



**Fórum
Internacional**

*Flexibilização no
Direito do Trabalho*

Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1.- Apresentação.....	5
2.- Sessão Solene de Abertura	
2.1.- Pronunciamento do Ministro Francisco Fausto Paula de Medeiros , Presidente do Tribunal Superior do Trabalho.....	9
2.2.- Pronunciamento do Senhor José Alencar Gomes da Silva , Vice-Presidente da República Federativa do Brasil.....	13
3.- Condecoração dos Juristas Estrangeiros com a Comenda da Ordem do Mérito Judiciário do Trabalho.....	17
4.- Conferência de Abertura Arnaldo Lopes Süssekind	25
5.- Conferência A flexibilização na perspectiva da OIT Jean-Claude Javillier	41
6.- Conferência Campo de aplicação da relação de trabalho – Trabalho dependente em situações ambíguas e relações triangulares Arturo Bronstein	51
7.- Painel A flexibilização e as diferentes realidades socioeconômicas Amauri Mascaro Nascimento Arion Sayão Romita José Augusto Rodrigues Pinto Jean-Claude Javillier Arturo Bronstein	69 79 85 95 97
8.- Painel Flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil José Francisco Siqueira Neto Maurício Rands Coelho Barros Nilton da Silva Correia José Augusto Ferreira da Silva	113 123 141 153
9.- Conferência Flexibilização no Direito do Trabalho Espanhol – Garantias mínimas do trabalhador Juan Antonio Sagardoy Bengoechea	167
10.- Conferência A flexibilização e as Organizações Sindicais – Perspectiva Internacional Daniel Funes de Rioja	181
11.- Conferência Flexibilização e impactos no emprego Márcio Pochmann	197
12.- Painel Flexibilização e sindicalismo no Brasil Vicente Paulo da Silva Dagoberto Lima Godoy	211 217

	José Múcio Monteiro	225
	Ney Lopes de Souza	229
	Luiz Marinho	243
	Hugo Gueiros Bernardes	249
13.-	Conferência A transformação do trabalho e do emprego e as novas formas de organização na Alemanha – Análise crítica Wolfgang Daübler	255
14.-	Conferência A flexibilização no Direito do Trabalho – A experiência latino-americana Oscar Ermida Uriarte	275
15.-	Conferência Aspectos constitucionais da flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil Nelson Jobim	319
16.-	Conferência Modernização da legislação trabalhista e mercado de trabalho Jacques Wagner	341
17.-	Painel Reflexões sobre o futuro do emprego, do trabalho e da proteção social Cássio Mesquita Barros Márcio Túlio Viana Oscar Ermida Uriarte Wolfgang Daübler	357 367 377 383
18.-	Conferência de Encerramento Mozart Victor Russomano	389
19.-	Depoimentos de juristas estrangeiros sobre o Fórum Internacional Juan Antonio Sagardoy Bengoechea Jean-Claude Javillier Daniel Funes de Rioja Wolfgang Daübler Arturo Bronstein Armand Pereira José Augusto Ferreira da Silva Oscar Ermida Uriarte	419 419 420 420 421 422 423 423
20.-	Palavra final do Ministro Francisco Fausto Paula de Medeiros , Presidente do Tribunal Superior do Trabalho.....	427

Transformação do Trabalho e do Emprego e as Novas Formas de Organização na Alemanha

*Análise Crítica*³¹

*Wolfgang Daübler*³²

1. O Direito do Trabalho em processo de decomposição?

Há mais de 20 anos, o Direito do Trabalho alemão vem sofrendo ataques de duas origens diversas. De um lado encontram-se os neoliberais, para quem a proteção dos trabalhadores consiste, fundamentalmente, num elemento hostil ao mercado, que impede seu “autofuncionamento”: sem o “cartel sindical” e sem outros mecanismos artificiais que aumentam os custos da força de trabalho, produzir-se-ia um equilíbrio no mercado de trabalho. A força de trabalho custaria menos, o que permitiria que todos tivessem pão e emprego.³³ A crítica a esta posição ganhou peso num passado mais recente.³⁴ Na segunda metade dos anos 90, novas maiorias políticas surgidas nos principais países da União Européia puderam ao menos demonstrar claramente que a confiança incondicional no desenvolvimento auto-sustentado do mercado é apenas uma teoria a mais ao lado de outras.

³¹ A tradução é de Flávio Benites.

³² **Wolfgang Daübler** - Professor de Direito Civil, Direito do Trabalho e Direito Econômico, que já atuou como Professor convidado na Universidade de Austin, Texas, e como Professor da Universidade de Paris e de Bordeaux, que nos vai falar sobre a transformação do trabalho e do emprego e as novas formas de organização na Alemanha.

³³ Veja-se, basicamente, a publicação do Círculo de Kronberg (Kronberger Kreis): “*Mehr Markt im Arbeitsrecht*”, 1986.

³⁴ Veja-se especialmente, no âmbito da literatura jurídica: Oppolzer AuR (Revista Arbeit und Recht) 1998, pág.

45. No âmbito da ciência política e da economia, veja-se Hickel: *Standort Wahn und Euro-Angst*, 1998, pág. 39 e segs. também Batterle, *Systematische Kritik am Konzept und an den Folgen neoliberaler Wirtschafts- und*

Gesellschaftspolitik, em: Büscher (Organizador), *Markt als Schicksal?* 1998, pág. 17 e segs.

Uma segunda linha de ataque ao Direito do Trabalho apóia-se mais em afirmações objetivas do que num programa político-econômico. O trabalho altera seu caráter, a economia de serviços passa a predominar frente ao tradicional “fordismo” da produção em massa.³⁵ A realização do trabalho está cada vez mais marcada pela utilização de tecnologias da informação, o que se toma nítido com o exemplo do teletrabalho. Os pontos de atrito entre o Direito e a realidade e a conseqüente perda de função do Direito do Trabalho atingiriam seus pilares fundamentais. De fato, há modificações que não podemos deixar de observar:

- da unidade organizativa representada pela empresa ou *estabelecimento* (ou seja, a unidade técnica de trabalho que produz por exemplo, automóveis, alimentos ou serviços) resulta a “fábrica fracionada”. Empresas autônomas assumem a responsabilidade por algumas partes do processo produtivo, tanto do ponto de vista jurídico, como do econômico. Mais um exemplo: em lugar dos supermercados surgem as ruas de compras e os *Shopping Centers*, com uma infinidade de pequenas empresas autônomas umas em relação às outras ali instaladas. Com isso, desmonta-se a base para a atuação e a existência dos Conselhos de Empresa (*Betriebsräten*) do Direito alemão. Uma instituição central de nosso Direito do Trabalho sofre assim um processo de erosão.
- A utilização da força de trabalho está cada vez mais adaptada às necessidades concretas. Ao lado do tradicional trabalho por turnos e da prestação de horas extras, surgem as figuras do trabalho flexível a tempo parcial e dos contratos por tempo determinado, cuja aplicação permite

³⁵ Neste sentido, veja-se o Informe final do Grupo de Trabalho da Comissão Européia: De changing of work and the future of labor law in Europe. Final Report Brussels, 1999.

transferir uma parte do risco econômico aos próprios trabalhadores. Estas figuras demonstram ainda maior eficiência mediante o uso de trabalhadores autônomos, que não possuem qualquer garantia trabalhista e que não geram encargos sociais ao empregador (estes trabalhadores formalmente considerados autônomos não têm, entre outros, direito a férias, nem seguro social).³⁶ Os trabalhadores ilegalmente ativos não podem, na prática, ostentar seus direitos de “cidadão de mercado”, ainda que nos últimos anos a incidência desta modalidade de contratação haja aumentado visivelmente, sem que se disponha de dados estatísticos confiáveis a respeito. Aqui temos um exemplo de como se pratica uma perfeita medida para a utilização flexível da mão-de-obra.

A competitividade alcançada pela globalização eleva o estímulo, a estas alturas, à exigência de descumprir o Direito vigente. O desemprego em massa enfraquece a posição dos trabalhadores. Condições de trabalho inferiores àquelas estabelecidas nos contratos coletivos são aceitas, em alguns casos, de maneira expressa.³⁷ Empresas abandonam as associações patronais ou renunciam a fazer parte delas e com isso escapam à obrigação legal de observar o disposto nos contratos coletivos (*Tarifbindung*).³⁸ De acordo com o demonstrativo do Instituto de Administração do Trabalho (*LAB-Betriebspanel*), de 1995, apenas 62% das empresas instaladas na Alemanha estão sujeitas a um contrato coletivo.³⁹ Anteriormente, este percentual girava em torno de 90%.

³⁶ A respeito do fenômeno da real e da aparente autonomia do trabalhador, veja-se Wank, revista *Der Betrieb*, 1992, pág. 90 e segs. Também Däubler, *Working People in Germany*, *Comparative Labor Law and Social Policy Journal* 21 (Fall 1999), pág. 77 e segs.

³⁷ Como exemplo, veja-se o caso Viessmann, relatado em: Tribunal de Marburg, revista *Der Betrieb*, 1996, pág. 1925.

³⁸ Sobre a erosão dos contratos coletivos setoriais, veja-se Dietrich em: revista *Recht der Arbeit* 2002, pág. 1 e segs. Também Zachert em: revista *Kritische Juristen* 1997, pág. 411 e segs.

³⁹ Dados apresentados por Belimann e outros em: *Flexibilität von Betrieben in Deutschland*, 1996, pág. 57

Em muitos casos, as garantias legais mínimas de proteção ao trabalho já não são respeitadas, sem que isso gere qualquer oposição visível. Encontramo-nos claramente em um período de radical reestruturação da vida laboral. Os instrumentos do Direito do Trabalho já não dão conta dos objetivos propostos, os procedimentos perdem sua segurança. Uma “inspeção”, um reexame de seus fundamentos parece recomendável.⁴⁰ Se desaparecem seus instrumentos, ou se o diagnóstico indica “perda total”, poderiam ter razão os pessimistas, que profetizam o modelo norte-americano, sem proteção contra a dispensa (*hire and fire*), sem contratos coletivos, proteção mínima ao trabalho: modelo este que, na tradição alemã, encontra seu paralelo histórico no pagamento de diárias salariais do século XIX.⁴¹

II. O Direito do Trabalho como sistema em evolução?

A tese da desapareição ou da marginalização seria plausível, caso o Direito do Trabalho estivesse constituído apenas por normas que correspondessem a um programa condicional: quando as condições não estão mais dadas, decaem as conseqüências jurídicas e os atores devem então orientar-se por outras diretrizes.

A primeira dúvida com respeito a esta análise nos é trazida por um olhar retrospectivo na História. O Direito do Trabalho alemão dos anos 20 correspondia, em suas estruturas fundamentais, àquele dos anos 70. E isto foi assim, apesar de que as formas de trabalho, as formas de organização das empresas - especialmente o estágio de desenvolvimento econômico - e a margem para distribuição de riquezas tenham se modificado de modo decisivo ao longo

⁴⁰ Veja-se Dietrich, em: revista *Arbeit und Recht*, 1997, pág. 1.

⁴¹ Veja-se a respeito a magnífica descrição literária de Theodor Fontane, relatada por Zachert em: revista *Arbeit und Recht*, 1988, pág. 129.

o tempo que transcorre entre um período e outro. Um exame mais de perto demonstra que o Direito do Trabalho alemão possui três características que lhe conferem, em grande medida, uma boa capacidade de adaptação.

Primeiramente, o Direito do Trabalho possui inúmeros princípios gerais (*Zweckprogramme*), que são aplicados pela jurisprudência ao caso concreto, tendo em conta as condições realmente existentes: as obrigações adicionais ao contrato de trabalho, a “justa causa” para a dispensa; e a exigência de atuação do conselho de empresa são exemplos suficientes disso. Até aqui, a jurisprudência tem podido aplicar esses princípios e regras gerais, embora nos casos de dispensa justificada imponha algumas restrições a direitos que, no texto da lei, não estão claramente previstas.⁴²

Em segundo lugar, o Direito do Trabalho dispõe de um processo específico de criação de normas, que é bastante mais eficaz do que o procedimento judicial e que pode, por suas características, considerar o contexto e a realidade no qual devem incidir. A capacidade de celebrar contratos coletivos, também chamada autonomia coletiva (*Tarifautonomie*), não é somente um elemento de co-gestão democrática dos trabalhadores a respeito de suas condições de trabalho e de salário. É também um mecanismo para superar as particularidades e diferenças entre as diversas empresas no âmbito de um determinado ramo de atividade econômica. Neste sentido, o nível de produtividade do setor econômico a que se refere o contrato coletivo em discussão é seguramente o aspecto mais importante a ser negociado. A duração limitada do contrato coletivo, de um a três anos, traz consigo um elemento adicional de flexibilidade às relações de trabalho. Vale o mesmo raciocínio para os chamados “acordos de empresa” (*Betriebsvereinbarungen*) e para outras formas de regulação no âmbito da empresa. Finalmente, a proteção contra os acidentes está regulada tendo em conta as específicas e mutáveis situações de risco e não corresponde assim a um modelo padrão, de “lei igual para todos”.

⁴² “Veja-se Kittner/Däubler/Zwanziger, *Kündigungsschutzrecht*, 5ª Edição.

Em terceiro lugar, podemos dizer que o Direito do Trabalho possui inúmeras instituições jurídicas que, em parte, somente foram desenvolvidas em âmbitos até aqui muito restritos. Uma primeira reação rumo à fragmentação empresarial foi a chamada relação de emprego indireta (empregada): o trabalhador principal contrata seus empregados, aos quais a jurisprudência concede determinados direitos perante seu empregador.⁴³ O que nos impede de aplicar esta forma de relação de trabalho às modernas necessidades do mercado?⁴⁴ Um retomo a estas figuras jurídicas não seria, de nenhum modo, um fato singular.⁴⁵

O problema real encontra-se não na pretensa rigidez do Direito do Trabalho como um todo. Ao contrário: o Direito do Trabalho evoluiu, e evolui, acompanhando as mudanças ocorridas e alterando suas regras de modo construtivo. O direito individual (contrato de trabalho), o direito de representação dos trabalhadores na empresa e o direito de negociação coletiva permitem suficiente espaço de adaptação para enfrentar e ajustar os diversos desafios que surgem. O Direito do Trabalho abrange igualmente situações tão diferentes entre si, como a linha de produção de uma fábrica, os serviços de uma enfermeira ou o trabalho de um programador de computação. O Direito do Trabalho é em grande parte capaz de adaptar-se sem para isso colocar em questão seus objetivos. Ele não apenas protege os trabalhadores, mas também regula conflitos, o que permite assegurar um ambiente produtivo livre de contratempos não desejados.

Assim, a “inspeção”, o recomendado reexame crítico do Direito do Trabalho, ficará restrita, neste estudo, àquelas áreas nas quais, apesar de sua

⁴³ Exemplo: um zelador contrata um ou dois ajudantes para auxiliá-lo em pequenos consertos ou para cuidar do jardim.

⁴⁴ Veja-se algumas idéias nesse sentido em Waas: revista *Recht der Arbeit*, 1993, pág. 153 e segs.

⁴⁵ Sobre este fenômeno, veja-se Mayer-Maly em: revista *Juristische Zeitschrift*, 1971, pág. 1 e segs.

adaptabilidade, no presente surgem pontos de debate e atrito. Para tanto, serão examinados quatro temas principais, ou seja: novas formas de organização; uso flexível de mão-de-obra; tratamento jurídico dos trabalhadores autônomos economicamente dependentes e as formas de aplicação coercitiva do Direito.

III. Novas formas de organização - o conceito de estabelecimento

O fundamento básico para a formação de conselhos de empresa e, portanto, para a representação coletiva dos trabalhadores nos seus locais de trabalho (“constituição de empresa”, *Betriebsverfassung*) é o estabelecimento (*Betrieb*). Os trabalhadores que nele exercem suas atividades laborais encontram-se no âmbito de aplicação da Lei de Representação dos Trabalhadores (*Betriebsverfassungsgesetz-BVG*). Apesar deste significado elementar do conceito de estabelecimento (*Betrieb*), o legislador renunciou a uma definição deixando o terreno livre à jurisprudência. Segundo o entendimento do Tribunal Federal do Trabalho (*Bundesarbeitsgericht-BAG*), o estabelecimento representa uma unidade organizativa dentro da qual um empregador sozinho, ou com seus empregados e apoio de meios técnicos e imateriais, persegue - mediante técnicas de trabalho - determinados objetivos que não se esgotam na satisfação de necessidades de cada indivíduo participante.⁴⁶

Esta definição dá poucas respostas, mas lança muitas questões sobre o assunto. Ninguém pode, por exemplo, dizer com segurança quando estamos diante do que seja uma “unidade organizativa”. Existiria esta quando eu, uma ou duas vezes, enviasse um texto escrito em alemão por e-mail à Inglaterra e uma semana depois recebesse a tradução para o inglês? O uso de “meios técnicos e

⁴⁶ Veja-se BAG AP n° 1 zu § 88 BetrVG (1952); também BAG AP n° 1 zu §81 BetrVG (1952). Um panorama sobre a recente jurisprudência bei trümmer, in Däubler/Kittner/Klebe, Kommentar zum BetrVG, 8ª Edição 2002, § 1º, nota lateral 64 e segs.

imateriais” parece definível, mas seu significado em determinadas atividades de serviços - como, por exemplo, numa terapia baseada no diálogo - é claramente colateral.⁴⁷ Tanto no que se refere à “unidade organizativa”, como quanto a “meios técnicos”, trata-se de difusos elementos conceituais, que na prática conduzem em grande parte à insegurança jurídica.

Dessa forma, o legislador acaba gerando resultados irracionais não desejados (ou não previstos), e se chega então a constatar que falta ao Direito do Trabalho a capacidade de adaptação que existe em outras áreas. Por isso, o legislador teve que reagir. Com a reforma da Lei de Representação dos Trabalhadores na Empresa, no ano de 2001, abriu-se a possibilidade de definir o que seja um estabelecimento (onde deve, portanto, ser formado um conselho de empresa) mediante um contrato coletivo. Além disso, há outras inovações, como, por exemplo, se um grupo econômico está organizado com base no “princípio de conglomerado” (*Divisionalisierungsprinzip*), isto é, repartido em diversas unidades empresariais (*Sparte*), poderão ser constituídos conselhos de empresa em cada uma destas unidades (*Sparte*). Caso um estabelecimento (*Betrieb*) esteja formado por diversas partes (unidades) separadas entre si geograficamente, poderá ser formado um conselho de empresa em cada uma dessas partes.⁴⁸ Deste modo, o Direito do Trabalho alemão recupera sua flexibilidade.

IV. Direito do Trabalho e uso flexível do trabalho

1. O atual estágio do tema jornada de trabalho

⁴⁷ Veja-se Joost, *Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht*, 1988, pág. 233. O artigo remete ao exemplo de um grupo de mímica.

⁴⁸ Para algumas particularidades a respeito, veja-se Trümmer, em: Däubler/Kittner/Klebe, op. cit., § 3 nota lateral I e segs.

Hoje em dia é mais do que aceito que se trabalhe em horários incomuns, ou seja, que cada um tenha seu turno de trabalho individual. Em relação a essa forma de flexibilidade interna, não há mais qualquer tipo de limitação. A troca da redução da jornada por maior flexibilização do tempo de trabalho não se questiona mais, desde que em 1984 se chegou ao chamado “Acordo de *Leber*” (*Leber-Kompromiss*).⁴⁹ Isso se explica pelo fato de que essas mudanças se realizaram sob os marcos protetivos do Direito do Trabalho. Do mesmo modo, o trabalho de fim de semana (que se poderia criticar, com bons motivos) tem sido negociado com o conselho de empresa (*Betriebsrat*) e admitido no contrato coletivo. O mesmo vale para o trabalho em regime de turnos e o trabalho noturno. O legislador interveio em duas ocasiões. Em 1985, quando da “Lei de Fomento à Ocupação” (*Beschäftigungsförderungsgesetz*), tratava-se de estabelecer regras mínimas em relação ao uso do chamado *Kapovaz*,⁵⁰ que constitui uma modalidade de uso variável do tempo de trabalho, orientado pelas necessidades da empresa. Com a chamada “Lei-Flexi” (*Flexi-Gesetz*),⁵¹ por sua vez, realizou-se, entre outros aspectos, uma adaptação do sistema de seguro social (*Sozialversicherungssystem*) às formas de distribuição irregular do tempo de trabalho. A aplicação da modalidade *Kapovaz* está amplamente sujeita à co-gestão realizada pelos conselhos de empresa.⁵² Permanece sem solução o problema da disponibilidade não remunerada do trabalhador, que está obrigado a ir trabalhar quando a empresa lhe telefonar. Isso já não parece aceitável, se esse regime de tempo de trabalho parcial impedir o acesso a um outro emprego a tempo parcial ou significar uma excessiva intromissão na organização da vida privada⁵³.

⁴⁹ Sobre isso, com diferentes fundamentos, veja-se Däubler em: revista *Computer und Recht* CR 1988, 834 e segs.; Nagel/Riess/Theis, *Der Lieferant* online, 1990.

⁵⁰ Também denominado “Trabalho por Chamada”.

⁵¹ Lei de garantias sociais para o caso de implantação de normas de tempo de trabalho flexível (*Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen*) de 06.04.1998, BGGP 1 pág. 688.

⁵² Veja-se as sentenças do Tribunal Federal do Trabalho (BAG) em: revista *Der Betrieb* 1988, pág. 341 e revista *Der Betrieb* 1989, pág. 1.033.

⁵³ Comentários a respeito em Däubler, *Arbeitsrecht*, vol. 2, nota lateral 1.972 e segs.

2. Duração da jornada de trabalho e salários

Um outro item da flexibilização refere-se à duração do tempo de trabalho em relação ao total da remuneração devida pelo empregador. Isso pode tornar-se especialmente problemático quando a empresa entra em crise e quer reduzir seus custos salariais.

O Direito do Trabalho alemão exige das empresas uma política com previsão. O empregador pode reservar-se o direito de suprimir ganhos adicionais, particularmente os complementos salariais. No caso de dificuldades econômicas, ele pode postergar tais pagamentos. No que se refere à duração da jornada de trabalho e ao salário propriamente dito, as condições são menos generosas. Ao empregador não é permitido contrariar os direitos estabelecidos no contrato de trabalho. Tampouco lhe é permitido reduzir unilateralmente a jornada semanal ou o salário-base.⁵⁴ Uma cláusula deste tipo, caso introduzida no contrato de trabalho, será nula de pleno direito. Da mesma forma, é questionável uma redução salarial entre 20% e 30% (com redução dos pagamentos adicionais), caso seja mantida a mesma jornada de trabalho. Por outro lado, é admissível e amplamente praticada a introdução da jornada reduzida, que requer a aprovação do conselho de empresa. Nesse caso, para compensar essa redução de jornada e salário, o trabalhador recebe uma prestação substitutiva (*Kurzarbeitergeld*) paga pelo Ministério do Trabalho, que corresponde a 60% da parcela salarial suprimida. De maneira geral, nos últimos anos, tem-se fortalecido a tendência de ampliar a margem de atuação do empregador, de tal maneira que a flexibilidade interna possa assumir maior relevância que a flexibilidade externa.⁵⁵

⁵⁴ Veja-se sentença do Tribunal Federal do Trabalho (BAG) em: revista *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1985, pág. 321.

⁵⁵ Sobre isso veja-se Reichold, 2002, revista *Recht der Arbeit*, pág.330 e segs.

3. Contrato de trabalho por tempo determinado

Um contrato de trabalho por tempo determinado representa para o trabalhador envolvido a renúncia do padrão normal de proteção ao trabalho. Isso é suportável quando a subsistência econômica do trabalhador está assegurada por outras fontes, como é o caso de estudantes e aposentados. A continuidade do contrato de trabalho, após expirado seu prazo, depende exclusivamente da decisão do empregador, cuja estima o trabalhador terá então que esforçar-se para conquistar. Os riscos de perder o emprego atingem desde o princípio a um determinado grupo de pessoas: os trabalhadores temporários. O preço que estes têm que pagar é muito alto: seu futuro profissional torna-se totalmente imprevisível e, além disso, não possuem muitos dos direitos que têm como pressuposto um tempo mínimo de serviço à empresa, como, por exemplo, um prazo mais longo para demissão ou a gratificação de natal.

Basicamente, a jurisprudência acolheu todos esses aspectos e impôs como limite apenas que o contrato de trabalho por tempo determinado tenha uma causa objetiva.⁵⁶ O legislador reagiu a isso aprovando a “Lei de Trabalho a Tempo Parcial e por Tempo Determinado” (*TzBfG*, de 01.01.2001: § 14, inciso 1). Essa lei estabelece que todos os contratos por tempo determinado tenham como pressuposto uma causa objetiva. Quando esta não existe, configura-se automaticamente um contrato de trabalho por tempo indeterminado. Mas o parágrafo 14, inciso 2, desta lei permite uma exceção importante e concede ao empregador uma ampla margem para uso do seu poder potestativo: mesmo sem uma causa objetiva, a relação de trabalho pode ter duração determinada (máximo de dois anos), quando se tratar de uma nova contratação, desde que o trabalhador contratado não tenha trabalhado anteriormente nesta mesma empresa. O prazo

⁵⁶ Veja-se sentença do Tribunal Federal do Trabalho (BAG): GS AP n° 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

máximo de dois anos pode ser alcançado também por meio de contratos de duração inferior, que podem ser prorrogados até três vezes.

O debate no Direito do Trabalho restringiu-se quase que exclusivamente ao âmbito da admissibilidade das figuras examinadas. Isso parece muito limitado. É preciso reconhecer que o empregador pode precisar dispor de trabalhadores por um tempo determinado, por exemplo, para desenvolver um projeto ou para substituir um trabalhador enfermo ou acidentado. Essas necessidades absolutamente justificadas não precisam obrigatoriamente ser atendidas mediante a celebração de contratos de trabalho por tempo determinado. Como alternativa, numa pequena área, mas atípica, na qual o volume de trabalho é essencialmente variável, criou-se uma espécie de empregador artificial, que, de acordo com a necessidade de cada empresa, coloca mão-de-obra à sua disposição. Trata-se aqui da Capatazia Geral do Porto (*Gesamthafenbetrieb*), que, com base numa lei,⁵⁷ foi instituída por meio de contrato coletivo.⁵⁸ A Capatazia Geral do Porto contrata trabalhadores por tempo indeterminado e os coloca à disposição das diversas empresas que atuam no porto.

A combinação entre “ocupação estável” e “trabalho flexível” parece passível de ser generalizada. Por essa razão, discute-se também na Alemanha o conceito desenvolvido na Holanda, chamado “Flexicurity”, um neologismo que resulta da integração das palavras inglesas “flexibility” e “security”.⁵⁹ Empresas de trabalho temporário do setor industrial e fora dele desempenham função semelhante quando estas estabelecem contratos de duração indeterminada com seus próprios trabalhadores. A legislação mais recente considerou o tema e obrigou os postos de atendimento do Ministério do Trabalho a cooperar com as prestadoras de

⁵⁷Diário Oficial Federal BGBI, 1 pág. 352.

⁵⁸ Sobre este tema, veja-se sentença do Tribunal Federal do Trabalho (BAG) em: revista *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1989, pág. 564 sobre o caso do porto de Hamburgo; em: revista *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1989, pág. 732, sobre o caso do porto de Lübeck.

⁵⁹ Mais recentemente, sobre o assunto, veja-se Hanau, em seu Parecer apresentado ao 63º Deutschen Juristentag, Leipzig 2000.

mão-de-obra ou então a criar uma empresa desta natureza no âmbito da própria repartição.⁶⁰ Também se discute atualmente a criação de novas empresas de intermediação de trabalhadores (*Arbeitskräftepools*).⁶¹ Por que não se deveria seguir adiante buscando soluções nesta linha?

Nenhuma tradição ou corrente de pensamento tem hoje na Alemanha um outro tipo de estratégia que se mostre factível. Por meio da contratação coletiva, seria possível limitar quantitativamente o uso de mão-de-obra temporária talvez a 5% do volume de trabalho do estabelecimento ou da empresa. Uma regulamentação desse tipo lembra um pouco as escalas dos aprendizes (*Lehrlingskalen*), que noutros tempos foram muito utilizadas.⁶² Estas tiveram, entre outras funções, a de estabelecer limites para essa forma de uso de mão-de-obra barata.

Se, em vez disso, o contrato por tempo determinado for assumido como um dado da realidade, seria possível imaginar três medidas para torná-lo socialmente aceitável.

Em primeiro lugar, deveria aplicar-se de modo conseqüente a proibição de discriminação (§ 4º, *Abs. 2 TzBfG*), aprovada em 2001, isto é, assegurar que os trabalhadores temporários sejam tratados sempre em igualdade de condições como aqueles contratados por prazo indeterminado. Com isso, deixaria de existir o estímulo econômico ao uso desta forma de contratação, que passaria a ter sentido somente por motivos relacionados à organização do trabalho. Especialmente importante é a igualdade de tratamento em relação às prestações sociais voluntariamente estabelecidas pela empresa.

Em segundo lugar, cabe ainda perguntar se seria o caso de ampliar o poder unilateral do empregador para realizar demissões, introduzindo previamente

⁶⁰ Art. 1º da “Primeira Lei para Moderna Prestação de Serviços no Mercado de Trabalho” (*Erstes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt*, vom 23.12.2002, em BGBI 1, pág. 4.607,4.609).

⁶¹ Veja-se Weinkopf, em: WSI-Mitteilung, 1993, pág. 569 e segs.

⁶² Veja-se sentença do Tribunal Federal do Trabalho (BAG): AP nº 1 zu § 4 TVG Lehrlingskalen: segundo esta, um estabelecimento com dois trabalhadores podia, por exemplo, dar emprego a não mais de dois aprendizes.

essa prerrogativa no próprio contrato de trabalho. Isso reduziria ainda mais o padrão de proteção do trabalho. Embora, quanto a essa matéria, a lei (§ 15, Abs. 3 TzBfG) admita expressamente um ajuste no contrato individual de trabalho, isto não significa que tal cláusula também pode estar prevista de antemão no formulário impresso do contrato de trabalho. Segundo a lei (§ 307, Abs. 2 BGB), esse tipo de cláusula tem como objetivo permitir que se defina uma indenização que contemple os interesses das partes, o que aqui não é o caso.

Em terceiro lugar, seria possível retirar o estímulo econômico que a contratação temporária possui pelo fato de a empresa não estar obrigada a garantir aquelas prestações asseguradas que estão vinculadas ao tempo de serviço. Uma manobra possível para alcançar esse objetivo seria que, no momento da demissão, fosse concedida uma espécie de “indenização por conta da precariedade”, a qual representaria uma compensação pela perda daqueles direitos vinculados à antiguidade no emprego. Comparada com a contratação por tempo indeterminado, a contratação temporária seria mais cara considerando-se o valor da hora de trabalho. Um claro incentivo para que esse tipo de contratação fosse utilizado apenas quando realmente houvesse razões de caráter organizativo.

V. Trabalho sem relação de emprego

Recorrer ao serviço de pessoas formalmente autônomas, mas que são na prática dependentes economicamente de um contratante, não é nenhuma descoberta da sociedade pós-industrial. O exemplo mais conhecido é o do trabalhador a domicílio, cujo status jurídico aproximou-se substancialmente daquele do assalariado, num processo que se estendeu ao longo de várias décadas. Atualmente, são freqüentes os chamados free-lancers - ou também “free-fixos” - em empresas difusoras de rádio e TV, assim como em agências de notícias e escritórios de advocacia. Também no setor de vendas de pro-

autos e serviços costuma-se recorrer aos representantes comerciais, que do ponto de vista jurídico-formal são considerados autônomos. Entre eles estão os “motoristas-vendedores” e as empresas unipessoais no setor da construção e de franchising como, por exemplo, nas cadeias de restaurante e nas empresas de óleo mineral.⁶³ Todos eles estão excluídos do seguro social e devem pagar por sua própria conta os correspondentes impostos sobre a renda e outras obrigações sociais. Ou seja, não há encargos sociais para o empregador. Não obstante, o Direito do Trabalho dispõe de mecanismos que, pelo menos no que diz respeito às condições de trabalho, servem para equalizar a situação dos trabalhadores.

Em certos casos, pode tratar-se de uma relação de assalariamento oculto. Por exemplo, a ausência de dependência pessoal é dissimulada no contrato, mas na realidade se dá a vinculação típica do trabalho assalariado. No passado, esse tipo de situação ocorreu com frequência no caso freelancers nas empresas de comunicação.

Em outros casos pode-se aplicar a Lei do Trabalho a Domicílio (*Heimarbeitsgesetz-HAG*), que prevê especialmente a fixação de um piso salarial e de condições mínimas de trabalho.

Um terceiro mecanismo para alcançar uma relativa igualdade seria a utilização de fundamentos aplicáveis a pessoas que trabalham em situação análoga à relação de emprego. A existência dessa categoria de trabalhadores ocupados é indiscutível e pode ser deduzida da Lei Processual do Trabalho (§5, *Abs. 1. S. 2 ArbGG*), que estende a competência dos Tribunais do Trabalho a esta matéria. A jurisprudência reconhece a inexistência de “autonomia econômica” (*Wirtschaftliche Unselbständigkeit*) e a conseqüente necessidade de proteção social.

O legislador não regulamentou o direito das pessoas em situação análoga à relação de emprego de modo concatenado. Sem dúvida, existe uma série importante de normas esparsas sobre essa matéria. Por exemplo: a igualdade se refere ao direito legal de férias (§2 da Lei Federal de Férias, *BUrlG*); ao direito

⁶³ Uma particular análise sobre o assunto em Däubler, *Arbeitsrecht*, vol. 2, nota lateral 2.105, pág. 2.116 e segs.

à proteção no trabalho (§2, Abs. 1 n° 3, da Lei de Proteção ao Trabalho, ArbSchG); à inclusão nos planos de aposentadoria das empresas; a Lei de Negociação Coletiva (TVG, § 12a) permite a celebração de contratos coletivos, excetuando-se apenas os representantes comerciais. O Tribunal Federal do Trabalho (*BAG*) aplica de modo análogo os procedimentos relativos à proibição da concorrência desleal,⁶⁴ seguindo desse modo um princípio orientador: sempre que se apresente uma necessidade de proteção semelhante à do trabalhador assalariado, devem ser aplicados os correspondentes princípios do Direito do Trabalho. De forma alguma isso resulta numa igualdade de tratamento universal, o que fica claro com o exemplo relativo ao direito de direção, que não se aplica quando não está configurada a dependência pessoal. Do mesmo modo, considerando a formulação da Lei de Proteção contra a demissão (*Kündigungsschutzgesetz - KSchG*), não há controvérsias quanto à não-aplicação dos direitos previstos nessa lei.

Se essas possibilidades são utilizadas ou não, é menos uma questão de consistência da dogmática jurídica do que uma decisão de política jurídica. Em todo caso, o Direito do Trabalho oferece basicamente os instrumentos necessários para evitar o emprego de mão-de-obra barata e a ausência de proteção. Deste modo, defende sua própria existência, pois caso a utilização da mão-de-obra barata dos autônomos fosse deixada ao livre arbítrio do empregador, em pouco tempo os trabalhadores se transformariam numa espécie em extinção e o campo de aplicação do Direito do Trabalho encolheria cada vez mais.

Aquele que trabalha para um variado número de contratantes não se enquadra na categoria de figura análoga aos assalariados. Daí que, quando for o caso, devem ser ativados mecanismos próprios do Direito Civil, no sentido de evitar que o autônomo venha a ser prejudicado. Ao Direito do Trabalho não se atribui o monopólio da justiça social. Por exemplo, recentemente o legislador alemão assegurou ao particular grupo dos autores o direito irrenunciável a uma remuneração adequada.

⁶⁴ Veja-se sentença do Tribunal Federal do Trabalho em: revista *Der Betrieb* 1997, pág. 1.979

VI - Implantação

A ênfase na dependência do trabalhador individual, que permanece existindo no direito material do trabalho, perde sua importância no momento em que se discute a imposição coercitiva dos seus direitos. A Lei Processual do Trabalho (*Arbeitsgerichtsgesetz-ArbGG*) não difere da Lei Processual Civil (*Zivilprozessordnung-ZPO*) ao reconhecer a igualdade formal das partes, que trazem o objeto de litígio ao processo e dele podem dispor a qualquer momento. Considerando a situação anteriormente descrita, há razões para dúvidas. Essas são particularmente significativas quando o remédio processual disponível é a ação a ser ajuizada pelo trabalhador individualmente. Diferentemente do direito da concorrência,⁶⁵ da proteção ambiental,⁶⁶ dos cartéis⁶⁷ e do consumidor,⁶⁸ o Direito do Trabalho alemão não reconhece a substituição processual. Neste aspecto, diferencia-se do Direito do Trabalho brasileiro, pois permanece fundado num modelo tradicional.

Na maioria dos casos também não é de se esperar nenhum apoio proveniente dos organismos de controle das empresas. Segundo a tradição alemã, isto está restrito à esfera jurídica do Direito Público de proteção ao trabalho. Este organismo de fiscalização não tem poder para controlar aspectos como o cumprimento dos contratos coletivos ou das regras referentes à antidiscriminação. Isso caracteriza uma clara diferença em comparação com a França, onde a "Inspection du Travail" controlava, até 1982, o cumprimento dos contratos coletivos dotados de efeito *erga omnes* e, a partir deste ano, tal órgão teve sua competência ampliada para a fiscalização de todos os contratos coletivos.⁶⁹

Por fim, segundo a jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho,⁷⁰ a greve também não constitui um instrumento para garantir o cumprimento de di-

⁶⁵ Conforme § 13, Abs. 2 da lei contra a concorrência desleal (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb-UWG*).

⁶⁶ Conforme o § 35 da Lei Federal de proteção da natureza (*Bundesnaturschutzgesetz*).

⁶⁷ Conforme a Lei GWB, em seu § 35

⁶⁸ Conforme a Lei *Unterlassungsklagegesetz* (UKlaG).

⁶⁹ Veja-se o art L 611-1 do Code du Travail

⁷⁰ Veja-se a revista *Der Betrieb*, 1978, pág. 1.403.

reitos existentes, como, por exemplo, obrigar a empresa a recontratar um trabalhador demitido sem justa causa. Permanece apenas o direito de recusa ao trabalho (*Zurückbehaltungsrecht*) previsto no Código Civil (§§ 273, Abs. 1, 1.320 Abs. 1BGP). Embora este direito possa ser exercido coletivamente,⁷¹ ele está reservado exclusivamente àqueles trabalhadores frente aos quais o empregador não cumpriu suas obrigações.⁷² Com isso, limita-se fortemente os movimentos de solidariedade. Como, além disso, se exige que os envolvidos informem ao empregador “de uma maneira que não deixe lugar a dúvidas”, que eles não estão fazendo greve, mas sim querendo exercer seu “direito de recusa ao trabalho”,⁷³ este instituto jurídico acabou tendo na prática um significado muito limitado até aqui.

O que se poderia fazer diante disso? O marco jurídico vigente poderia ser relativamente superado se as possibilidades de tutela judicial fossem ampliadas, prevendo-se novos instrumentos processuais que não estejam limitados às formas típicas de dependência assalariada. De acordo com a Lei de Trabalho a Domicílio (*HAG*), este papel tutelar incumbiria ao Ministério do Trabalho, embora possivelmente tivesse maior aceitação reconhecer aos sindicatos o direito de ajuizar ação contra as empresas em virtude do descumprimento do contrato coletivo.

Uma coisa é certa: a capacidade de solucionar problemas, que o direito material do trabalho oferece, seguirá sem ser utilizada se, no caso de conflitos, suas normas não puderem ser efetivamente aplicadas. De modo que estamos tratando aqui de uma dimensão essencial do Estado de Direito. O Direito do Trabalho alemão dispõe de grande flexibilidade. Isto não significa que suas normas admitam ser facilmente descumpridas. Quem não se ativer às “regras flexíveis” deve necessariamente contar com sanções, até mesmo no presente.

⁷¹ Veja-se sentença do Tribunal Federal do Trabalho (BAG): AP n° 32 zu Art. 9° da Lei Fundamental do Bonn (Grundgesetz-GG), na publicação *Arbeitskampf Blatt* 6.

⁷² Veja-se a sentença do Tribunal Federal do Trabalho (BAG): AP n° 32 zu Art. 9° da Lei Fundamental do Bonn (Grundgesetz-GG), na publicação *Arbeitskampf Blatt* 6R/7.

⁷³ Veja-se sentença do Tribunal Federal do Trabalho (BAG) citada na nota anterior, em Bl. 7 R.