁸⁹²⁾, mesmo que nestes também se ouçam de vez em quando algumas queixas sobre a ignorância generalizada⁽⁸⁹³⁾.

Em questões controvertidas pode acontecer, no entanto, que o representante processual, agarrando avidamente qualquer chance que se lhe ofereça, introduza também alguma norma do direito internacional do trabalho no processo. Assim, a confederação sindical dos transportes públicos tentou pelo menos abrandar a recusa do Tribunal Constitucional no sentido de permitir o acesso dos sindicatos a instituições religiosas⁽⁸⁹⁴⁾, apelando para a Convenção n. 135 da OIT; já que em princípio não há restrições da parte do tribunal quanto a um embasamento legal, existia uma chance de preencher o "espaço jurídico vazio" pela introdução de um convênio internacional com conteúdos mais ou menos aceitáveis. O resultado foi negativo⁽⁸⁹⁵⁾. O fato em si não merecia tanta atenção, se não fosse a maneira de lidar com a Convenção n. 135 da OIT: nem sequer foi citado o artigo 5 que proíbe expressamente "solapar" a posição dos sindicatos através de "representantes votados", como conselheiros dos empregados, representações de funcionários etc.⁽⁸⁹⁶⁾. Outra forma de reação consiste em tomar conhecimento de normas jurídicas internacionais, reduzindo, porém, ao contrário do que acon-

(892) A esse respeito ver *Bernhardt, R.* (ed.), "Das internationale Recht in der Juristenausbildung. Materialien einer Kommission der Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht", *Heidelberg/Karlsruhe*, 1981, especialm. pág. 8 e segs. (*Bernhardt*) e pág. 17 e segs. (*Rudolf*).

(893) *Lyon-Caen, G. e Lyon-Caen, A.*, "Droit social international et européen", *Paris*, 1985, pág. 148.

(894) BVerfGE 57, 220 e segs.

(895) BAGE, "DB", 1982, 1016.

(896) Da mesma maneira como a eleição dos representantes sindicais, BAGE, "AuR", 1979, 256 = DB 1979, 1044. Atitude crítica em *Pfarr, H.*, "Gewerkschaftliche Rechte im Betrieb", *AuR*, 1979, 244 e segs.

tece com as normas do direito doméstico, seu conteúdo ao sentido literal das palavras, de modo que se acaba atribuindo ao direito nacional um conteúdo mais amplo⁽⁸⁹⁷⁾. Quando uma norma do direito internacional do trabalho é, excepcionalmente, tomada a sério, passa a ser completamente integrada ao sistema de direito alemão; é sintomática, nesse sentido, a decisão sobre a greve de advertência do TFT, em que ficou derivado da garantia de greve do artigo 6, item 4, da Carta Social, o princípio de proporcionalidade do direito de greve alemão⁽⁸⁹⁸⁾. Até o momento, o tribunal não deu nenhuma atenção aos princípios específicos da interpretação de acordos internacionais⁽⁸⁹⁹⁾. Um primeiro indício poderia ser encontrado apenas na decisão sobre a greve de solidariedade, em que ocorreu uma comparação com a situação jurídica em outros países-membros do Conselho da Europa, admitindo-se indiretamente que esta consideração possa ter alguma importância para a definição do "direito de greve" segundo o artigo 6, item 4, da Carta Social⁽⁹⁰⁰⁾. Mesmo assim, o TFT acabou não tirando nenhuma conclusão deste fato, uma vez que, na mesma decisão, acentua que a Carta Social prevê greves só a serviço da autonomia de contratação coletiva. Esta afirmação está equivocada pelo simples fato de a maioria dos demais países-membros do Conselho da Europa conhecerem perfeitamente o mecanismo da deposição espontânea do trabalho⁽⁹⁰¹⁾; além disso, a Comissão de Peritos que supervisiona a observância da Carta se pronunciou por diversas vezes a favor de uma garantia para a greve não sindical⁽⁹⁰³⁾.

(897) Assim, em princípio, BVerfGE 58, 233, 254 e seg.; com, "AP", n. 64 sobre o artigo 9 da Constituição (conflito trabalhista) BI 7; BAGE, "AP", n. 65 sobre o artigo 9 da Constituição (conflito trabalhista) BI. 6, onde são minimizadas as garantias internacionais de direito à greve.

(898) BAGE, "AP", n. 81 sobre o artigo 9 da Constituição (conflito trabalhista), razões em B II 2 c.

(899) Convenção de Direito Contratual de Viena, BGBl 1985, II, 927. Como ela reproduz em grande parte o direito consuetudinário, pode ser aplicada, na prática, tb. a contratos mais antigos.

(900) ABGE, "DB", 1985, 1697, coluna da direita.

(901) Provas em Mitscherlich, M. "Das Arbeitskämpfrecht der Bundesrepublik Deutschland und die Europäische Sozialcharta", Baden-Baden, 1977, pág. 120 e segs.

(902) Documentação em Kitz, H. "Die Koalitionsfreiheit der Arbeitnehmer nach der Europäischen Menschenrechtskonvention und der Europäischen Sozialcharta", em: Max-Planck-Institut, ob. cit. (17)(73) pág. 1.093.

Considerando todos estes fenômenos em seu conjunto, tem-se a impressão que o direito internacional do trabalho até hoje não conseguiu passar além de uma existência em notas de rodapé. É deixado de lado ou investido de um conteúdo modestíssimo justamente na medida em que possa vir a ultrapassar os padrões alemães de proteção. Todo esse andaime de normas, erguido em negociações exaustivas e variadas, é transformado num simples argumento auxiliar — um direito que costuma ser relegado como alguma constituição estadual de outras épocas. Por que razões esta parte da ordem jurídica encontra tão pouca repercussão não só na prática (onde nem ao direito nacional é tributado sempre o devido respeito), como também nos próprios tribunais?

4. Razões do Surgimento e da (Falta de) Aplicação do Direito Internacional do Trabalho

O processo de recalçamento que acabamos de descrever não deve ser entendido, primariamente, como falha individual ou introversão nacional dos juristas alemães. Um indício de que as razões devem ser procuradas em camadas mais profundas está no fato de se praticar uma abertura em outras áreas do direito. Um especialista em cartéis, por exemplo, estaria muito mal assessorado se não lançasse mão da ampla literatura sobre os artigos 85 e seguintes do Tratado da CEE e da Regulamentação n. 17⁽⁹⁰³⁾; também o interesse pela lei anti-truste americana é considerado tão grande que mereceu um comentário em alemão⁽⁹⁰⁴⁾.

4.1. Ineficácia do Direito Internacional em Geral?

Como o direito internacional do trabalho faz parte do direito internacional em geral, alguém poderia pensar que sua ineficácia também poderia ser uma decorrência da ineficácia do direito internacional em geral. Já ficou demonstrado que não é pelo fato de lhe faltar

(903) Documentado p. ex. em "Von. der Groeben-Thiesing-Ehlmann, Handbuch des Europäischen Rechts", 1. parte A 50, notas sobre os artigos 85 a 94, versão de outubro de 1984. — Bleckmann, A., "Europarecht", Colônia, 1984, pág. 377.

(904) Bleckmann, em "Frankfurter Kommentar zum GWB", Colônia, 1982/1986, vol. 1, parte: Exterior: Direito anti-truste americano, págs. 1-98.

uma instância central de imposição que ele seja menos eficaz⁽⁹⁰⁵⁾. Além disso, não se trata aqui da questão genérica de como os países poderiam ser levados a respeitar efetivamente o direito internacional obrigatório. Trata-se antes de um caso especial em que instâncias internas, sobretudo tribunais, que de per si estariam autorizadas e até obrigadas a aplicar na prática as normas do direito internacional, em grande parte dele não fazem uso. Assim, o problema se desloca do nível transnacional para o nacional: por que os tribunais alemães recorrem só excepcionalmente a uma determinada categoria de normas jurídicas às quais estão vinculados em parte como a um direito nacional e nas quais precisam orientar-se ao decidir sobre os critérios de sua alçada? Por que o direito internacional do trabalho não se adaptaria ao regime jurídico alemão?

4.2. A Constelação Específica das Forças na Criação de um Direito do Trabalho Internacional

O jurista belga *Salmon* nos dá a pista para um ponto de partida importante. Especialmente em relação ao direito internacional tratar-se-ia sempre do resultado de um jogo de forças entre as quais ele conta não apenas os fatos econômicos, políticos e militares, mas também tradições nacionais, ideologias, sistemas de valores e outros elementos da superestrutura⁽⁹⁰⁶⁾. Por ocasião da criação de normas do direito internacional do trabalho, esse contexto difere certamente do ambiente interno de um determinado país.

A diferença mais patente é a ausência de uma (possível) pressão social por parte dos assalariados. Pode ser que, nos anos que se seguiram à primeira guerra mundial, a situação tenha sido diferente⁽⁹⁰⁷⁾, mas, atualmente, não existe nenhum tipo de ligação entre uma eventual *revolta* e o comportamento das instâncias normativas a nível internacional. Precisaríamos de uma forte dose de fantasia

(905) *Brownlie, J.*, "The Reality and Efficacy of International Law", *British Yearbook of International Law* 1981, 1 e segs. que mostra que a lei britânica de embargo contra o comércio com a Rodésia não teve mais eficácia que o embargo da ONU. Quanto à eficácia do direito internacional, ver tb. *Kimminich, O.*, "Einführung in das Völkerrecht", Munique/Nova Iorque, 1983, pág. 48 e segs. com referências bibliográficas.

(906) *Salmon, J.*, "Les contradictions entre fait et droit international", em: *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Madrid, 1979, pág. 338.

(907) *Mayer, U. e Raasch, S.*, ob. cit. (21), pág. 185.

para imaginar a realização de uma manifestação com o objetivo de convencer a Conferência do Trabalho da OIT a preparar uma certa Convenção. E mesmo quando tal Convenção existe, seria muito difícil contar com um *movimento popular* para exigir a sua ratificação; mesmo considerando que a Convenção n. 158 da OIT, por exemplo, poderia vir a melhorar consideravelmente a proteção contra demissões na Alemanha Federal, não apareceu até hoje nenhuma faixa com os dizeres "*Exigimos a ratificação da Convenção n. 158*". Apesar de as organizações dos empregados estarem representadas em Genebra e terem acesso também aos mecanismos do Conselho da Europa e das Comunidades Européias, é fato que nem seus membros normalmente bem informados estão a par daquilo que está acontecendo no respectivo nível internacional. No exterior, a situação não parece ser muito diferente.

Faltando, assim, na origem a pressão social, deve haver outros fatores essenciais, como por exemplo o esforço de uniformizar as condições de concorrência entre as empresas. Esta é a idéia, em que se baseiam, comprovadamente, as normas sócio-políticas do Tratado da CEE⁽⁹⁰⁸⁾, ocupa também um papel importante no contexto da OIT. Reduzindo, por exemplo, em toda a parte a discriminação contra as mulheres, deixam de ser punidas aquelas empresas que se comportam de maneira correta, seja por pressão dos sindicatos, seja por convicção própria⁽⁹⁰⁹⁾. Por isso, será mais fácil que países com um direito do trabalho relativamente bem desenvolvido se disponham a aderir a acordos internacionais do que aqueles que teriam que reduzir a sua *concorrência desleal*.

Em muitos casos é previsível que o objetivo visado não será alcançado. Países que precisariam mudar a sua ordem interna deixam de ratificar o acordo ou lhe fazem restrições consideráveis. Não se pode afirmar que, em consequência das convenções da OIT ou dos pactos sobre direitos humanos da ONU, tenha sido reduzido substancialmente o uso do argumento de que a *oferta* de mão-de-obra barata é vantajosa para o estabelecimento de indústrias em muitos países em desenvolvimento⁽⁹¹⁰⁾.

(908) Ver referências na nota 36.

(909) O ponto de vista da igualdade competitiva aparece tb. em Zacher, H., ob. cit., (70), pág. XXX.

(910) Quanto à transferência da produção para países em desenvolvimento, ver Fröbel, F., Heinrichs, J. e Kreye, O., "Umbruch in der Weltwirtschaft", Reinbeck, 1986, págs. 50 e segs., 211 e segs.

Se apesar disso continua, no mesmo ritmo, a produção de novas convenções e convênios, deve haver um segundo motivo que, a meu ver, não parece ser o *desejo universal de igualdade*⁽⁹¹¹⁾. Antes deve ser considerada a necessidade dos agentes de mostrar a todos o grau de liberdade e de organização social que existe na coletividade que representam. Ninguém quer deixar uma imagem de *durão*, quadrado ou *retrógrada*; a própria casa deve brilhar nas cores mais bonitas. Ao nível das Nações Unidas é importante, neste contexto, a existência dos países socialistas: o próprio antagonismo entre o Leste e o Ocidente faz com que exijam a consagração internacional de princípios como o direito ao trabalho, a férias etc. que eles realizaram, em princípio, em seu próprio domínio. Não é tentador deixar o adversário em dificuldades num campo em que este se sente inferior? É desta maneira que se explica, por exemplo, a exigência, à primeira vista surpreendente, dos países socialistas de se aprovar uma garantia do direito à greve bem mais ampla no Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais⁽⁹¹²⁾; mais direito à greve prejudicaria (pelo menos na perspectiva da primeira metade dos anos 60) exclusivamente os grupos dominantes ocidentais, enquanto não teria nenhuma consequência sobre os próprios territórios. Aos países ocidentais não restava outra alternativa do que aceitar pelo menos parte dessas exigências, tomando, no entanto, as devidas precauções para que tudo não passasse do nível de mera declaração. Sob este ponto de vista, o direito internacional do trabalho tem, em sua origem, a *função de letreiro, de direito simbólico*⁽⁹¹³⁾.

4.3. Dificuldades Adicionais na Normatização?

Partindo deste esboço de descrição, já não é tão importante que o direito do trabalho constitua parte central da intervenção estatal⁽⁹¹⁴⁾

(911) Assim, porém, em Zacher, H., ob. cit., pág. XXIX-XXX.

(912) Comunicação se encontra em Beyerlin, U., ob. cit., pág. 1.164.

(913) Sobre essa categoria, ver Hyde, A., "Labour law as symbolic communication", paper apresentado no Law and Society Association's Annual Meeting, Toronto, junho de 1982, citado pelo autor em: "The concept of legitimation in the sociology of law", Wisconsin Law Review 1983, pág. 379, nota 24, entende os progressos alcançados por muitos países europeus nos anos 70 em sua legislação trabalhista como "concessões simbólicas". Tal afirmação parece um tanto exagerada, mas se aplica muito mais ao direito internacional.

(914) Assim, porém, Simitis, S. "Internationales Arbeitsrecht — Standort und Perspektiven", em: "Festschrift Kegel", Frankfurt, 1977, pág. 160.

e que nenhum país se submeta a mudanças de fora em sua política de distribuição de renda⁽⁹¹⁵⁾: quando não se trata de normas reais que interferem na vida das empresas, não há motivos para esse tipo de temores. No máximo, esta posição central do direito do trabalho pode criar uma necessidade maior de *direito simbólico* do que em outras partes do sistema jurídico. Ao mesmo tempo é preciso tomar cuidado para que não se *transforme*, em um outro caso, em direito efetivo. Além da pouca divulgação, faz-se necessária uma certa técnica de regulação: trabalha-se com conceitos genéricos que deixam bastante espaço para interpretações semânticas. É provável que os tribunais se valham delas de uma maneira compatível com o sistema jurídico nacional; por isso, não é necessário temer consequências que não se coadunem com a situação social existente. Outro recurso que costuma ser adotado consiste em admitir um grande número de ressalvas, dando a cada país a possibilidade de ratificar apenas as partes *inofensivas* da convenção⁽⁹¹⁶⁾.

Tudo o que acabamos de dizer não significa que o direito internacional do trabalho tenha sido concebido, originalmente, apenas como uma declaração pura e simples. De vez em quando deve até ter-se tolerado uma pequena interferência da realidade, mas existem precauções de sobra para evitar que periclitasse o controle sobre o próprio desenvolvimento social. Desta maneira, pode-se ir um pouco mais longe num texto normativa do que nas leis internas. Não custa ratificar a Carta Social Européia, inclusive com a garantia relativamente precisa do direito de greve⁽⁹¹⁷⁾, mas, no plano nacional, é por enquanto impensável uma norma semelhante. Como existe um forte *efeito de frenagem* em todas aquelas instâncias que se interpõem entre a Convenção da OIT e um conflito trabalhista concreto, fica fácil aceitar alguns "*riscos*" até mesmo para um legislador relativamente conservador; assim presta-se uma pequena contribuição à igualdade de condições competitivas e uma grande contribuição à reputação alemã no mundo.

(915) Assim em Zacher, H., ob. cit., (70) pág. XXX.

(916) Lyon-Caen, G. e Lyon-Caen, A., ob. cit., (74) pág. 147. Um exemplo típico está na CSE (artigo 20).

(917) O artigo 6º, item 4, da CSE diz: "Para garantir o exercício efetivo do direito a negociações coletivas (...) reconhecem (as partes contratantes) 4º o direito dos empregados e dos empregadores a medidas coletivas, inclusive do direito à greve, em caso de conflitos de interesse, respeitando-se eventuais compromissos decorrentes de contratos coletivos".

5. Conseqüências para as Disputas Atuais

5.1. Princípios de Convivência com o “Direito Simbólico”

A intenção da presente análise não é, de maneira alguma, desprezar o direito internacional do trabalho. Mesmo no direito nacional é comum que as normas jurídicas não cumpram o que prometeram. Um exemplo corriqueiro é a lei de proteção contra demissões que, a nível normativo, tem caráter assistencial, mas na jurisprudência funcionou, até recentemente, como mero instrumento de indenização e não de conservação do emprego⁽⁹¹⁸⁾. Segundo os princípios do estado de direito, fixados no artigo 19, inciso 4, da Constituição Federal, qualquer pessoa tem acesso livre aos tribunais, mas isso não significa que, no mundo real, essa possibilidade exista de fato⁽⁹¹⁹⁾. Mesmo assim, os empregados sempre tiveram coragem de reclamar do legislador os seus direitos ao pé da letra, para que a realidade se aproximasse da norma legal. A convivência com o direito internacional do trabalho deve ir no mesmo sentido: é necessário fazer pelo menos a tentativa de encher de vida as normas existentes.

Mesmo assim, não se deve forçar o sentido dessa analogia. Enquanto as normas do direito nacional quase sempre estão em concordância com as respectivas relações de trabalho, harmonizando com as demais partes do sistema jurídico, não se dá necessariamente o mesmo com os acordos internacionais. As chances de realização só existem na medida em que o resultado não entra em choque com a respectiva situação social e política do capital e do trabalho no país. Vamos tomar um exemplo: Há bons motivos para deduzir do artigo 6, item 4, da Carta Social Européia a licitude da *greve espontânea*, não declarada pelo sindicato⁽⁹²⁰⁾. Mas, a aplicação desse princípio iria de encontro às premissas de parceria social que regem o direito do trabalho alemão; a função ordenadora dos sindicatos e o caráter pacificador do conselho dos representantes estariam em perigo, se os empregados resolvessem exigir aumentos salariais ou melhoria das condições de trabalho fora dessas instituições. Por isso, parece pra-

(918) BAGE, “AP”, n. 20 sobre o art. 7 da lei de proteção contra demissões, Bl. 3: A lei de proteção contra demissões é “lei de proteção da manutenção e no de indenização” (repetido em Decisão do Tribunal Federal do Trabalho, “DB”, 1977, 247). Quanto à sua ineficiência na prática, ver Däubler, W., “Das Arbeitsrecht 2”, ob. cit. (29), pág. 504 e segs. com mais referências.

(919) Sobre os problemas de acesso à justiça do trabalho, ver Däubler, W., “Das Arbeitsrecht 2”, ob. cit., pág. 897 e segs.

(920) A esse respeito ver p. ex. Mitscherlich, M., ob. cit. (82), pág. 120 e segs.

ticamente impossível que o artigo 6, item 4, da Carta Social Européia venha a ter eficácia a nível nacional com este conteúdo. Por outro lado não existe nenhum fator perturbador na introdução mais persistente das normas contra a discriminação que se depreendem da sentença da Corte Européia citada inicialmente⁽⁹²¹⁾, pois sua aplicação dificilmente atrapalharia o bom funcionamento das relações de trabalho na Alemanha. Por isso, é importante, ao transportar as normas do direito internacional do trabalho para a realidade nacional, tomar em consideração a influência das condições gerais. Só quando estas se modificam, abandonando-se, por exemplo, as formas cooperativas praticadas até o momento, existe a chance de transformar em realidade as regras do direito internacional do trabalho relegadas até então a um segundo plano.

O que seja compatível com um determinado sistema de relações de trabalho e o que corresponda à relação de forças existente num dado momento é muito difícil de ser definido com clareza. Na situação concreta há sempre uma grande variedade de espaços cujo aproveitamento depende do comportamento (mais ou menos) ponderado dos participantes. Qual pode ser, então, o sentido de recorrer aos procedimentos de controle do direito internacional? Adianta um sindicato recorrer com sua queixa à OIT, ou um indivíduo isolado apelar à comissão dos direitos humanos em Estrasburgo? Existe a possibilidade de mudar o comportamento da justiça do trabalho alemã frente ao direito internacional? A resposta a esta pergunta deve basear-se sobretudo na experiência de um tempo mais recente.

5.2. *Envolvimento de Instâncias Internacionais*

A atividade das comissões de peritos, como as que existem na OIT e no Conselho da Europa em relação à CSE, têm a função de controlar o comportamento dos países signatários em relação aos compromissos assumidos. À semelhança de um tribunal, devem desenvolver uma certa casuística que confira às normas em que se baseiam contornos mais nítidos. A situação é semelhante à dos criadores dos acordos: pode-se seguir rigorosamente a intenção original da norma, já que a própria tomada de posição não implica diretamente em obrigatoriedade jurídica, tanto assim que dificilmente podem surgir problemas de aceitação. Mesmo que um país recrimina-

(921) Ver nota 617.

do considere a crítica injusta e até insuportável, não costuma haver conseqüências maiores; pois a própria crítica se restringe, em sua essência, a um sentido moral⁽⁹²²⁾.

Mas, a concretização das normas pela *prática das decisões* dessas comissões representa um desafio considerável para um direito nacional atrasado: as tolerâncias semânticas no texto normativo, que permitiam uma fácil harmonização com o respectivo direito nacional, se perdem com os pronunciamentos concretos. Quando a comissão de peritos da OIT sustenta que o direito de greve garantido pela Convenção n. 87 se estende não apenas a reivindicações profissionais, mas também a questões de *política econômica e social e a problemas empresariais que dizem diretamente respeito ao empregado*⁽⁹²³⁾, trata-se certamente de uma ampliação em relação ao estágio atual do direito alemão. Se depois ainda se explica que os sindicatos, para criticar a política econômica e social do governo, deveriam poder fazer uso da greve de protesto⁽⁹²⁴⁾, já não há como evitar a afirmação de que existe uma contradição entre essa norma e a opinião reinante na República Federal da Alemanha.

A perspectiva do poder decisório muda um pouco quando está em jogo um tribunal como a Corte Européia e a Corte de Direitos Humanos. As sentenças desses tribunais são definitivas e exigem cumprimento estrito. Mas, a essa competência maior nas decisões corresponde um maior cuidado nas considerações: se a aceitação não estivesse assegurada e um país-membro se pronunciasse abertamente contra a decisão, haveria possivelmente uma crise institucional. Por isso, deve se contar realisticamente com uma série de compromissos que não estavam previstos na norma original. Por isso, não é de estranhar que a jurisprudência da Corte de Direitos Humanos sobre a liberdade de coalizão do artigo 11 da convenção sobre direitos humanos fique muito aquém daquilo que a comissão de peritos da OIT deduziu da Convenção n. 87. De um lado, os sindicatos são considerados organizações de luta trabalhista com direito

(922) Semelhante para o controle pela comissão de peritos e pela Conferência do Trabalho da OIT *Freid, E.*, "Rechtsvereinheitlichung im Internationalen Arbeitsrecht", Frankfurt/Berlin, 1965, pág. 207 e segs.

(923) Conferência Internacional do Trabalho, 69ª sessão 1983, Rapport III (parte IVb), "Étude d'ensemble de l'application des Conventions sur la liberté syndicale", Genebra, 1983, n. 200, pág. 63.

(924) Conferência Internacional do Trabalho, ob. cit., n. 214, págs. 67/68.

à greve, mas o legislador nacional pode prever também outros meios de representação⁽⁹²⁵⁾. A corte não diz qual seria esse possível sucedâneo. As diferenças não se explicam somente pelos termos usados, uma vez que o artigo 3 da Convenção n. 87 só garante a autonomia sindical, sem se referir com uma única palavra sequer à greve. Também as decisões da Corte de Direitos Humanos sobre a proibição de trabalho forçado⁽⁹²⁶⁾ e sobre o acesso dos assim chamados radicais ao serviço público⁽⁹²⁷⁾ indicam uma grande dose de *cuidado*. Menos cautela encontramos em instâncias parajurídicas, como por exemplo na comissão de inquérito criada pelo artigo 26 do Estatuto da OIT e na comissão europeia de direitos humanos: como existe a possibilidade de apelar para instâncias superiores (Corte de Justiça Internacional ou Corte de Justiça Europeia), surgem menos problemas de aceitação. Não faltam exemplos para comprovar esta realidade⁽⁹²⁸⁾.

Outra é a situação da Corte de Justiça Europeia, porque esta se aproxima cada vez mais de uma instância judicial doméstica. Desde que o próprio Tribunal Constitucional alemão reconheceu as prerrogativas do direito comunitário (interpretado por essa corte) é menos provável que as decisões da Corte Europeia possam provocar uma crise interna da comunidade. Mesmo assim procedeu-se com visível cautela quando foi abordada a questão se a República Federal tinha infringido com sua lei de adaptação ao direito do trabalho da CE seus deveres para com a comunidade⁽⁹²⁹⁾.

(925) EGMR EuGRZ 1976, 68.

(926) EGMR EuGRZ 1985, 477 — caso "Van der Müsselle" (nome do autor da ação judicial). Um advogado belga tinha gasto durante seus anos de estágio mais ou menos uma terça parte de seu tempo de serviço como defensor oficioso, sem remuneração (por "um Deus-lhe-pague"). Decisão da corte: não se trata de infração da proibição de trabalho forçado de que fala o artigo 4º, inciso 2, da CDH.

(927) EGMR EuGRZ 1986, 497 e segs. A não-contratação de radicais não viola o direito à liberdade de opinião do artigo 10 da CDH porque a convenção não garante o direito de acesso ao serviço público. Esta última parte é correta; mas por que só se considera violado o artigo 10 quando se negam direitos como reação a opiniões indesejáveis? Não bastaria qualquer desvantagem de peso?

(928) Para voltar à problemática dos radicais: num caso, a comissão europeia ainda tinha considerado violado o artigo 10 — EMRK EuGRZ 1984, 407. A comissão de Inquérito da OIT não teve medo do caso crítico, ao contrário da Comissão de Direitos Humanos, decidindo, porém, com apenas dois votos contra um (contra o voto do membro venezueleno). Na comissão de peritos não se constataria desacordo semelhante.

(929) EuGRZ "DB", 1985, 2150: O governo federal foi condenado apenas por ter-se omitido de definir aquelas atividades para as quais é indispensável ser de um certo sexo.

5.3. Envolvimento de Tribunais Alemães

A referência a determinadas normas do direito internacional do trabalho pode provocar no mínimo problemas de legitimação nos processos diante de tribunais internos. A prática costumeira já não pode ter a mesma continuidade quase óbvia, depois que um acordo internacional ou uma instância que o interpreta toma uma posição divergente. A referência a uma *fonte jurídica* dessa natureza é muito mais importante do que uma consideração de direito comparado (que nem por isso deve ser desprezada); esta última pode ser contestada pela alegação de peculiaridades do direito alemão, mas o direito internacional do trabalho não.

Os problemas de legitimação aumentam quando uma das partes pode envolver ela própria instâncias internacionais ou quando o tribunal se vê obrigado a submeter o processo à Corte Européia, conforme artigo 177 do Tratado da CEE. Como esta última também passou a ser juiz legal, no sentido do artigo 101 da Constituição⁽⁹³⁰⁾, fica cada vez mais difícil desconsiderar o direito europeu. Mas, para que receba mais atenção, é necessário que as partes processuais preparem o terreno; a experiência colhida até hoje mostra que não se pode contar com a aplicação do princípio "*jura novit curia*" ao direito internacional do trabalho. Na medida em que os empregados apelarem com mais frequência ao direito internacional⁽⁹³¹⁾, é preciso contar também com uma reação contrária da ciência.

Em casos isolados é possível introduzir mudanças na jurisprudência ou resolver à luz do direito internacional do trabalho questões que ainda não haviam sido decididos. Para tanto exigem-se não apenas *condições gerais* favoráveis, mas também uma argumentação jurídico-dogmática convincente. A tarefa de desenvolvê-la não deveria ser uma missão impossível.

(930) BVerfGE EuGRZ1987, 10.

(931) Como exemplo do debate em torno do art. 116 da lei de fomento do trabalho (AFG), ver *Heintzen, M.*, "Die Neuregelung des art. 116 AFG und das internationale Recht, "DB", cad. 9/1987, 482 e segs. Obstáculos da parte do direito internacional contra normas de proteção empresarial com base em acordos de proteção de investimentos descobriu *Wengler, W.*, "Die Mitbestimmung und das Völkerrecht", Baden-Baden, 1975. Argumentos, como p. ex. a garantia do direito à greve do artigo 6, item 4, da CSE, pode ser limitada pelo direito ao trabalho de empregados não organizados, de que fala o artigo 1 da CSE, explica *Zacher, H.*, "Das Recht auf Organisation und Arbeitskampf nach art. 6 Abs. 4 der europäischen Sozialcharta, Zeitschrift für Sozialreform", 1978, 129, 39.

A Organização Judiciária

O Poder Judiciário da República Federal da Alemanha está caracterizado por uma proteção legal abrangente e completa e por uma organização avançada. Está dividido em cinco ramos:

- Os tribunais “ordinários” são competentes para causas penais e civis (por exemplo, litígios decorrentes de contratos de direito privado, como de compra, venda ou de locação, em causas de família e sucessões e em processos de indenização) e para o setor da jurisdição voluntária (dela fazem parte, por exemplo, causas de registro de imóveis, de partilha e de tutela). Existem quatro instâncias: Tribunal de Comarca, Tribunal Regional, Superior Tribunal Estadual e o Supremo Tribunal Federal. Em causas criminais, qualquer um dos três primeiros tribunais pode ser tomado como instância inicial, segundo a natureza do caso; as causas civis dão entrada na primeira ou na segunda instância. Para a apelação e o recurso extraordinário estão previstas até duas instâncias superiores.

- Os Tribunais do Trabalho (com as três instâncias: Tribunal do Trabalho, Tribunal Estadual do Trabalho e Tribunal Federal do Trabalho), de cuja alçada são os litígios de direito privado decorrentes de convênios coletivos e de contratos de trabalho, bem como os litígios decorrentes da ordem interna das empresas dentro da lei constitucional das empresas. Os Tribunais do Trabalho devem julgar, por exemplo, a procedência de uma rescisão de contrato de trabalho.

- Os Tribunais Administrativos (Tribunal Administrativo, Tribunal Administrativo Superior ou Corte Administrativa e Tribunal Administrativo Federal) são competentes em todos os processos do direito administrativo que não sejam da competência dos tribunais sociais ou das varas da Fazenda ou — excepcionalmente — dos tribunais ordinários (por exemplo, em casos de responsabilidade de autoridades) ou quando o litígio não tange o direito constitucional.

- Os Tribunais Sociais (Tribunal Social, Tribunal Social Estadual, Tribunal Social Federal) decidem sobre litígios decorrentes da área da seguridade social.

• Os Tribunais das Finanças (Vara da Fazenda, Corte Federal das Finanças) ocupam-se com causas relacionadas com impostos e taxas.

Nos cinco novos Estados Federados tinha-se mantido, por um período de transição, a estrutura dos tribunais. Portanto, lá ainda decidem os tribunais municipais e os tribunais distritais em todas as causas que, nos velhos Estados, são encaminhadas aos tribunais dos cinco ramos da jurisdição. Mas, em medida crescente, a estrutura da jurisdição se adapta aos antigos Estados; em quase todos os novos Estados foram instituídos tribunais da jurisdição ordinária e especializada. Fora dos cinco ramos acima expostos encontra-se o Supremo Tribunal Constitucional, que não é só o tribunal supremo da nação, mas ao mesmo tempo um órgão constitucional. Ele decide sobre questões relativas à Constituição.

O sistema de recursos é múltiplo e abre numerosas possibilidades de verificar decisões judiciais. Existem duas formas de recorrer de sentenças. A apelação abre um controle da sentença desde o ponto de vista jurídico e objetivo. Quer dizer que perante a instância de apelação podem ser apresentados novos fatos. Em contrapartida, o recurso só leva a verificar se foi aplicada corretamente a lei material e foram observadas as principais disposições processuais.

A jurisdição na República Federal da Alemanha está a cargo de em torno de 20.000 juízes profissionais; 75 por cento deles trabalham na jurisdição ordinária. A maioria dos juízes são vitalícios; na sua jurisdição, eles só estão sujeitos ao direito e à lei. Nos tribunais comarcais, as tarefas da jurisdição voluntária são executadas mormente por pretores; eles não são juízes, e sim funcionários de escalão superior da administração da justiça. Em vários ramos da justiça trabalham juízes populares. Por conhecerem melhor as respectivas condições de vida — como em questões trabalhistas e sociais —, eles contribuem para que as sentenças dos juízes se aproximem o mais possível à realidade. Além disso, encarnam um pouco da responsabilidade direta do cidadão para com a administração da justiça.

Os promotores, em número superior a 4.000 no país inteiro, atuam principalmente em processos criminais. A eles compete a investigação e o esclarecimento dos fatos quando existe a suspeita de um delito. Eles decidem se um processo deve ser arquivado ou instaurado; no processo judicial, cabe a eles representar a acusa-

ção. Os promotores são pessoal e objetivamente independentes como os juízes; na qualidade de funcionários públicos, estão sujeitos às ordens de seus superiores; contudo, essa sujeição a instruções tem limites restritos.

Mais de 60.000 advogados exercem uma profissão autônoma como consultores e representantes independentes em todas as questões jurídicas. Ao representar seus mandantes perante os tribunais, eles participam substancialmente na administração da justiça. Eles têm obrigações profissionais especiais, cuja observância é vigiada pelos tribunais de ética. Juízes profissionais, promotores e advogados devem possuir a "qualificação para ser juiz". Isso significa que precisam ter cursado direito concluído, a seguir, uma formação prática, tendo prestado exame, no final de cada uma das etapas.

SIGLAS

ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften	Diário Oficial da CEE
ABl	Amtsblatt	Diário Oficial
AcP	Archiv für zivilistische Praxis	Arquivo para a prática civil (parte e página)
AFG	Arbeitsförderungsgesetz	Lei de fomento ao emprego
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb	O Direito do Trabalho na Empresa (ano e pág.)
AMG	Arzneimittelgesetz	Código dos Medicamentos
AP	Arbeitsrechtliche Praxis	Direito do Trabalho — Práxis (Revista de Jurisprudência do TST)
ArbR	Arbeitsrecht	Direito do Trabalho
AuR	Arbeit und Recht	Trabalho e Direito (revista)
BAG	Bundesarbeitsgericht	Tribunal Federal do Trabalho
BAGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts	Compilação Oficial das Decisões do Tribunal Federal do Trabalho (parte e página)
BB	Betriebsberater (J.u.S)	Assessor de Empresas (revista) (ano e pág.)
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz	Lei Constitucional de Empresa
BGBI	Bundesgesetzblatt	Diário Oficial do Estado
BGH	Bundesgerichtshof	Supremo Tribunal
BGHSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen	Compilação Oficial das decisões do Supremo Tribunal em matérias penais
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen	Compilação Oficial das decisões do Supremo Tribunal em matérias civis
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz	Lei Federal de Proteção Ambiental

BPersVG	Bundespersönalvertretungs- gesetz	
BR- Drucksache	Betriebsrat-Drucksache	Relatórios do Conselho de Empresa
BT-Dr.	Bundestags-Drucksache	Relatórios Parlamentares (discursos)
BVerfGE	Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	Compilação Oficial das deci- sões do Tribunal Federal Constitucional
BVerwG	Ämtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts	Compilação Oficial das de- cisões do Tribunal Federal Administrativo
CR	Computer und Recht	Computador e Direito (revis- ta) (ano e página)
DB	Der Betrieb	A Empresa (Revista de Direi- to do Trabalho e Econômico)
DG	Der Gewerkschafter	O Sindicalista (revista do Sin- dicato dos Metalúrgicos até fi- nal de 1994)
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund	Central Sindical Alemã
DuR	Demokratie und Recht	Democracia e Direito (revista)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
EUGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift	Revista Europeia dos Direitos Fundamentais
EUZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht	Revista Europeia de Direito Econômico
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht	Compilação das sentenças re- ferentes ao Direito do Trabalho
GewO	Gewerbeordnung	Regulamento Industrial
GG	Grundgesetz	Lei Fundamental
GMH	Gewerkschaftliche Monats- hefte (J. und S.)	Cadernos Sindicais Mensais (ano e página)
ILJ	Industrial Law Journal	Jornal das leis Industriais

IPRspr	Rechtsprechung zum Internationalen Privatrecht	Jurisprudência do Direito Internacional Privado
JS	Juristische Schulung	Formação jurídica
JZ	Juristen-Zeitung (Jahr und Seite)	Revista de Direito (ano e página)
LS	Leitsatz	Axioma
MEW	<i>Marx-Engels-Werke</i>	Obras de <i>Marx e Engels</i>
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)	Nova Revista Jurídica Semanal (ano e página)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht	Nova Revista de Direito do Trabalho
öRdA	Das Recht der Arbeit	O Direito do Trabalho (revista austríaca)
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (begr. von <i>Ernst Rabel</i>)	Revista Nacional e Internacional sobre o Direito Privado
RdA	Recht der Arbeit (J. und S.)	Direito do Trabalho (ano e pág.)
RDV	Recht der Datenverarbeitung (J.u.S.)	Legislação sobre o processamento de dados
RGBI	Reichsgesetzblatt	Boletim Oficial do Império
RGZ	Reichsgesetzliche Zivilsachen	Decisões do Tribunal Imperial em causas civis
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Zeitschrift) (J.u.S.)	Direito da Economia Internacional (ano e pág.)
RVO	Reichsversicherungsordnung	Código Nacional de Seguros na Alemanha Imperial
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (J.u.S.)	Coleção das decisões referentes ao direito do trabalho (ano e pág.)
UPR	Umwelt-und Planungsrecht	Direito do meio ambiente e planejamento
WSI-Mitt.	Mitteilungen des Wirtschafts und Sozialwissenschaftlichen Instituts der Gewerkschaften (J.u.S.)	Decisões do Instituto de Ciências Econômicas e Sociais dos Sindicatos (ano e pág.)

ZaÖRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht	Revista do Direito Público Estrangeiro e Direito Internacional
ZAS	Zeitschrift für Arbeits und Sozialrecht (J.u.S.)	Revista do Direito do Trabalho e Social (ano e pág.)
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (J.u.S.)	Revista do Direito do Trabalho (ano e pág.)
ZfS	Zeitschrift für Sozialreform	Revista para a Reforma Social
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht (J.u.S.)	Revista de Direito de Empresas e Sociedades (ano e pág.)
IAS	Zeitschrift für Internationale und ausländisches Arbeits- und Sozialrecht	Revista para o Direito Trabalhista e Social Internacional
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (J.u.S.)	Revista de Política Jurídica (ano e pág.)
ZRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie	Revista de Sociologia do Direito
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht	Revista de Direito Coletivo

INSTITUTOS:

Instituto Max Planck

Instituto Alemão do Trabalho

Instituto Federal do Trabalho

Instituto Alemão de Normatização (DIN)

Instituto de Pesquisa Emnid

Instituto Goethe

Instituto Central de Assistência (3.1.)

Instituto Nacional do Trabalho

DIREITO DO TRABALHO E SOCIEDADE NA ALEMANHA

Wolfgang Däubler

- * Trabalho e Direito na Alemanha Federal
- * Relações de Trabalho e Direito na Alemanha Federal
- * O Conselho de Representação dos Empregados no Sistema Alemão
- * Interpretação alternativa do Direito do Trabalho?
- * Indivíduo e Coletivo no Direito do Trabalho
- * O Direito do Trabalho alemão. Uma desvantagem para as empresas locais?
- * Novas tecnologias sob a orientação do Direito?
- * Direito e não-aceitação: dois caminhos para influenciar a tecnologia?
- * Novas tecnologias e Negociações Coletivas
- * Direito do Trabalho e Relações com o Exterior
- * Europeização do Direito do Trabalho?
- * Direito Internacional do Trabalho - Esperança dos Sindicatos?

LT[®]_R

FUNDAÇÃO
FRIEDRICH
EBERT



ILDES

esta obra foi publicada em regime de parceria

ISBN 85-7322-226-3

