

## **A Transformação do Trabalho e Emprego e as novas formas de organização na Alemanha – Análise crítica**

Prof. Wolfgang Däubler, Universidade de Bremen

### **I. 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 “auto-funcionamento”: 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 a que todos tivessem pão e emprego<sup>1</sup>. A crítica a esta posição ganhou peso num passado mais recente<sup>2</sup>. Na segunda metade dos anos 90, novas maiorias políticas surgidas nos principais países da União Europeia puderam ao menos demonstrar claramente que a confiança incondicional no desenvolvimento auto-sustentado do mercado é apenas mais uma teoria ao lado de outras.

Uma segunda linha de ataque ao direito do Trabalho apoia-se mais em afirmações objetivas do que em um programa político-econômico. O trabalho altera seu caráter, a economia de serviços passa a predominar frente ao tradicional fordismo da produção em massa<sup>3</sup>. A realização do trabalho está cada vez mais marcada pela utilização de tecnologias da informação, o que torna-se 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 econômico. Mais um exemplo: em lugar dos supermercados surgem as

---

<sup>1</sup> Veja-se, basicamente, a publicação do Círculo de Kronberg (Kronberger Kreis): “*Mehr Markt im Arbeitsrecht*“, 1986.

<sup>2</sup> Veja-se especialmente, no âmbito da literatura jurídica: Opholzer 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.

<sup>3</sup> Neste sentido, veja-se o Informe final do Grupo de Trabalho da Comissão Europeia: *The changing of work and the future of labor law in Europe. Final Report Brussels*, 1999.

ruas de compras e os *Shopping Centers*, com uma infinidade de pequenas empresas autônomas umas em relação as 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 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 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 à férias, nem seguro social)<sup>4</sup>. 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 disponham 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 através da globalização eleva o estímulo, a estas alturas, a exigência de descumprir o direito vigente. O desemprego em massa enfraquece a posição dos trabalhadores. Condições de trabalho inferiores aquelas estabelecidas nos contratos coletivos são aceitas, em alguns casos, de maneira expressa<sup>5</sup>. Empresas abandonam as associações patronais ou renunciam a delas fazer parte e com isso escapam à obrigação legal de observar o disposto nos contratos coletivos (*Tarifbindung*)<sup>6</sup>. De acordo com o demonstrativo do **Instituto de Administração do Trabalho (IAB-Betriebspanel)** de 1995, apenas 62% das empresas instaladas na Alemanha estão sujeitas a um contrato coletivo<sup>7</sup>. Anteriormente este percentual girava

---

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Como exemplo, veja-se o caso Viessmann, relatado em: Tribunal de Marburg, revista *Der Betrieb*, 1996, pág. 1925.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Dados apresentados por Bellmann e outros em: *Flexibilität von Betrieben in Deutschland*, 1996, pág. 57

em torno de 90%. Em muitos casos, as garantias legais mínimas de proteção ao trabalho já não são respeitadas, sem que isso gere qualquer oposição visível.

Nos encontramos 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<sup>8</sup>. 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<sup>9</sup>.

## II. O Direito do Trabalho como sistema em evolução?

A tese da desaparecimento 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 consequências 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 aquele 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 do 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 estes princípios e regras

---

<sup>8</sup> Veja-se Dietrich, em: revista Arbeit und Recht, 1997, pág. 1.

<sup>9</sup> Veja-se a respeito, a magnífica descrição literária de Theodor Fontane, relatada por Zachert em: revista Arbeit und Recht, 1988, pág. 129.

gerais, embora nos casos de dispensa justificada imponha algumas restrições a direitos que, no texto da lei, não estão claramente previstas<sup>10</sup>.

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, **la protecao contra las accidentes** estão regulados tendo em conta as específicas e mutáveis situações de risco e não correspondem assim a um modelo *standart*, de “lei igual para todos”.

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 (empreitada): o trabalhador principal contrata seus empregados, aos quais a jurisprudência concede determinados direitos frente a seu empregador<sup>11</sup>. O que nos impede de adotar esta forma de relação de trabalho às modernas necessidades do mercado?<sup>12</sup> Um retorno a estas figuras jurídicas não seria de nenhum modo um fato singular<sup>13</sup>.

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

<sup>10</sup> Veja-se Kittner/Däubler/Zwanziger, *Kündigungsschutzrecht*, 5. Edição.

<sup>11</sup> Exemplo: um zelador contrata um ou dois ajudantes para auxiliá-lo em pequenos consertos ou para cuidar do jardim.

<sup>12</sup> Veja-se algumas idéias nesse sentido em Waas: revista *Recht der Arbeit*, 1993, pág. 153 e segs.

<sup>13</sup> Sobre este fenômeno, veja-se Mayer-Maly em: revista *Juristische Zeitschrift*, 1971, pág. 1 segs.

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 medida 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 contratemplos não desejadas.

Assim a “inspeção”, o recomendado reexame crítico do Direito do Trabalho ficará restrito, neste estudo, àquelas áreas nas quais apesar de sua adaptabilidade, no presente surgem pontos de debate e fricção. 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. Os trabalhadores que nele exercem suas atividades laborais encontram-se no âmbito de aplicação da **Lei da representação de los trabalhadores** (*Betriebsverfassungsgesetz*). 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 **Superior Aleman** (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<sup>14</sup>.

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, envie um texto escrito em alemão por e-mail à Inglaterra e uma semana depois receba a tradução para o inglês? O uso de “meios técnicos e imateriais” parece definível, mas seu significado em determinadas atividades de serviços –como por exemplo, numa terapia baseada no

---

<sup>14</sup> 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, 8. Edição 2002, § 1, nota lateral 64 e segs.

diálogo- é claramente colateral<sup>15</sup>. 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 medida 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 em base ao “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<sup>16</sup>. 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**

Hoje em dia é mais do que aceito que se trabalhe em horários “incomuns”, 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

---

<sup>15</sup> Veja-se Joost, *Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht*, 1988, pág. 233, remete ao exemplo de um grupo de mímica.

<sup>16</sup> Para algumas particularidades a respeito, veja-se Trümmer, em: Däubler/Kittner/Klebe, op. cit., § 3 nota lateral 1 e segs.

de Leber”(*Leber-Kompromiss*)<sup>17</sup>. 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*<sup>18</sup>, que constitui uma modalidade de uso variável do tempo de trabalho, orientado pelas necessidades da empresa. Com a chamada “Lei-Flexi” (*Flexi-Gesetz*)<sup>19</sup>, 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 cogestão realizada pelos Conselhos de Empresa<sup>20</sup>. 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 a **aceso a un outro trabalho a tempo** parcial ou significar uma excessiva intromissão na organização da vida privada<sup>21</sup>.

## 2. Duração da jornada de trabalho e salários

Uma outra “zona de 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 o salário propriamente dito, as condições são menos generosas. Ao empregador não é permitido unilateralmente reduzir a jornada semanal de trabalho e tampouco o salário base, contrariando os direitos estabelecidos no contrato de trabalho<sup>22</sup>. **Uma tale clausola en el contrato e sim efecto legal.** Da mesma forma, é

<sup>17</sup> Sobre isso, com diferentes fundamentos veja-se Däubler CR 1988, 834 e segs.; Nagel/Riess/Theis, *Der Lieferant* online, 1990.

<sup>18</sup> Também denominado “Trabalho por Chamada”.

<sup>19</sup> 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, BGBl I pág. 688.

<sup>20</sup> Veja-se as sentenças do Tribunal Supremo (BAG) em: revista *Der Betrieb* 1988, pág. 341 e revista *Der Betrieb* 1989, pág. 1033.

<sup>21</sup> Comentários a respeito em Däubler, *Arbeitsrecht*, vol. 2, nota lateral 1972 e segs.

<sup>22</sup> Veja-se sentença do Tribunal Supremo (BAG) em: revista *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1985, pág. 321.

questionável uma redução salarial entre 20% e 30% (**reduciendo los pagos adicionales**), 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 paga pelo Ministério do Trabalho (*Kurzarbeitergeld*), 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<sup>23</sup>.

### 3. Contrato de trabalho por tempo determinado

Um contrato de trabalho por tempo determinado representa para o trabalhador envolvido a renúncia do *standard* 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, cujo 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<sup>24</sup>. 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 têm como pressuposto uma causa objetiva. Quando este 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

---

<sup>23</sup> Sobre isso veja-se Reichold, 2002, revista *Recht der Arbeit*, pág.330 e segs.

<sup>24</sup> Veja-se sentença do Tribunal Supremo (BAG): GS AP N° 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.



mesma empresa. O prazo 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 a este nível 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, mais bem 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 de uma lei<sup>25</sup>, foi instituída através de Contrato Coletivo<sup>26</sup>. 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”<sup>27</sup>. 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 tratou o tema e obrigou os postos de atendimento do Ministério do Trabalho a cooperar com as prestadoras de mão-de-obra ou então a criar uma empresa desta natureza no âmbito da própria repartição<sup>28</sup>. Também se discute atualmente a criação de **novas empresas de intermediação de trabalhadores** (*Arbeitskräftepools*)<sup>29</sup>. 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. Através da contratação coletiva seria possível limitar

---

<sup>25</sup> Veja-se Diário Oficial Federal BGBl, 1 pág. 352.

<sup>26</sup> Sobre este tema, veja-se sentença do Tribunal Supremo (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.

<sup>27</sup> Mais recentemente, sobre o assunto, veja-se Hanau, em seu Parecer apresentado ao 63º Deutschen Juristentag, Leipzig 2000.

<sup>28</sup> Artigo 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 BGBl 1, pág. 4607,4609).

<sup>29</sup> Veja-se Weinkopf, em: *WSI-Mitteilung*, 1993, pág. 569 e esegs.

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<sup>30</sup>. Estas tiveram, entre outras funções, a de estabelecer limites para essa forma de uso de mão-de-obra barata.

Se ao invés 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 consequente a proibição de discriminação (§4, Abs. 2 TzBfG), aprovada em 2001, isto é, assegurar que os trabalhadores temporários sejam tratados sempre em iguais condições àqueles outros 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 por que seria o caso de ampliar o poder unilateral do empregador para realizar demissões, introduzindo previamente essa prerrogativa no próprio contrato de trabalho. Isso reduziria ainda mais o *standard* de proteção do trabalho. Embora a lei (§15, Abs. 3 TzBfG) admita expressamente um ajuste no contrato individual de trabalho sobre essa matéria, 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 da empresa não estar obrigada a garantir aquelas prestações asseguradas **que dependem dos anos do trabalho**. 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 trabalho. 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.

---

<sup>30</sup> Veja-se sentença do Tribunal Supremo (BAG): AP N° 1 zu § 4 TVG Lehrlingskalen: segundo esta, um estabelecimento com dois trabalhadores podia, por exemplo, dar emprego a não mais de dois aprendizes.

## 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 **muitas** décadas. Atualmente, encontram-se com frequência os chamados *free-lancer* –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 produtos 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<sup>31</sup>. 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 de *free-lancers* nas empresas de comunicação.

**Em outros casos se puede aplicar** a lei do trabalho a domicílio, 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

---

<sup>31</sup> Uma particular análise sobre o assunto em Däubler, Arbeitsrecht, vol. 2, nota lateral 2105, pág. 2116 e segs.

econômica” (*wirtschaftliche Unselbständigkeit*) e a consequente 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); o direito à proteção no trabalho (§2, Abs. 1 N° 3 la Lei de Proteção ao Trabalho, ArbSchG); a inclusão nos planos de aposentadoria das empresas, a Lei de Negociação Coletiva (§12a TVG) permite a celebração de contratos coletivos, excetuando-se apenas os representantes comerciais. O Tribunal Supremo (BAG) aplica de modo análogo os procedimentos relativos à proibição da concorrência desleal<sup>32</sup>, 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 nenhuma 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 legal (KSchG), não há controvérsias quanto à não aplicação do direito de proteção contra a demissão.

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.

---

<sup>32</sup> Veja-se sentença do Tribunal Supremo em: revista Der Betrieb 1997, pág. 1979.

## VI. Implantação

A ênfase na dependência do trabalhador individual, que permanece existindo no direito material do trabalho, perde sua importância no momento que se discute a imposição coercitiva dos seus direitos. A Lei Processual do Trabalho (ArbGG) não difere da Lei Processual Civil (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<sup>33</sup>, da proteção ambiental<sup>34</sup>, dos cartéis<sup>35</sup> e do consumidor<sup>36</sup>, o Direito do Trabalho alemão não reconhece a substituição processual. Nesse sentido, 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 anti-discriminação. Isso caracteriza uma clara diferença em comparação com a França, onde a *inspection du travail* controlava até 1982 o cumprimento dos Contratos Coletivos de caráter *erga omnes* e, a partir deste ano, teve sua competência ampliada para todos os Contratos Coletivos<sup>37</sup>.

Por fim, segundo a jurisprudência do Tribunal **Superior do trabalho**<sup>38</sup>, a greve também não constitui um instrumento para garantir o cumprimento de direitos 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, 320 Abs. 1 BGB). Embora este direito possa ser exercido coletivamente<sup>39</sup>, ele está reservado exclusivamente àqueles trabalhadores frente aos quais o empregador não

---

<sup>33</sup> Conforme § 13, Abs. 2 da Lei contra a concorrência desleal ((UWG).

<sup>34</sup> Conforme o § 35 da Lei Federal de proteção da natureza (*Bundesnaturschutzgesetz*).

<sup>35</sup> Conforme § 35 da GWB.

<sup>36</sup> Conforme a *Unterlassungsklagegesetz* (UKlaG).

<sup>37</sup> Veja-se o art. L 611-1 do Code du Travail.

<sup>38</sup> Veja-se revista *Der Betrieb*, 1978, pág. 1403.

<sup>39</sup> Veja-se sentença do Tribunal Supremo (BAG): AP N° 32 zu Art. 9 da Lei Fundamental de Bonn (GG) em *Arbeitskampf Blatt* 6.

cumpriu suas obrigações<sup>40</sup>. 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”<sup>41</sup>, este instituto jurídico acabou tendo na prática um significado muito limitado até aqui.

O que se poderia fazer? O marco jurídico vigente poderia ser relativamente superado se as possibilidades de ação judicial fossem ampliadas, prevendo-se novos instrumentos processuais que não estivessem limitados às formas típicas de dependência assalariada. De acordo com a lei **de trabalho a domicílio**, este papel tutelar incumbiria à Administração 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 ater-se às “regras flexíveis” deve necessariamente contar com sanções. Até mesmo no presente.

---

<sup>40</sup> Veja-se a sentença do Tribunal Supremo (BAG): AP N° 32 zu art. 9 da Lei Fundamental de Bonn (GG) em *Arbeitskampf Blatt* 6R/7.

<sup>41</sup> Veja-se sentença do Tribunal Supremo (BAG) citada na nota anterior, em *Bl.* 7 R.