

1. INTRODUÇÃO

A presente tese tem por objetivo proceder à análise do regime jurídico aplicável ao trabalhador autônomo economicamente dependente, formulando uma nova proposta de regulação da estrutura jurídica dessa categoria de trabalhadores. O tema foi escolhido levando-se em consideração dois motivos principais: a ausência, na doutrina nacional, de sistematização abrangente e atual sobre o regime jurídico do trabalhador autônomo economicamente dependente; a possibilidade de utilização do estudo como mecanismo para reacender o debate sobre o regime trabalhista aplicável a certas categorias de trabalhadores não tutelados pelo manto da relação de emprego.

Durante muito tempo, no direito do trabalho, predominou a idéia genérica segundo a qual a proteção jurídica trabalhista era concedida àqueles trabalhadores que se inserissem na previsão legislativa da relação de emprego. Essa relação se caracterizava, primordialmente, pela existência de subordinação jurídica entre empregado e empregador.

Contudo, observa-se que as mudanças ocorridas na sociedade pós-industrial estão a reclamar um novo tratamento jurídico para as novas formas de relação de trabalho. Nesta perspectiva, o presente estudo procede a uma análise pormenorizada do tratamento jurídico dos trabalhadores autônomos economicamente dependentes no direito estrangeiro, especificamente em Portugal, Espanha, Itália e Alemanha.

O estudo parte do referencial teórico dos direitos fundamentais trabalhistas, estando, assim, inserido no grupo de pesquisa “Cidadania e Direitos Fundamentais”, integrando a linha de pesquisa “cidadania e efetividade dos direitos humanos” do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia.

1.1 Premissas Metodológicas

No desenvolvimento do trabalho, adota-se o método dedutivo, a partir de estudos sobre os direitos fundamentais, bem como da análise e verificação do tratamento jurídico, no direito estrangeiro, concedido ao trabalhador autônomo economicamente dependente. Com base em tais elementos, a tese apresenta uma proposta de alteração legislativa com o objetivo de regular as relações jurídicas estabelecidas entre os tomadores de serviço e os trabalhadores autônomos economicamente dependentes.

Como técnica de pesquisa utilizada, procedeu-se ao levantamento e à análise bibliográfica sobre o panorama atual do direito do trabalho e sobre os direitos fundamentais, tanto no aspecto de sua conceituação, quanto no de sua hermenêutica específica. Porém, um dos pontos mais importantes, no aspecto metodológico, é saber precisar a natureza dos estudos empreendidos no capítulo 4. Assim, para o desenvolvimento do trabalho, foram, previamente, fixadas as premissas metodológicas, a partir da individualização da espécie de estudo que se pretende empreender. O item que segue cuida justamente do estudo do método em direito comparado.

1.1.1 Direito estrangeiro e direito comparado: importância e algumas críticas

Este item tem por objetivo analisar o assim chamado “direito comparado”, procurando precisar sua origem histórica, natureza e conteúdo, estabelecendo distinções com os estudos de “direito estrangeiro”.

Desde a Grécia e Roma antigas, há registro de análise comparatista na área jurídica. Consoante demonstra Marc Ancel (1980, p. 19), Licurgo, em Esparta, e Sólon, em Atenas, viajaram através do mundo para conhecer as instituições, antes de elaborar leis. Da mesma maneira, os *decenvires*, encarregados de redigir a Lei das XII Tábuas, inspiraram-se nas leis gregas, que influenciaram visivelmente a primeira legislação escrita em Roma¹.

Ancel (1980, p. 20) ressalva, porém, que apenas no século XVIII, especialmente na obra *O Espírito das Leis*, de 1748, utiliza-se um recurso sistemático aos ensinamentos extraídos de outras legislações, apontando Montesquieu como o primeiro comparativista. Contudo, esclarece que o cosmopolitismo do século XVIII não se mostrou afeito à confrontação científica. Dessa forma, o iluminismo não seria, em sua essência, exemplo de verdadeiro comparativismo jurídico.

Segundo Ancel (1980, p. 21), o comparativismo surgiu, no século XIX, a partir da presença simultânea de legislações positivas, definidas em termos concretos. Esse fato torna a comparação necessária ao desenvolvimento das novas sociedades. No mesmo sentido, Constantinesco (1998, p. 90) acrescenta que as condições necessárias para o surgimento do direito comparado somente se realizam no século XIX.

¹ Marc Ancel (1980, p. 20) cita ainda Platão, que em sua obra *As Leis*, utilizou comparações e Aristóteles, que discutiu as constituições existentes, notadamente a de Cartago. Menciona também a *Collatio Legum Romanarum et Mosaicarum*, do século V que é um ensaio de justaposição das legislações, bem como a *De Laudibus Legum Angliae*, de Fortescue, na Inglaterra, no século XV e *A República*, de Jean Bodin do século XVI, que seriam, segundo Ancel, apelos feitos às leis estrangeiras.

Com efeito, o século XIX foi a época das codificações nacionais, as quais eram efetivadas pela pesquisa de um direito comum aos povos, seguida de inúmeras confrontações. A partir da segunda metade do século XIX, desenvolve-se o método comparativo como ciência aplicada. Em 1869, foi fundada a sociedade de Legislação Comparada. No ano de 1900, em Paris, por ocasião da Exposição Universal, a Sociedade de Legislação Comparada promoveu um congresso internacional de direito comparado, do qual participaram os maiores juristas da época. Em 1931, já havia sido criada, na França, a cadeira de História geral e Filosofia das Legislações Comparadas. (ANCEL, 1980, p. 23).

Constantinesco (1998, p. 93-250) divide em três fases a evolução histórica do direito comparado. A primeira vai de 1800 a 1850 e conta com as contribuições de Feuerbach², Grans³, Zachariae⁴ e Mittermaier⁵. Caracteriza-se, inicialmente, por iniciativas pessoais, passando a difundir-se na comunidade jurídica através de revistas e cátedras na Universidade. Porém, trata-se de uma fase de modesto desenvolvimento.

A segunda fase vai de 1850 a 1900. Nela, o direito comparado se desenvolve por diversas formas, a depender do país em que se realiza a abordagem. Assim, ao mesmo tempo em que permanecem as iniciativas individuais, dá-se o surgimento de sociedades de legislação comparada, numa época em que o paradigma comparativo quase sempre era a Alemanha (CONSTANTINESCO, 1998, p. 134).

Por fim, a terceira fase inicia-se com o Congresso Internacional de Paris, realizado em 1900, e se estende a 1950. Caracteriza-se, principalmente, pela mudança do referencial comparativo da Alemanha para a França, bem como pela discussão da questão relativa ao caráter científico ou não do direito comparado (CONSTANTINESCO, 1998, p. 205).

Outras divisões da história do direito comparado podem ser utilizadas, a depender do pesquisador. Convém frisar, contudo, que o direito comparado conheceu um desenvolvimento

² Feuerbah elaborou, em 1813, o projeto do código penal bávaro. Segundo Feuerbah, nenhum povo poderia ser considerado em sua individualidade de forma exclusiva, mas deve ser visto como dentro de uma ampla comunidade de povos (CONSTANTINESCO, 1998, p. 105).

³ Inspirando-se na filosofia de Hegel, Grans opõe ao positivismo da escola histórica a idéia segundo a qual todo estudo diacrônico que não chegue até o conceito, visto como elemento último, não é nada além de um jogo de palavras. Opõe-se, assim, à cristalização do passado, promovida pela escola histórica e desenvolve amplos estudos de direito estrangeiro, fazendo viagens de estudo na Inglaterra, França e Itália (CONSTANTINESCO, 1998, p. 110-112).

⁴ Zachariae pertence a um grupo de juristas do sul da Alemanha. Abertos ao direito estrangeiro e favoráveis à codificação, contribuem para a elaboração de uma alternativa científica à escola histórica (CONSTANTINESCO, 1998, p. 115).

⁵ Mittermaier procede, na Alemanha, no âmbito do processo penal, a uma comparação entre o direito alemão e francês em uma perspectiva prática. O autor criou uma revista, em colaboração com Zachariae, com o objetivo de observar a evolução de diferentes institutos em sistemas de distintos países (CONSTANTINESCO, 1998, p. 119-121).

considerável no século XX. Com base nessa evidência, pode ser destacada a divisão traçada por Ancel (1980, p. 29), que aponta três fases na evolução do direito comparado no século XX: o período anterior à primeira guerra, o período que se situa entre as duas guerras mundiais e o período posterior à segunda guerra mundial.

A primeira fase é considerada como constitutiva da ciência jurídica comparativa⁶. Começa com o Congresso Internacional de Paris, em 1900, cujos anais constituem o ponto de partida de uma série de obras. A primeira foi a de Edouard Lambert, em 1903, intitulada *La Fonction du Droit Civil Compare*. A idéia fundamental dos comparativistas dessa fase é que a comparação dos direitos, cientificamente organizada, deve trazer a lume uma base comum, apesar da diversidade das soluções nacionais e da divergência entre as legislações existentes. Essa base comum seria constituída pelos princípios gerais de direito, reconhecidos pelos países civilizados⁷.

Segundo Ancel (1980, p. 33), a segunda fase do desenvolvimento comparatista ocorre após a primeira guerra mundial. Nesse período, a carta política da Europa é profundamente modificada em razão do desaparecimento dos antigos Estados e da constituição de novos. Esse novo quadro exigiu uma tarefa legislativa considerável. A pretensão da segunda fase foi unificar o direito⁸. Porém, as dificuldades políticas, financeiras e sociais dos Estados europeus, a superveniência da grande crise econômica e, sobretudo, o surgimento de regimes autoritários passaram a comprometer o clima de cooperação internacional e a pretensão de unificação do direito.

A terceira fase na evolução do direito comparado, de acordo com Ancel (1980, p. 37), surge com o término das hostilidades da segunda guerra mundial. Nessa fase, o direito comparado atravessa uma crise. À comparação germano-latina da primeira fase e à oposição entre o sistema continental e o sistema anglo-americano da segunda fase, sucede uma contraposição entre direito ocidental e direito socialista. Posteriormente, a situação se

⁶ Ancel (1980, p. 31) ressalta que a concepção comparativa de 1900 desabrochou, de alguma forma, em um ambiente de euforia, influenciado inicialmente por certa confiança na ciência, bem como pelo “Clima de Haia”. Em 1899, a primeira Conferência de Haia adotou uma convenção constituindo uma corte permanente de arbitragem para resolver pacificamente os litígios entre as nações. Finalmente, o último elemento referido por Ancel é o dualismo ou o bipartismo de 1900, surgido a partir da publicação do Código Civil na Alemanha (BGB), com a comparação entre o Código de Napoleão e o BGB.

⁷ Ancel (1980, p. 30) ressalta que os comparativistas de 1900, em sua maioria, eram adeptos do positivismo jurídico. Esclarece que a concepção do comparativismo jurídico do começo do século XX comporta algumas conseqüências, por exemplo a que esse direito comum legislativo somente pode existir entre países com o mesmo desenvolvimento político-social, econômico e moral.

⁸ Ancel (1980, p. 34) ressalta que enquanto os comparativistas de 1900 pretendiam simplesmente pesquisar, descobrir ou constatar as semelhanças já existentes entre as legislações e as identidades jurídicas dos sistemas, os de 1925 pretendiam construir o direito mundial do século XX e estabeleciam oposição entre o sistema continental e o sistema anglo-americano.

complica com a descolonização e o surgimento dos países do Terceiro Mundo, como novas realidades político-jurídicas.

Ancel (1980, p. 38) anota que a esses problemas de geografia jurídica acrescenta-se, por outro lado, nessa fase, um problema metodológico de monta, suscitado por Gutteridge em sua obra *Comparative Law*, onde afirma que o direito comparado não é, como se afirmava até então, um ramo autônomo da ciência jurídica. Esclarece que se trata unicamente de um método particular, o método comparativo, o qual poderia ser usado em todos os ramos do direito.

O estudo do direito comparado tem uma importância fundamental⁹, na medida em que fornece elementos para uma investigação científica do direito¹⁰. Serrano (2006, p. 34) aponta, como primeira grande utilidade das análises de direito comparado, a possibilidade de indicar as normas jurídicas afins nas legislações nacionais e estrangeiras. Essas análises têm como objetivo confrontá-las para determinar as analogias e diferenças existentes entre sistemas e institutos. Buscam, também, bem como avaliar o desenvolvimento e aproximação das legislações ou instituições jurídicas de diversos países, formando assim “o novo Direito Positivo Contemporâneo”.

⁹ Dantas (1997, p. 244) aponta dois grupos de objetivos ou finalidades do direito comparado. O primeiro grupo, por ele denominado de objetivos pessoais, visa a uma maior satisfação intelectual daquele que aborda os sistemas jurídicos estrangeiros. Já o segundo grupo de finalidades, para o autor, pode ser denominado de profissional e encontra-se mais ligado à técnica e política legislativa.

¹⁰ Para avaliar as vantagens intelectuais obtidas com o uso do direito comparado, de acordo com a fórmula citada por Oswaldo Castro Júnior (2003), é necessário distinguir as dimensões do conhecimento e entendimento adquiridas pelo direito comparado. Assim, o conhecimento, por si mesmo, pode ser medido imediatamente pela quantidade de informação reunida. Por outro lado, os benefícios do entendimento são principalmente dependentes do indivíduo e levam em conta a seguinte fórmula: $B = K + \tilde{N} \sum_{n=1}^5 f_n + U$, onde: B = benefício intelectual do direito comparado; K = conhecimento; U = entendimento, e $\tilde{N} \sum_{n=1}^5 f_n$ = variáveis dos fatores $f_n = f_1 + f_2 + \dots + f_5$. A partir dessa fórmula, Castro Júnior (2003) frisa que os benefícios intelectuais do direito comparado são decorrentes da soma do novo conhecimento e os acréscimos marginais no entendimento do seu próprio sistema, dependendo dos fatores circunstanciais e individuais [f_n], formando a variável $[\tilde{N}]$. Quanto mais fortes estes fatores, mais eficiente é o estudo do direito comparado. Os benefícios intelectuais do uso do direito comparado aumentam à medida que os cinco fatores são preenchidos. Tais fatores de avaliação não são exclusivos e mostram a possibilidade de serem mais ou menos eficientes, dependendo do comparativista e do sistema comparado. Segundo Castro Júnior (2003) a magnitude do aumento do entendimento é representada por \tilde{N} . Depende, primeiramente, da familiaridade do comparativista com o seu próprio sistema [f_1], de modo que quanto maior o seu entendimento, maior a habilidade para reconhecer temas e institutos para serem comparados. O segundo fator é a flexibilidade intelectual [f_2] do comparativista: quanto mais cedo o pesquisador estudar direito comparado, mais livre estará de valores e idéias pré-concebidas. O terceiro fator é a variável da similaridade [f_3] dos sistemas comparados. A transferência de conceitos é facilitada, quando o sistema doméstico aceita o transplante. O quarto fator [f_4] é a distância estrutural entre o sistema doméstico e o sistema comparado. Denomina-se intra-sistemática, quando a comparação é entre sistemas da mesma família, podendo ocorrer, ainda, a comparação entre sistemas de famílias diferentes (extra-sistemática). O quinto fator [f_5] é um parâmetro que depende da elaboração, estrutura e coerência do sistema judicial e jurídico. Critérios como custos judiciais, efetividade e segurança jurídica, são usados para tal cálculo.

Neste aspecto, Sacco (2001, p. 27) chama a atenção para um sentimentalismo que sugere a idéia de que a comparação aumentaria a compreensão entre os povos e contribuiria para a coexistência das nações. Conforme demonstra o autor, a comparação pressupõe o conhecimento da regra jurídica estrangeira, a qual, por seu turno, tanto pode suscitar simpatia, como também conduzir a reações polêmicas. De qualquer modo, destaca Sacco (2001, p. 28) que a comparação não comporta necessariamente uma valoração, positiva ou negativa, favorável ou desfavorável, das outras instituições.

Analisando o rol de finalidades do direito comparado, Serrano (2006, p. 35) acrescenta a de confrontar teorias e doutrinas jurídicas: conceitos, classificações, interpretações, correlações e generalizações jurídicas. Aponta, ainda, a finalidade de conhecer a natureza e evolução histórica das instituições do direito, relacionando as notícias e tradições do passado com o presente. Também, indica a sua importância na descoberta e formulação dos princípios comuns que regem as relações das nações civilizadas, a possibilidade de enriquecimento recíproco entre normas jurídicas e, por fim, o fornecimento de bases jurídicas e conclusões científicas, a partir da experiência nacional e internacional, com o objetivo de aperfeiçoar os diferentes sistemas jurídicos.

Conforme se percebe, entre as finalidades apresentadas pelo autor, destaca-se a utilização do direito comparado para o aperfeiçoamento do direito nacional. A esse respeito, Sacco (2001, p. 43) enfatiza que a comparação, enquanto ciência, visa a fornecer dados teóricos, independentemente de posteriores utilizações desses dados. Essa comparação, como pesquisa pura, obtém por si alguns resultados, tais como análises das diferenças e analogias entre a *common law* e a *civil law*, estudo das transformações do direito afro-asiático frente ao direito europeu, indagações sobre diferenças entre o direito dos países capitalistas e o direito dos países socialistas. Esses resultados, segundo o autor, são decorrentes da ciência, ainda que não sejam seguidos pela adoção de modelos.

Para María Izabel Garrido Gomez (2003), o direito comparado cumpre múltiplas funções, destacando-se as seguintes: favorece um melhor conhecimento, interpretação e aplicação do direito; contribui para a realização de reformas legislativas; é uma via de aperfeiçoamento, unificação e harmonização sistêmica; funciona como veículo para compreender os povos estrangeiros e fundamento para o estabelecimento de relações internacionais de cooperação e integração.

Por outro lado, Ana Luíza Coutinho (2003, p. 11) destaca que o direito comparado “corresponde a instrumento de juridicizar novas situações econômicas, políticas e sociais desencadeadas pela globalização”. Para a autora, não há como se considerar as mudanças

ocorridas no panorama mundial, nas últimas décadas, sem associá-las à globalização. Tal fenômeno atingiu o núcleo de todas essas transformações e teve por base a mundialização dos mercados consumidores e a reorganização do Estado voltada para a concepção do Estado mínimo.

Conforme ressalta Sacco (2001, p. 165), os modelos jurídicos mudam ininterruptamente, em uma lenta evolução ou por sobreposição global, ocorrendo mutações originais (as inovações), e as imitações. Segundo o autor, inovações de modelos jurídicos são feitas a todo instante, mas as únicas inovações relevantes são aquelas que “provêm de uma ‘autoridade’, ou que são feitas precisamente por uma ‘autoridade’, ou que encontrem imitadores e adquiram assim uma difusão generalizada” (SACCO, 2001, p. 167). Por outro lado, o citado autor ressalta a natureza da inovação é mais ambígua, pois, se encontrar imitadores, será uma descoberta e, se não os encontrar, será uma opinião isolada.

Aduz Sacco (2001, p. 168) que o surgimento de um modelo original é um fenômeno mais raro do que a imitação. Segundo esclarece, a originalidade nem sempre acompanhada da ressonância que suscita em torno de si. Sacco (2001, p. 170) destaca as imitações de modelos e de leis, além das imitações doutrinárias e as judiciais. Nesse último grupo, aponta as seguintes espécies de imitação: a) imitação direta de juízes por juízes; b) imitação através de intermediários; c) imitação através de intermediários quando a jurisprudência de um país vem ilustrada pela doutrina nacional. Trata-se, nesse caso, de uma imitação da doutrina de um segundo país, a qual produz uma ulterior recepção judicial. Segundo o autor, a exemplo das imitações doutrinárias, as imitações judiciais são um tanto independentes das correlações dos modelos legais dos países interessados.

Em sua análise, Sacco (2001, p. 181) esclarece que os raros casos de inovação criativa e original dependerão de uma escolha política consciente. Essa escolha é provocada pelas mudanças na escala de valores ou na ideologia, ou mesmo pela tomada do poder por detentores de ideologias diferentes e opostas àquelas até então vigentes. Inversamente, às vezes, a inovação é introduzida por fenômenos estruturais próprios de determinado sistema jurídico. Assim, a racionalização dos modelos jurídicos ocorre por assimilação (tratamento idêntico de casos adotados de um elemento analógico) e por dissimilação (tratamento diferenciado de casos dotados de um elemento distinto).

Por outra via, entre dois sistemas similares, verifica-se uma tendência à produção de influências e imitações mais intensas do que a existente entre sistemas muito diferentes. Já um sistema lacunoso será levado a imitações, quaisquer que sejam, para preencher-lhe o vazio. Destaca o autor a relação entre Direito, política e taxonomia: a regra ligada a uma escolha

política capaz de despertar o interesse dos cidadãos certamente pode circular. Mas a imitação está vinculada a uma condição precisa: a regra circula se a idéia política também circular. Frise-se, por fim, que alguns modelos são mais fáceis de serem observados e compreendidos. Porém, o entendimento do modelo a ser imitado necessita de certo conhecimento da língua em que ele se expressa (SACCO, 2001, p. 187).

Além da modificação do direito nacional, o direito comparado pode também trazer como resultado a uniformização do direito. Nesse aspecto, Sacco (2001, p.194) sublinha o crescimento de um “ardor universalístico” que nasceu quando o jurista tomou consciência das restrições que limitavam os seus horizontes. Tal fato ocorreu após a formação das barreiras nacionais e desenvolveu-se, sobretudo, quando se pensou que a uniformização estivesse chegando ao fim de um exame comparativo das soluções em questão, o qual teria premiado o modelo culturalmente sofisticado e socialmente mais evoluído.

Contudo, objeções têm sido levantadas à ideologia da unificação. Entre elas, destaca Sacco (2001, p. 194) o grau das possibilidades de evolução do modelo jurídico. Para o autor, quanto mais variados são os modelos jurídicos, mais numerosas serão as possibilidades de que, sobre a sua base, ulteriores modelos evoluídos sejam imaginados. Contrariamente, a unicidade da solução inicial comporta um quadro de possibilidades único. Porém, enfatiza o autor (2001, p. 197) que, dentro de certos limites, a unificação do direito é necessária. O problema é que, mesmo ocorrendo a unificação legislativa, restam as divergências de conceitos jurídicos. Nesse aspecto, Sacco (2001, p. 205) adverte que essa unificação necessita de categorias conceituais ordenadoras, que, em geral, são distintas de um país para outro. Nesse sentido, a tarefa da ciência seria relativizar e, depois, eliminar as oposições conceituais, o que, segundo ele somente poderá ser feito caso sejam adotados métodos de comparação sofisticados.

Por outro lado, é preciso ressaltar as críticas ao estudo comparativo. Segundo Ancel (1980, p 16), três críticas principais foram levantadas contra a pesquisa jurídica comparativa: a) o direito nacional seria suficientemente difícil de ser conhecido com clareza para que se pudesse harmonizar com os sistemas estrangeiros; b) o direito comparado seria uma fonte constante de confusão; c) o direito de um país faz parte do patrimônio nacional.

Várias também são as críticas também lançadas à denominação “direito comparado”. Nesse aspecto, Ancel (1980, p. 44) frisa que o direito comparado consiste fundamentalmente na constatação dos pontos comuns e das divergências existentes em dois ou mais direitos nacionais. Seria, assim, essencialmente um processo de comparação, o que provocaria

críticas à expressão “direito comparado” Assim, não haveria direito comparado no sentido em que se emprega normalmente em livros de direito civil, direito penal ou direito administrativo.

Ivo Dantas (1997, p. 233-234), em abrangente apanhado na doutrina estrangeira, destaca que a expressão é criticada, entre outros, por autores como Pierre Arminjon, Baron Boris Nolde, Martin Wolff e Alberto Tripiccone. Esse último prefere substituir a expressão “direito comparado” por “comparação jurídica”.

Para os citados autores, a expressão “direito comparado” é equívoca, e, neste sentido, Ancel (1980, p. 44) assinala que a expressão alemã *Rechtsvergleichung* ou “comparação de Direitos” seria preferível. Nesse mesmo sentido é a lição de Cañizares (1954, p. 95), para quem a expressão “Direito comparado” é inadequada e confusa, apontando como mais apropriada a expressão em alemão. Convém frisar, porém, que os termos *Direito comparado*, *diritto comparato*, *derecho comparado*, *comparative law* são tão correntes no campo jurídico que seria difícil modificá-los. Há que se evitar, contudo, o uso da denominação substitutiva “legislação comparada”. Conforme menciona Cañizares (1954, p. 96), o seu sentido restritivo é insuficiente, pois o termo “direito” é mais amplo que “legislação”.

A distinção entre direito comparado e direito estrangeiro é que o primeiro vai além do estudo e da descrição das leis estrangeiras. Um estudo de Direito estrangeiro, o mais completo possível, é indispensável antes de se fazer uma comparação propriamente dita. Nesse sentido, devem ser evitadas aproximações levadas a efeito por abordagens horizontais, sem um estudo vertical suficiente. Ancel (1980, p. 105) anota que o direito comparado está na dependência dos estudos de direito estrangeiro e que o direito estrangeiro é a matéria-prima do Direito comparado.

Willis Santiago Guerra Filho (1998, p. 329) afirma que existem três sentidos principais da expressão “direito comparado”. No primeiro sentido, dito larguíssimo, são feitas referências à literatura estrangeira nos livros e peças processuais, como se fosse uma fonte do direito nacional, sem a necessária consciência metodológica. No segundo sentido, aparece a comparação *lato sensu*, que ocorre quando o estudo comparativo analisa institutos a partir de países que pertencem à mesma família jurídica. No terceiro sentido, surge a comparação *strictu sensu*, que leva em conta o direito de países de famílias distintas. O citado autor aponta ainda outros sentidos do direito comparado. Assinala, por exemplo, a chamada comparação em sentido amplo, que se refere à comparação histórica e à comparação intrassistêmica. Esta, por sua vez, pode ser diacrônica – comparando-se institutos do mesmo sistema do ponto de

vista histórico - e sincrônica – comparando-se institutos em vigor concomitantemente no mesmo sistema.

1.1.2 Direito comparado: método ou ciência?

É importante salientar que o estudo do direito comparado deve ser cuidadosamente levado a efeito a partir de métodos rígidos de cientificidade. Do contrário, podem ocorrer falácias¹¹ no decurso da argumentação jurídica, através da transplantação de conceitos jurídicos de outros países que não podem ser “importados”¹².

Nesse aspecto, Sacco (2001, p. 48) esclarece que a experiência comparatista necessita da experiência antropológico-jurídica. Acrescenta o autor que o jurista da sociedade tecnologicamente avançada é dominado pela idéia de um direito criado mediante um procedimento artificial, enquanto o direito tradicional seria, contrariamente, espontâneo. Tal espontaneidade, segundo o autor, não exige o pesquisador de analisar os elementos que intervêm na sua formação. Todavia, exclui qualquer intervenção decisional de uma autoridade, e qualquer requisito que venha a limitar o poder de escolha da sociedade.

No direito comparado, coexistem certezas e incertezas. De acordo com Constantinesco (1998, p. 261), existem controvérsias a serem assinaladas. A primeira refere-se à própria definição do direito comparado. As tentativas de determinar o direito comparado mediante uma definição resultaram infrutíferas, pois as diversas mudanças de rota que o direito comparado sofreu no curso da sua história justificam a multiplicidade de definições¹³. Dessa forma, nenhuma definição conseguiu se impor sozinha, o que ocorreu por vários motivos¹⁴ (CONSTANTINESCO, 1998, p. 264).

¹¹ Falácia é um argumento logicamente inconsistente, inválido, ou que seja falho de outro modo no suporte eficaz do que pretende provar.

¹² Nesse sentido, cita-se, a título de exemplo, a “falácia da reserva do possível” anotada por Andréas Krell (2002, p. 51). Refere o autor que a teoria da reserva do possível, que visa a impedir a efetivação judicial dos direitos sociais, foi transplantada do direito alemão sem o devido cuidado, tendo em vista que “não observou as circunstâncias particulares de um contexto cultural e sócio-econômico diferente”.

¹³ Constantinesco (1998, p. 272) apresenta as seguintes definições: Ciência destinada a descobrir as leis de desenvolvimento da humanidade, as regras de evolução dos direitos; biologia universal das leis; ciência dos fenômenos jurídicos, instrumentos suscetíveis de elaborar um história comparada ou de colher os princípios universais do direito positivo, de classificar as instituições para servir a teoria geral do direito, de melhorar o direito no plano legislativo, judiciário ou prático; método que permite ver como os outros modelos resolvem os mesmos problemas, descobrir o perfil ideal das instituições jurídicas, evidenciar a base comum necessária para a unificação interna ou internacional ou a base comum da humanidade civilizada; instrumento de apoio ao direito internacional privado, à sociologia jurídica ou à filosofia do direito.

¹⁴ O primeiro motivo apontado por Constantinesco (1998, p. 265) é que cada uma destas definições possui somente um valor parcial. Outra causa é que existem numerosas funções relativas ao âmbito das pesquisas e aos objetivos do direito comparado

Não se pode negar que, como método, a comparação é aplicável a todos os campos das ciências sociais e humanas e a todas as disciplinas jurídicas. Porém, caso se utilize o método comparativo para verificar alguma hipótese ou para explicar as leis de evolução da humanidade ou do direito, não se cria uma filosofia comparada do direito como ciência autônoma, aplicando-se tão-somente o método comparativo neste âmbito (CONSTANTINESCO, 1998, p. 275).

Constantinesco (1998, p. 280) aponta três correntes básicas sobre a “cientificidade” do direito comparado: a primeira afirma que esta distinção tem somente um interesse acadêmico; a segunda entende que o direito comparado é somente um método; a terceira se pronuncia no sentido de que o direito comparado é somente ou “também” uma ciência autônoma.

Para a primeira corrente, a controvérsia sobre a natureza do direito comparado é teórica e estéril, porque não tem importância prática. A segunda corrente, consoante ressalta Constantinesco (1998, p. 286), afirma, de forma evidente ou subentendida, que o direito comparado é somente um método especial: o método comparativo. A terceira corrente, por seu turno, considera o direito comparado uma ciência autônoma ou, também, um método e uma disciplina independente.

Dentre tantas teorias, surge a idéia de que o direito comparado é uma disciplina metodológica¹⁵. Trata-se de uma disciplina essencial para a efetiva compreensão do fenômeno jurídico, pois as análises do direito comparado possuem uma base metodológica capaz de fornecer um caráter universal à ciência¹⁶ do direito.

Willis Santiago Guerra Filho (2001) destaca que um estudo jurídico com pretensão de cientificidade deve partir de um processo investigativo com base em um método científico¹⁷. Esse método terá como pressuposto problemas jurídicos¹⁸, cujas respostas são as

¹⁵ Nesse ponto, vale lembrar a lição de Guerra Filho (2001) ao afirmar que o direito comparado é reconhecidamente uma disciplina metodológica, sua função essencial é emprestar ao direito o caráter universal de toda ciência. Isso geraria um melhor conhecimento do direito nacional, bem como o aperfeiçoamento da linguagem jurídica, por favorecer a formação de uma terminologia aceita internacionalmente, de forma semelhante ao que ocorre nos demais ramos do conhecimento.

¹⁶ Ciência pode ser entendida como o conjunto de conhecimentos ordenados, válidos, relacionados e sistematizados (SERRANO, 2006, p. 21).

¹⁷ Uma pesquisa parte de um processo de investigação, que consiste na atividade crítica e criativa voltada para a formação do conhecimento científico. Esse processo ocorre a partir de um método, precisamente, o método científico. É o conjunto de procedimentos que possibilitam o conhecimento da realidade e a solução de problemas científicos. (SERRANO, 2006, p. 21)

¹⁸ Segundo Marconi (2001, p. 45), a formulação do problema prende-se ao tema proposto. Porém, para ser cientificamente válido, deve ser enunciado em forma de pergunta. Deve constituir-se em questão científica, podendo ser objeto de investigação sistemática, controlada e crítica.

hipóteses¹⁹ suscitadas pelo investigador, que deverão ser aferidas segundo uma base empírica, especificamente, a experiência jurídica. Dentro do contexto da experiência jurídica, o direito comparado entra em cena, na medida em que possibilita a comparação de ordenamentos jurídicos, buscando auxiliar na validação ou não das hipóteses suscitadas como resposta ao problema²⁰.

1.1.3 Condições preliminares da pesquisa comparativa

Segundo Ancel (1980, p. 111) existem precauções a serem tomadas e problemas preliminares a serem resolvidos antes do desenvolvimento de uma pesquisa comparativa. Entre essas precauções, assinala inicialmente a questão da língua, os problemas da linguagem técnica, a necessidade de não se confiar nas traduções e o cuidado especial que se deve ter com os falsos cognatos.

Ainda como precaução, Ancel (1980, p. 112) sublinha a necessidade de se conhecer a estrutura do direito estrangeiro estudado, suas divisões, seus modos de administração e seu sistema de referências. Destaca também a importância de se conhecer sobre o funcionamento efetivo do sistema, do meio social, da influência da religião etc. Nessa mesma direção, Henri Capitant (1951, p. 47) acrescenta que o pesquisador deve evitar o estudo de direito comparado envolvendo um grande número de legislações distintas, tendo em vista o risco de ser superficial nas análises.

Ao lado das precauções já mencionadas, Ancel (1980, p. 113) aponta outras questões prévias, concernentes à determinação do campo do estudo comparativo e à escolha das fontes de informação. O autor afirma que o estudo comparativo pode versar sobre uma regra precisa

¹⁹ Marconi (2001, p. 46) afirma que as hipóteses são as respostas prováveis, supostas e provisórias ao problema formulado no trabalho científico.

²⁰ Eis, aí, a importância do direito comparado para a cientificidade da Ciência do direito. Esse tema foi resumido de forma lapidar por Willis Santiago Guerra Filho (2001): “um estudo científico do direito (...) deve partir de problemas, e problemas de um determinado tipo, problemas jurídicos, que envolvem a regulamentação da conduta dos indivíduos em face uns dos outros, de modo particularmente vinculante. Para solucionar tais problemas, se devem suscitar hipóteses, cuja validade haverá de se poder aferir, referindo-as a uma base empírica. Em direito, essa empiria é constituída pela experiência jurídica, acumulada historicamente, no trato de problemas semelhantes. Essa experiência tanto pode ser captada sincronicamente, no direito vigente em nosso País e em outros (direito comparado), como diacronicamente, em épocas anteriores (história do direito). Como fonte dessa experiência tem-se não só a legislação, mas também a jurisprudência e a doutrina. Decisivo, porém, é que a solução, advinda do confronto entre a hipótese de trabalho com o material empírico utilizado, seja compatível com o ordenamento jurídico positivo no âmbito do qual trabalha o pesquisador, para que ele mantenha o compromisso básico, responsável pela classificação de seu trabalho científico como jurídico, ou melhor, “dogmático-jurídico”. Há ainda uma outra dimensão, fundamental para que se atinja a cientificidade desejável em uma pesquisa, que diz respeito à comunicação intersubjetiva dos resultados obtidos com a pesquisa. (...) Finalmente, uma pesquisa jurídica em sentido estrito, para sê-lo plenamente, haverá de se defrontar com o aspecto valorativo da matéria estudada”.

ou sobre uma questão resolvida em princípio por regras limitadas. Frisa, ainda, que esse estudo pode, também, ter por objeto a análise de uma instituição comum, o que traz a necessidade de qualificação prévia do que seria a referida instituição em cada país. Sublinha ainda a necessidade de se limitar o âmbito horizontal do estudo, de forma que o estudioso pode levar em consideração apenas o direito de dois países ou fazer a comparação de blocos jurídicos distintos.

1.1.4 Estrutura dos ordenamentos jurídicos

Um ordenamento jurídico, consoante destaca Constantinesco (1998, p. 331), é a soma das normas, princípios e conceitos jurídicos aplicáveis no âmbito de uma sociedade. Porém, tais elementos não se relacionam de uma forma horizontal e igualitária. Ao contrário, a relação entre os elementos que o compõem é variável. Com essa visão, o autor conceitua os elementos determinantes de um ordenamento jurídico como aqueles que constituem a estrutura principal, enquanto os elementos fungíveis são aqueles periféricos.

Oswaldo Castro Júnior (2003, p. 1) também indica os elementos determinantes e os elementos fungíveis. Os primeiros determinam a estrutura fundamental da ordem jurídica. Assim, modificá-los ou trocá-los significa alterar o perfil da ordem jurídica na qual atuam; os elementos fungíveis, por seu turno, podem ser retirados ou modificados sem alterar os fundamentos da ordem jurídica.

Constantinesco (1988, p. 332) enfatiza que os elementos determinantes têm um significado ideológico e teleológico. Dessa forma, exprimem, individualmente e, sobretudo, conjuntamente, os “sistemas de princípios e de valores e as finalidades teleológicas da ordem jurídica”. Em seguida, destaca a importância da distinção entre os elementos determinantes e os fungíveis para efeito do estudo do direito comparado. Segundo o autor, essa distinção permite identificar as estruturas essenciais, ou seja, o núcleo central dos fatores que caracterizam a morfologia específica dos ordenamentos jurídicos. Com tal perspectiva de separação entre elementos determinantes e fungíveis, passa-se da microcomparação para a macrocomparação, ou seja, da comparação de elementos fragmentários para a comparação do próprio ordenamento jurídico.

Um aspecto relevante no estudo do direito comparado é, portanto, a divisão entre micro e macrocomparação. O objeto da microcomparação, segundo Castro Júnior (2003, p. 1) é fazer observações parciais de partículas elementares ou microelementos que formam as

ordens jurídicas. É preciso, contudo, reduzir a multiplicidade de ordens jurídicas, enquadrando-as, classificando-as e ordenando-as em novas categorias. Por seu turno, a macrocomparação tem como objeto o estudo de duas ou mais estruturas jurídicas²¹.

Dada a importância da enumeração dos elementos determinantes, bem como de suas características, Constantinesco (1998, p. 334) afirma que os elementos determinantes mais importantes parecem ser a “concepção” e o “papel do Direito”, no âmbito do ordenamento jurídico considerado. O segundo elemento determinante é a “ideologia” ou “doutrina”, oficial ou não. O terceiro diz respeito às relações de incerteza existentes entre o “dado” e o “construído”, as quais podem ser variáveis (como no sistema europeu e anglo-americano) ou podem ser invariáveis (como no modelo soviético). O quarto elemento determinante, segundo o autor, é a “constituição econômica” da respectiva ordem jurídica. O quinto envolve a “concepção” e o “papel” do Estado, o sexto expressa a “função do Estado em suas relações com o direito”, o sétimo envolve as “fontes do direito” e o oitavo está na “interpretação das leis e do direito”. Finalmente, o último elemento determinante reside nas “noções e nas categorias jurídicas fundamentais”. Aduz o autor, porém, que, ao lado desses elementos determinantes gerais, podem ocorrer elementos específicos de determinado ordenamento jurídico.

Segundo Constantinesco (1998, p. 337), as principais características dos elementos determinantes são “a unicidade, o fato de ser insubstituível, seu caráter determinante e sua complexidade”. A unicidade resulta do fato de que cada elemento determinante e a solução que ele propõe são únicos para o respectivo ordenamento. O caráter insubstituível, por seu turno, significa que cada ordem jurídica deixaria de ser o que é sem os respectivos elementos determinantes. Substituir um elemento por outro significaria necessariamente uma mudança do perfil de dado ordenamento. Já o caráter determinante significa que os elementos determinantes influenciam, de modo direto ou indireto, a totalidade ou a maior parte das outras partículas. Por fim, a complexidade, é explicada a partir da complementaridade e da estreita ligação que existe entre os elementos determinantes.

Assim, Constantinesco (1998, p.338) distingue os elementos determinantes dos fungíveis. Esses últimos são acessórios e caracterizam-se pela pluralidade de soluções. Além

²¹ Como exemplos de macrocomparação, cita Castro Júnior (2003, p. 1) os estudos comparados dos sistemas judiciais de dois países, dos sistemas partidários e dos sistemas eleitorais. Como exemplo de microcomparação, cita a comparação das leis de organização judiciária de um sistema judicial.

disso, estão fracamente interligados com o ordenamento jurídico como um todo, de forma que são substituíveis²².

A análise comparativa, conforme assinala Castro Júnior (2003, p. 1) tem uma natureza de inevitável tensão dialética. Significa que os elementos determinantes devem ter um ponto de identidade ou similaridade para que a comparação seja significativa. Esclarece o autor que a análise comparativa não tem significado quando em condições de absoluta identidade ou diferença. Afinal, a tarefa do comparativista é fazer a comparação entre semelhança e diferença, e divergência e convergência, a fim de contribuir para o entendimento ou reforma do mencionado elemento do sistema.

1.1.5 Métodos de comparação

Cada categoria de problemas comparativos exige um método apropriado. Nesse sentido, Edivaldo Boaventura (2004, p. 105) esclarece que não é possível estabelecer regras fixas e invariáveis sobre o método a ser utilizado em pesquisas de direito comparado. Com efeito, a utilização de determinado método depende das fontes de informação disponíveis. Ao mesmo tempo, no plano metodológico, os diferentes métodos existentes estão ainda em estágio de experimentação.

Discorrendo sobre os métodos existentes em direito comparado, Ancel (1980, p. 115) chama a atenção para o método em ação que se esforça para visualizar o sistema em sua realidade funcional e operacional, porque muitas vezes o direito legislado não corresponde ao direito concretamente aplicado. Para resolver esse impasse, Ancel (1980, p. 117) afirma que os comparativistas empregam, seguidamente, o procedimento do questionário, endereçado pelo pesquisador de um país a um jurista ou a um organismo qualificado do país do qual ele deseja conhecer o direito positivo em seu funcionamento real.

O método do questionário, contudo, não é imune a críticas. Uma delas, segundo Ancel (1980, p. 118), está no fato de que o questionário é geralmente redigido em função do

²² Estabelecida a diferenciação entre elementos determinantes e fungíveis, importa destacar que os ordenamentos jurídicos estão longe de se opor uns aos outros de maneira total ou ponto por ponto. Assim, conforme destaca Constantinesco (1998, p. 340), o problema é saber através de quais elementos esses ordenamentos se assemelham ou se contrapõem. O fato de dois ordenamentos pertencerem a sistemas jurídicos distintos não significa que eles se contraponham em todos os elementos determinantes. Segundo Constantinesco (1998, p. 341) o que é essencial para se estabelecer a relação entre dois ordenamentos não são os pontos em comum nem divergentes, mas “são os elementos sobre os quais se baseiam as semelhanças e os fatores sobre os quais se apóiam as divergências”.

sistema próprio do seu redator, de forma que pode não ser perfeitamente entendido pelo destinatário.

Ancel (1980, p. 119) assinala que a comparação pode se situar em três níveis básicos: da regra de direito, da instituição e do sistema. A evolução do primeiro ao terceiro nível aumenta a complexidade, mas, ao mesmo tempo, diminui os riscos da comparação. No que concerne à utilização dos diferentes métodos existentes, destaca que deve ser adotado, para cada nível, um método diferente.

No nível da regra de direito, ressalta Ancel (1980, p. 120) que o método é, antes de tudo, informativo ou descritivo, buscando-se fazer o seu inventário ou redigir seu catálogo. No nível da instituição, o método será principalmente técnico, ou, em alguns casos, tecnicista. Já no nível do sistema, a informação, que era inicialmente necessária, não é mais suficiente, aplicando-se o método estrutural. O autor observa, porém, que em vez de tomar abstratamente, como ponto de partida, a regra, a instituição ou mesmo o sistema, pode-se partir, de maneira mais concreta, de uma situação determinada. Trata-se, segundo o autor, da *law in action* e não da *law in the books*. Esse método é também denominado de funcional.

Erp (1999, p. 3), analisando a perspectiva moderna do direito comparado, aponta os estudos de Kokkini-Latridou e de Zweigert e Kotz sobre o tema. Em relação à teoria desenvolvida por Kokkini-Latridou, esclarece que a autora divide o processo do estudo comparativo em três estágios: a verificação das similaridades e diferenças; a explicação dessas similaridades e diferenças; a avaliação dos resultados do estudo.

Ainda sob uma perspectiva moderna do direito comparado, Erp (1999, p. 4) destaca os estudos de Zweigert e Kötz. Para eles, embora a lei possa diferir consideravelmente de um país para outro, as mesmas soluções são comumente encontradas para os problemas similares, principalmente no direito privado. A similitude é tão grande que os autores citados falam em *praesumptio similitudinis*, mas, ao mesmo tempo, advertem que é necessária a devida cautela na análise dos resultados alcançados.

Em sua análise, Erp (1999, p. 6) afirma que se pode repensar o método em direito comparado a partir da perspectiva da filosofia pós-moderna²³. Segundo ele, pode-se vislumbrar o direito comparado a partir da perspectiva do pesquisador, considerando,

²³ Por pós-modernismo, Erp (1999, p. 6) entende as quatro características da era atual: o pluralismo, a comunicação, a narrativa e o retorno dos sentimentos. Pluralismo significa que devem ser evitadas as posições absolutas. Comunicação, ou a necessidade de contato, refere-se à explosão do crescimento dos meios de comunicação. A narrativa está no fato de que as noções abstratas não são mais convincentes, havendo o crescimento de idéias concretas. Por fim, o retorno dos sentimentos expressa a importância dada mais uma vez ao irracional e às emoções.

sobretudo, como fatores essenciais, sua personalidade e autoconhecimento. Conclui que o estudo de direito comparado requer um profundo conhecimento do direito estrangeiro.

Uma análise sobre os métodos utilizados em direito comparado não pode olvidar o método funcional. Com efeito, o método funcional nas análises de direito comparado vem, cada vez mais, sendo discutido no âmbito da teoria do direito. Nesse sentido, Durham (2007, p. 2) destaca o intenso debate metodológico que vem sendo travado sobre o tema, ressaltando que não existe um método funcional, mas vários²⁴. Enfatiza também que muitos dos alegados “métodos funcionais” não podem ser reconhecidos nessa categoria.

Durham (2007, p. 2), aponta alguns pontos comuns nos métodos funcionais. O primeiro é que esse método foca sua atenção não nas regras, mas nos efeitos; não nas estruturas doutrinárias e argumentos, mas nos eventos. Como consequência, normalmente seu objeto envolve decisões judiciais. O segundo ponto ressaltado por Durham (2007, p. 2) é que o método funcional combina sua abordagem factual com a teoria de que os fatos devem ser entendidos sob a luz de suas relações funcionais com a sociedade, já que o direito não pode ser separado desta última.

O terceiro ponto é que a função, por si mesma, serve como uma terceira comparação. Isto porque as instituições, quer sejam legais ou não, são comparáveis se são funcionalmente equivalentes e se desempenham funções semelhantes em diferentes sistemas legais. O quarto e último ponto é que o método funcional pode servir como um critério de avaliação. Dessa forma, os comparatistas que seguem o método podem encontrar o “melhor direito”, pois o melhor de vários direitos seria aquele que preenche sua função melhor que os demais.

Durham (2007, p. 19) aponta sete funções do método funcional: a função epistemológica de entender as leis e instituições; a função comparativa; a função de enfatizar as similitudes; a função formal de construir o sistema; a função avaliativa de determinar o melhor sistema; a função universalizante de preparar a unificação de direitos e a função crítica de manejar instrumentos para a crítica do direito.

²⁴ Durham (2007, p. 5-16) ressalta diferentes conceitos de funcionalismo, tais como o finalismo, o funcionalismo clássico, o instrumentalismo, o funcionalismo refinado, o funcionalismo epistemológico e o funcionalismo de equivalência. O autor dá especial destaque a esse último subtipo, pois é o que tem uma base mais robusta no âmbito da sociologia. Além disso, representa o elemento central do funcionalismo no direito comparado, tal como desenvolvido por Zweigert, mais precisamente, a equivalência funcional. O funcionalismo de equivalência, segundo Durham (2007, p. 15), explica um instituto como uma possível, mas não necessária, resposta a um problema, como uma solução contingencial entre várias possibilidades. Como consequência, a especificidade de um sistema na apresentação de certos problemas universais centra-se na sua decisão por uma entre as outras soluções funcionalmente equivalentes.

Expostas essas premissas metodológicas, passa-se, no item seguinte, a analisar o problema abordado na presente tese e a natureza do estudo.

1.2 O problema da tese e a natureza do estudo

A presente tese procura resolver a seguinte questão: Como tratar, no contexto do capitalismo pós-industrial e a partir do sistema jurídico constitucional brasileiro, as relações trabalhistas não-empregatícias?

Tradicionalmente, os direitos trabalhistas eram destinados apenas aos empregados subordinados juridicamente, não abrangendo os trabalhadores em sentido amplo. Contudo, a revolução tecnológica e evolução da economia na sociedade pós-industrial mudaram as relações de trabalho a ponto de hoje a relação de emprego não ser mais a relação típica de trabalho. Como, então, estabelecer o regime jurídico a que estão sujeitos tais trabalhadores? A partir da perspectiva dos direitos fundamentais e buscando subsídios no direito estrangeiro, este estudo apresenta um anteprojeto de fixação do estatuto do trabalhador autônomo economicamente dependente.

Destaque-se que a análise do tratamento jurídico dos trabalhadores autônomos nos países europeus de tradição romano-germânica demonstra uma crescente preocupação com tal categoria de trabalhadores. Esse fato ensejou diversos diplomas legislativos específicos os quais serão analisados no capítulo 4. Tal tendência de ampliação da proteção vem a demonstrar a necessidade de uma especial proteção no direito brasileiro. Essa preocupação é objeto do capítulo 5 da tese, a partir de uma perspectiva constitucional de efetivação dos direitos fundamentais trabalhistas e, no capítulo 6, a partir da proposta de alteração legislativa ali apresentada.

Assim, conforme demonstrado nas premissas metodológicas, esta tese não formula estudo de direito comparado em seu sentido estrito. Em sua essência, procura subsídios no direito estrangeiro com o objetivo de melhor formular o estatuto do trabalhador autônomo economicamente dependente exposto no apêndice. Ademais, não se trata de pesquisa centrada no direito do trabalho, mas sim na hermenêutica constitucional concretizadora dos direitos fundamentais, que é o referencial teórico de todo trabalho.

1.3 Estrutura da tese

Para se atingir o objetivo proposto de se firmar o regime jurídico aplicável aos trabalhadores autônomos economicamente dependentes, dividiu-se o trabalho em cinco capítulos, sendo, ao final, formuladas algumas conclusões. No capítulo 2, cuida-se da definição dos direitos fundamentais, sua evolução histórica, conteúdo e classificação. O capítulo procede, ainda, ao estudo da necessidade de uma hermenêutica constitucional concretizadora. Para tanto, empreende análises sobre a evolução do raciocínio judicial, abordando desde a perspectiva do direito natural até as perspectivas pós-positivistas. Procura, assim, fixar o marco teórico dos direitos fundamentais como pressuposto para a consagração da tutela jurídico-trabalhista aos trabalhadores em sentido amplo.

No capítulo 3, procede-se à análise do direito do trabalho no mundo, dentro do contexto de uma sociedade globalizada. Nesse sentido, é apresentado um panorama da sua crise atual e das sugestões de solução apresentada pelos estudiosos do direito do trabalho.

O quarto faz um estudo do direito estrangeiro, a partir da verificação das características gerais que diferenciam os países de tradição romano-germânica. Para melhor contextualizar esse estudo, analisa-se a regulação jurídica dos trabalhadores autônomos economicamente dependentes em Portugal, Espanha, Itália e Alemanha.

O quinto capítulo ocupa-se da aplicação dos direitos fundamentais trabalhistas na relação jurídica com os trabalhadores autônomos economicamente dependentes. Essa aplicação é feita a partir de uma hermenêutica constitucional concretizadora capaz de promover a adequada proteção social a essa classe de trabalhadores, independentemente de alteração legislativa.

No sexto capítulo, procede-se à proposta de alteração legislativa e criação do Estatuto do Trabalhador Autônomo Economicamente Dependente. Esse Estatuto foi elaborado pela autora e consta, em seu inteiro teor, na parte final da tese. Além disso, procede-se a uma análise pormenorizada de seu conteúdo e forma de aplicação.

Por fim, no tópico relativo às conclusões, são ressaltados os pontos primordiais de todo o texto e mencionados os resultados alcançados no estudo.

O trabalho apresenta, ainda, um apêndice com o anteprojeto de lei elaborado pela autora e diversos anexos apresentando o inteiro teor de normas de direito estrangeiro e tratados internacionais que foram objeto de referência no decorrer da tese.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E RELAÇÕES DE TRABALHO

O presente capítulo discorre sobre os direitos fundamentais, com o objetivo de situar a discussão da questão relativa aos direitos do trabalhador dentro do contexto constitucional que lhe é inerente. Nesse sentido, apresenta, inicialmente, a definição dos direitos fundamentais. Em seguida, analisa-se a fundamentação filosófico-jurídica dos direitos fundamentais, bem como a evolução histórica de seu reconhecimento. Aborda-se o conteúdo essencial e a classificação dos direitos fundamentais, destacando-se o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos trabalhistas fundamentais. O capítulo trata ainda da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, em especial a sua aplicação nas relações de trabalho, bem como da necessidade de fixação de parâmetros para isso. Em sua parte final, correlaciona o direito do trabalho com os direitos fundamentais.

2.1 Definição dos direito fundamentais

Conceituar o que sejam direitos fundamentais é uma tarefa particularmente difícil, tendo em vista a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no desenvolvimento histórico. Essa dificuldade aumenta pelo fato de se empregarem várias expressões para designá-los, como direitos naturais, direitos humanos, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais etc.

Consoante assinala José Afonso da Silva, a expressão “direitos naturais” refere-se “àqueles inerentes à natureza do homem; direito inatos que cabem ao homem só pelo fato de ser homem”. Já a expressão “direitos humanos” é preferida nos documentos internacionais, sendo, entretanto, pouco usada na doutrina, salvo para referir-se aos direitos civis ou liberdades civis. Os direitos públicos subjetivos constituem “um conceito técnico-jurídico do Estado Liberal, preso, como a concepção de direitos individuais, à concepção individualista do homem. Liberdades fundamentais ou liberdades públicas são expressões ligadas à concepção dos direitos públicos subjetivos e direitos individuais” (SILVA, 2005, p. 55).

Sarlet (2006, p. 35-37) estabelece a distinção entre “direitos fundamentais”, “direitos humanos” e “direitos do homem”. Segundo o autor, o termo direito fundamental se aplica àqueles direitos do ser humano reconhecidos na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, enquanto a expressão “direitos humanos” é empregada nos documentos

de direito internacional, por referir-se às posições jurídicas atribuídas ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação a determinado Estado. Já a expressão “direitos do homem” é, para o autor, marcadamente jusnaturalista, vinda de uma fase que precedeu o reconhecimento dos direitos no âmbito do direito positivo interno e internacional.

Comentando a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, a partir do grau de concreção positiva dos direitos, Perez Luño (2005, p. 46) assinala que, nos usos lingüísticos, políticos e comuns, a expressão “direitos humanos” aparece como um conceito de contorno mais amplo que “direitos fundamentais”. Consagra-se como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências humanas de liberdade, dignidade e igualdade.

Alexy (2003, p. 27) formula críticas à definição dos direitos fundamentais como direitos humanos transformados em direito constitucional positivo. Justifica que a debilidade mais significativa dessa conceituação deriva da indeterminação do conceito dos direitos humanos. Para ele, os direitos fundamentais devem representar direitos humanos transformados em direito positivo. Para Alexy (2003, p. 28), os catálogos de direitos fundamentais das diversas constituições representam intenções de atribuir uma dimensão positiva aos direitos humanos.

A expressão “direitos fundamentais”, consoante assinala José Afonso da Silva (2005, p. 56) não significa uma esfera privada contraposta à atividade pública, mas sim uma “limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem”. Da definição exposta pelo autor, verifica-se sua posição no sentido de limitar a expressão ao campo de abrangência da proteção dos particulares contra o Estado.

Uma noção mais atualizada dos direitos fundamentais, porém, conduz à conclusão de que estes representam a constitucionalização dos direitos humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história e que são reconhecidos como condição para o exercício dos demais direitos. Haveria, dessa forma, “um conteúdo mínimo de direitos fundamentais que caracterizam o direito de um Estado Democrático” (SAMPAIO, 2006, p.17).

Alexy (2003, p. 21) apresenta três conceitos de direito fundamental, que separa em concepções formal, material e procedimental. A concepção formal, segundo o autor, baseia-se na maneira como está disposta a normatividade de direito positivo dos direitos fundamentais. Assim, direitos fundamentais são todos aqueles catalogados expressamente como tais na Constituição. Trata-se de uma definição simples, porém, como o próprio Alexy (2006, p. 21) alerta, insatisfatória. Assim, conclui o autor (2006, p. 23) que os conceitos

formais de direitos fundamentais referidos a catálogos consagrados nas normas constitucionais podem ser úteis do ponto de vista prático, mas, em seu cerne, deve haver sempre um conceito material de direito fundamental.

A concepção material dos direitos fundamentais, segundo Alexy (2003, p. 27), pressupõe a existência de diversos tipos de direitos fundamentais que possam ser correlatos a diferentes concepções de Estado. Assim, por exemplo, para o Estado Burguês, direitos fundamentais seriam os direitos liberais do indivíduo, o que exclui as ações positivas do Estado.

A concepção procedimental exposta por Alexy (2003, p. 29) aponta para uma definição formal a partir da qual se estabelece que as decisões do parlamento não podem ser tomadas por maioria simples, exigindo-se quoruns privilegiados para sua modificação.

Para Luño (2005, p. 20) os direitos fundamentais se apresentam na norma constitucional como um conjunto de valores objetivos básicos e, ao mesmo tempo, como o marco de proteção das situações jurídicas subjetivas. Esclarece que, em sua significação objetiva, os direitos fundamentais representam o resultado do acordo básico das diferentes forças sociais, obtido a partir de relações de tensão e dos subseqüentes esforços de cooperação despendidos com a finalidade de metas comuns. Ainda segundo o autor, em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais determinam o estatuto jurídico dos cidadãos, tanto em suas relações com o Estado, como nas suas relações entre si.

Por fim, conclui Luño (2005, p. 25) que, no horizonte do constitucionalismo atual, os direitos fundamentais desempenham uma dupla função: no plano subjetivo, seguem atuando como garantias da liberdade individual, a que se agrega a defesa dos aspectos coletivos e sociais de sua subjetividade; já no plano objetivo, assumiram uma dimensão institucional a partir da qual seu conteúdo deve funcionalizar-se para a consecução dos fins e valores constitucionalmente proclamados.

Arion Romita (2005, p. 36) define direitos fundamentais como aqueles que, “em dado momento histórico, fundados no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, asseguram a cada homem as garantias de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça”. Para o autor, este é o núcleo essencial da noção de direitos fundamentais, podendo ser acrescentadas as notas acidentais de exigência do respeito a essas garantias por parte dos demais homens, dos grupos e do Estado, bem como a possibilidade de postular a efetiva proteção do Estado em caso de ofensa.

Segundo José Afonso da Silva (2005, p. 58), os direitos fundamentais teriam os seguintes caracteres: historicidade; imprescritibilidade; irrenunciabilidade. Em seu caráter

histórico, os direitos fundamentais rechaçam qualquer fundamentação no direito natural. São imprescritíveis dada a sua natureza de direitos personalíssimos de natureza em geral não patrimonial, como também irrenunciáveis, embora possam deixar de ser exercidos.

Dentro do extenso conjunto de teorias para a indicação do conceito e conteúdo dos direitos fundamentais, fica claro o caráter histórico dos mesmos. Foram, inicialmente, concebidos como direito de defesa frente ao Estado e, posteriormente, ampliados aos direitos de prestações positivas pelo Estado. No conceito atual dos direitos fundamentais, não há como esquecer a sua eficácia privada, máxime nas relações hierárquicas, como é o caso dos vínculos trabalhistas. De igual forma, ínsito ao conceito dos direitos fundamentais está o seu reconhecimento pelo Estado tendo em vista sua fixação na Constituição.

Grande discussão existe em torno do reconhecimento do caráter relativo ou universal dos direitos fundamentais. Nesse aspecto, Flávia Piovesan (2007, p. 148) assinala as fortes resistências que o universalismo dos direitos humanos sofre dos adeptos do movimento do relativismo cultural. Para os relativistas, a noção de direito está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural social e moral vigente em determinada sociedade, de forma que cada cultura possuiria seu próprio discurso em relação aos direitos fundamentais. Os universalistas, por seu turno, demonstram que a posição relativista revela um esforço de justificar graves casos de violações dos direitos humanos, que ficariam imunes ao controle da comunidade internacional em razão do argumento do relativismo cultural (PIOVESAN, 2007, p. 151).

Nesse debate entre universalistas e relativistas, parece assistir razão a Boaventura de Souza Santos (1997, p. 114) para quem os direitos humanos devem ser reconceitualizados como direitos multiculturais. Para o autor, o multiculturalismo é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local. A concepção multicultural seria consequência de um intercâmbio entre as culturas, conscientes de que, embora tenham concepções distintas sobre a dignidade humana, estas são sempre incompletas. Essa consciência da incompletude levaria ao diálogo, o qual levaria à concepção multicultural, defendida pelo autor.

Expostas várias questões problemáticas sobre o tema, pode-se fixar, a partir do conteúdo mínimo aqui destacado, que direitos fundamentais são direitos subjetivos historicamente reconhecidos pelo Estado que visam a assegurar a dignidade da pessoa humana, quer pelo respeito às liberdades civis, quer pelo adimplemento dos direitos de natureza prestacional.

No conceito mencionado, notam-se claramente os elementos que caracterizam os direitos fundamentais. Em primeiro lugar, ressalta-se o caráter de direito subjetivo, que pode ser exercido tanto em face do Estado, quanto em face de particulares em situações específicas em que existam relações nitidamente hierárquicas. Em segundo lugar, trata-se de direitos historicamente reconhecidos, o que assinala o caráter histórico dos direitos fundamentais.

Observa-se, ainda, no conceito, que se trata de direitos reconhecidos pelo Estado, estabelecendo-se a distinção entre os direitos fundamentais, aqui compreendidos, e os direitos humanos de uma forma geral. O conceito assinala o objetivo maior dos direitos fundamentais, que é o respeito à dignidade da pessoa humana, cada vez mais reconhecido como o principal direito fundamental. Por fim, há a referência aos direitos fundamentais de defesa e de prestação, dois tipos básicos de direitos fundamentais.

2.2 Base filosófico-jurídica dos direitos fundamentais

A fundamentação filosófico-jurídica dos direitos fundamentais tem percorrido diversos caminhos no curso da história. Na apreciação levada a efeito neste item, procede-se à análise, sob o ponto de vista da evolução filosófica, da justificação dos “direitos humanos”. Isso porque se trata de denominação anterior prevalecente no campo filosófico, a qual somente foi confrontada com a expressão “direitos fundamentais” em tempos mais atuais.

Com efeito, conforme destaca Luño (2005, p. 29) a expressão “direitos fundamentais” aparece na França no ano 1770, no marco do movimento político-cultural que conduziu à Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão de 1789. A expressão, segundo o referido autor, adquiriu especial relevo na Alemanha e articulou um sistema de relações entre indivíduos e Estado na Constituição de Weimar de 1919.

Conforme lição de Tobeñas (1992, p. 52), a fundamentação filosófico-jurídica dos direitos humanos pode ser dividida em três vertentes principais: a) a fundamentação jusnaturalista, que consiste na consideração dos direitos humanos como direitos naturais; b) a fundamentação historicista-positivista, que considera os direitos humanos como pretensões historicamente atingidas pela vontade coletiva e consolidadas em normas positivas; c) a fundamentação ética, que considera os direitos humanos como direitos morais. Esta última se apresenta como uma postura superadora das duas vertentes anteriores. Sustenta que a origem e o fundamento dos direitos humanos não tem caráter jurídico em sentido positivo, por lhe serem anteriores. Dessa forma, caberia ao direito positivo tão-somente reconhecer os direitos humanos.

Sobre a fundamentação jusnaturalista, segundo Luño (2005, p. 30), teses como a que postulava, no seio da doutrina estoíca, a unidade universal dos homens, ou as afirmações cristãs de igualdade essencial de todos os seres humanos diante de Deus constituíam, no mundo antigo, premissas para o desenvolvimento posterior, através do jusnaturalismo medieval, da idéia dos postulados suprapositivos que orientam e limitam o poder. Ressalta, ainda, o citado autor que, nos séculos XVI e XVII, produz-se uma decisiva transposição ao plano da subjetividade dos postulados da lei natural, configurando-se uma ampla teoria dos direitos naturais. Neste aspecto, cita a relevância dos trabalhos de Hugo Grocio e John Locke. No estudo de John Locke, a defesa dos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade se convertem em objetivo prioritário de toda a sociedade civil e no princípio legitimador básico do governo.

Posteriormente, já no século XVIII, destaca-se a contribuição de Rousseau, que concebeu a formulação mais célebre do contrato social²⁵. Ainda de acordo com Luño (2005, p. 32), Kant²⁶ representa a culminação de um processo teórico destinado a depurar as

²⁵ Segundo Rousseau, as questões de justiça não podem ser tratadas com vista apenas à busca da estabilidade das instituições. Mais do que isso, pressupõem a prioridade de um critério normativo independente, que permite analisar a justiça de uma ordem social dada em cotejo com a justiça ideal. O autor analisa o avanço da desigualdade na humanidade, apontando três etapas. A primeira caracterizar-se-ia pela fundação da lei e do direito de propriedade; a segunda, na instituição da magistratura e a última na transformação do poder legítimo em poder arbitrário. Segundo Rousseau, a condição de rico e pobre teria sido autorizada pela primeira etapa, a de poderoso e fraco pela segunda e de senhor e escravo pela terceira. Sustenta Rousseau que a desigualdade, sendo quase nula no estado natural, tira a própria força e o próprio incremento do desenvolvimento das nossas faculdades e do progresso do espírito humano. Torna-se, por fim, estável e legítima para a instituição da propriedade e das leis. Desta forma, conclui o autor que a desigualdade moral, autorizada apenas pelo direito positivo, é contrária ao direito natural sempre que não se mostrar em proporção com a desigualdade física. Enfatiza o autor que a distinção determina com suficiência o que se deve pensar a respeito da espécie de desigualdade que reina entre todos os povos civilizados. Esta seria contra a lei natural, precisamente pelo fato de que “um menino comande um velho, que um imbecil guie um sábio e que um pequeno grupo de homens tenha coisas supérfluas em abundância, enquanto a multidão faminta não dispõe do necessário” (MAFFETTONE; VECA, 2005, p. 210).

²⁶ Kant, na obra *A metafísica dos costumes*, formula uma introdução à doutrina do direito. Nesse sentido, pergunta o que é direito, definindo-o como o conjunto de condições, por meio das quais o arbítrio de um pode harmonizar-se com o arbítrio de outro, segundo uma lei universal de liberdade. A concepção de justo, na teoria de Kant, vincula-se à liberdade. Tem-se por justa a ação, quando a mesma não ofende a liberdade do outro, segundo as leis universais. Considera injusta a ação que viola a liberdade de uma pessoa e assinala que a moral exige, de cada um, que adote suas ações em conformidade com o direito. Significa que a pessoa é a legisladora de sua liberdade segundo a existência de uma lei universal do direito. Kant aponta, assim, o princípio e a lei universais do direito. O princípio universal indica que qualquer ação é conforme o direito quando, por meio dela ou segundo sua máxima, a liberdade do arbítrio de cada um puder coexistir com a liberdade de todos os outros, segundo uma lei universal. A lei universal do direito, por seu turno, seria a seguinte: “age externamente, de modo que o livre uso do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal”. Em relação à equidade, reconhece Kant (1993, p. 51) que o direito estrito é uma injustiça. Contudo, afirma que essa injustiça não pode ser corrigida por meio do direito, por mais que se refira a uma questão de direito, “porque a reclamação que se funda na equidade somente tem força no tribunal da consciência, ao passo que a questão de direito é discutida no tribunal civil”. Já na fundamentação da metafísica dos costumes, Kant ressalta que a moralidade é a condição exclusiva para que um ser racional possa constituir um fim em si mesmo. Dessa forma, segundo Kant, somente a moralidade e a humanidade, enquanto capaz de moralidade, podem ter dignidade. Porém, afirma Kant que nada mais tem valor além daquilo que a lei estabelece. Mas a legislação da qual deriva

doutrinas jusnaturalistas de elementos empíricos e pseudo-históricos. Para tanto, fundamenta o direito natural exclusivamente sobre princípios *a priori*, como exigências absolutas da razão prática.

Na segunda metade do século XVIII, produziu-se uma paulatina substituição do termo clássico “direitos naturais” pela denominação “direitos do homem”, a qual foi consagrada no âmbito doutrinário pela obra *The rights of Man*, de Thomas Paine. Essa nova denominação, contemporânea da outra – direitos fundamentais – revela a aspiração do jusnaturalismo iluminista no sentido de converter em direito positivo os direitos naturais (LUÑO, 2005, p. 33).

No século XIX, o positivismo jurídico marcou um parêntese na consideração filosófica dos direitos humanos, uma vez que, consoante menciona Tobeñas (1992, p. 65) os antigos direitos naturais do indivíduo eram incompatíveis com a soberania e os direitos do Estado. No final do século XIX e, sobretudo, no século XX, todavia, verifica-se a decadência da filosofia empirista e formalista que havia imperado no século XIX. Ao mesmo tempo, assiste-se a um movimento espiritualista e ético que, nos domínios do direito, plasmou um retorno parcial ao jusnaturalismo, porém adaptado ao pensamento contemporâneo, através de uma vertente pós-positivista (TOBEÑAS, 1992, p. 67).

Paralelamente ao processo filosófico aqui exposto, que jamais foi linear, sendo caracterizado por retrocessos e contradições, produziu-se uma progressiva recepção em documentos normativos - cartas ou declarações de direitos - do conjunto dos direitos fundamentais, conforme se verifica no item seguinte.

2.3 Evolução histórica dos direitos fundamentais

Sobre a evolução histórica da positivização dos direitos fundamentais, é necessário salientar que se trata de fenômeno que tomou lugar apenas a partir da Idade Média. Na Antiguidade, não há nenhuma manifestação relevante de declarações de tais direitos. Isto não significa que, na Antiguidade não se tivesse a idéia de certos direitos essenciais, mas tão-somente que estes não se encontravam declarados. Na Idade Média, existem vários documentos firmados pelos monarcas a favor da Igreja, dos senhores feudais e das

todo o valor deve, justamente por essa razão, ter uma dignidade, ou seja, uma validade incondicionada e incomparável, em relação à qual somente o respeito constitui a expressão adequada da estima de um ser racional deve tributar-lhe.

comunidades locais. Conforme ressalta Luño (2005, p. 34), desses documentos, sem dúvida, o mais relevante é a Carta Magna outorgada por João Sem Terra em 1215.

Após o advento da Magna Carta – cujo art. 39 prescrevia que nenhum homem livre seria preso ou desprovido de seus bens sem juízo prévio - partir-se-ia, quatro séculos mais tarde, para a *Petition of Rights* de 1628 e para o Ato de *Habeas Corpus*, de 1679. Dez anos mais tarde, surgia o *Bill of Rights*, promulgado pelo Parlamento Inglês e sancionado por Guilherme de Orange. Durante todo esse longo período, as liberdades enunciadas nas cartas citadas sofreram paulatina modificação. Consoante assinala Luño (2005, p. 35), de princípios delimitadores de status social, jurídico e político de uma pessoa em regime de direito privado, passam a ser liberdades gerais no plano do direito público.

Além de tais declarações firmadas na Inglaterra, assistem-se ainda a movimentos similares nas colônias inglesas, que culminaram na independência dos Estados Unidos da América. Ao mesmo tempo, na Europa Continental, a Revolução Francesa fez surgir a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão, em 1789. Esse documento inspirou a primeira Constituição Francesa de 1791. A partir daí, as declarações de direito se incorporam na história do constitucionalismo.

Chama-se de constitucionalismo clássico o movimento ocorrido com a Revolução Francesa de 1789, cuja marca é a proteção dos direitos individuais contra a interferência do Estado. Consoante ressalta Manoel Jorge e Silva Neto (2006, p. 39), a gênese do constitucionalismo clássico está atrelada à idéia de positivação de direitos e garantias aptos à salvaguarda dos indivíduos quanto à intromissão ou arbítrio praticados pelo Estado.

Embora o Estado Liberal prosseguisse na linha do absentéismo, as premissas forjadas nos domínios da doutrina econômica liberal não se justificaram no plano da vida em sociedade. Esse fato deu margem à eclosão de inúmeros movimentos sociais, que contribuíram para o surgimento do constitucionalismo social. Neste aspecto, há que se ressaltar, consoante faz Silva Neto (2006, p. 41), que os princípios de justiça social não foram apenas responsáveis pelo surgimento dos modelos econômicos socialistas. Também nas economias de livre mercado, tornou-se impositiva a incorporação dos direitos sociais nas constituições contemporâneas²⁷. O fundamento para o surgimento do chamado constitucionalismo social está, assim, na razão direta do recrudescimento da questão social e na eclosão de movimentos populares. Dessa forma, o surgimento de novos elementos sociais

²⁷ Trata-se de direitos públicos subjetivos dirigidos contra o Estado, para determinar a exigibilidade de prestação no que se refere à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança e previdência social. Diferem, portanto, dos direitos e garantias individuais na medida em que impõem um comando programático para ser cumprido pelo Estado (SILVA NETO, 2006, P. 41).

é explicável ante a preocupação causada aos constituintes pela ameaça social e pelos efeitos devastadores da Revolução Soviética.

Para Silva Neto (2006, p. 44), o constitucionalismo social tem fundamentos de ordem sociológica, política e jurídica. Sob o prisma sociológico, ressaltam-se os movimentos sociais contestadores da estrutura vigente. No aspecto político, é resultado da decisão levada a efeito pelas forças políticas predominantes à época da manifestação constituinte. Finalmente, o fundamento jurídico encontra suporte na constatação da necessidade de se introduzir, na norma maior do sistema, os elementos sociais como forma de expressar mais marcantemente o compromisso do Estado com a questão social, bem assim impedir ou dificultar sua retirada pelo legislador ordinário. Assim é que o constitucionalismo social está fundamentalmente vinculado ao princípio da não-neutralidade. O fundamento jurídico do constitucionalismo social reside na necessidade imperiosa de estabelecer, na lei fundamental, os direitos sociais. O escopo imediato é notabilizar tais normas e o mediato é traçar as diretrizes de atuação legislativa e administrativa em consonância com o projeto escolhido pelo constituinte originário²⁸.

Exposta, em linhas gerais, a evolução histórica do reconhecimento dos direitos fundamentais, passa-se, no item seguinte, à análise do conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

2.4 Conteúdo essencial dos direitos fundamentais

Inicialmente, cumpre destacar a existência de três teorias básicas sobre o conteúdo essencial dos direitos fundamentais: teoria relativa, teoria absoluta e teoria mista. Tais teorias foram analisadas, de forma pormenorizada, por Borowski (2003, p. 97), que explicita seu conteúdo.

De acordo com a teoria relativa, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais se relaciona com os direitos fundamentais, enquanto direitos subjetivos. Tem-se, assim, uma relativização do conteúdo, uma vez que ele se determina mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido lato. Expressa-se pela proibição de excesso, caso se cuide de direito de defesa, ou pela proibição de proteção deficiente, na hipótese de direitos de

²⁸ Neste contexto, a Carta Mexicana de 1917 é a primeira que traz no seu bojo a dívida social e o compromisso quanto ao seu resgate. Em 1919, promulga-se, na Alemanha, a Constituição de Weimar, que também se destaca como pioneira da constitucionalização dos direitos sociais.

prestação. Como assinala Borowski (2003, p. 99), a teoria relativa pressupõe o caráter de princípios dos direitos fundamentais, os quais serão ponderados em cada caso concreto.

Já a teoria absoluta do conteúdo essencial dos direitos fundamentais defende que existe um núcleo fixo que não depende de ponderação. Assim, as normas de direito fundamental não poderiam ser ponderadas. Contudo, tal teoria é abalada pelo fato de, em geral, os direitos fundamentais virem consagrados de forma lacônica e pendente de clarificação pelo aplicador do direito. Desta forma, não se abdica da ponderação, que é utilizada para a aplicação do conteúdo específico consagrado no núcleo de direitos fundamentais.

Por sua vez, a teoria mista do conteúdo essencial dos direitos fundamentais defende um núcleo absoluto, restrito, dos direitos fundamentais que não pode ser restringido pelo Estado. Esse núcleo é rodeado por aqueles direitos sobre os quais as intervenções estatais seriam admissíveis, desde que seja respeitado o princípio da proporcionalidade em sentido amplo.

Independentemente das teorias citadas, o certo é que o conteúdo dos direitos fundamentais foi sendo paulatinamente alterado, a partir da verificação do seu caráter histórico. Consoante assinala Canotilho (2003, p. 1.395), os direitos fundamentais “pressupõem concepções de Estado e de Constituição decisivamente operantes na atividade interpretativo-concretizadora das normas constitucionais”.

Inicialmente, no constitucionalismo liberal, os direitos fundamentais eram considerados os direitos de liberdade do indivíduo contra o Estado, constituindo-se essencialmente nos direitos de autonomia e defesa. Os postulados dessa teoria liberal foram expostos por Canotilho (2003, p. 1.396), destacando-se os seguintes: a) os direitos fundamentais são direitos do particular contra o estado; b) revestem concomitantemente o caráter de normas de distribuição de competências entre o indivíduo e o Estado; c) apresentam-se como anteriores ao Estado, sendo vedada qualquer ingerência estatal; d) a substância e o conteúdo dos direitos fundamentais, bem como sua utilização e fundamentação, ficam fora da competência regulamentar do Estado; e) a finalidade e o objetivo dos direitos fundamentais é de natureza puramente individual.

A teoria da ordem dos valores, associada à filosofia de valores, definia os direitos fundamentais como valores de caráter objetivo, o que levava às seguintes consequências indicadas por Canotilho (2003, p. 1.397): a) o indivíduo deixa de ser a medida dos direitos, fundamentais, pois estes são objetivos; b) no conteúdo essencial dos direitos fundamentais, está compreendida a tutela de bens de valor jurídico igual ou mais alto; c) com base na ordem

de valores dos direitos fundamentais respeita-se a totalidade do sistema de valores do direito constitucional; d) os direitos fundamentais só podem ser realizados no quadro dos valores aceites por determinada comunidade; e) a dependência do quadro de valores leva à relativização dos direitos fundamentais; f) além da relativização, a transmutação dos direitos fundamentais na realização de valores justifica intervenções concretizadoras dos entes públicos, de forma a obter plena eficácia dos direitos fundamentais.

A teoria institucional dos direitos fundamentais, defendida por Peter Haberle, parte da afirmação de que os direitos fundamentais não se esgotam em sua vertente individual, posto que possuem um carácter duplo, ou seja, individual e institucional. Cabe, assim, a essa teoria, “o mérito de ter salientado a dimensão objetiva institucional dos direitos fundamentais” (CANOTILHO, 2003, p. 1.398) embora tenha esquecido outras dimensões dos direitos fundamentais, como a esfera social.

A teoria social dos direitos fundamentais parte da tripla dimensão desses direitos: individual, institucional e processual. Para Canotilho (2003, p. 1399), a teoria considera que a liberdade, embora tenha uma dimensão subjetiva, adquire hoje uma dimensão social. Por outro lado, muitas vezes o que está em causa não é o uso razoável de um direito fundamental, mas a impossibilidade de o particular poder usufruir as situações de vantagem abstratamente reconhecidas pelo ordenamento jurídico. Daí a problemática dos direitos sociais que exigem uma intervenção pública estritamente necessária à realização desses direitos. A intervenção estatal é, portanto, concebida não como um limite, mas como um fim do Estado.

A teoria democrática funcional acentua o aspecto teleológico-funcional dos direitos fundamentais no processo político-democrático. Consoante ressalta Canotilho (2003, p. 1400), os direitos são concebidos para serem exercidos pelos cidadãos como membros de uma comunidade e no interesse público. Ademais, a liberdade é entendida como meio de segurança do processo democrático. Por outro lado, o exercício dos direitos fundamentais não está na completa disponibilidade dos seus titulares. Ainda segundo a teoria democrática, aos poderes públicos é reconhecido o direito de intervenção conformadora do uso dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2003, p. 1400).

Por fim, a teoria socialista dos direitos fundamentais pretende ser uma concepção originária dos direitos fundamentais, o que implicaria uma ruptura com as concepções liberais. Não se trata, assim, como ressalta Canotilho (2003, p. 1401), de aperfeiçoar o núcleo clássico dos direitos fundamentais através do catálogo dos direitos sociais, económicos e culturais assegurados pelas teorias tradicionais, já que esses direitos só seriam plenamente atingidos numa sociedade socialista. Porém, o referido autor ressalta que o corte

antropológico que a teoria socialista operou em relação à teoria tradicional dos direitos do homem gerou graves deficiências: por um lado, provocou a funcionalização extrema dos direitos fundamentais e a minimização de uma irreduzível dimensão subjetiva; por outro lado, contribuiu para a redução dos direitos à existência de condições materiais, econômicas e sociais, com manifesto desprezo das garantias jurídicas.

Expostas as teorias que pretendem fixar o conteúdo dos direitos fundamentais, analisa-se, no tópico seguinte, a classificação dos direitos fundamentais proposta por Ingo Sarlet (2006).

2.5 Classificação dos direitos fundamentais

Classificar os direitos fundamentais significa reuni-los a partir de características comuns, o que faz com que surjam diversas classificações a partir do critério e do autor adotado. Há, além disso, a possibilidade de interpretação no sentido de existência de gerações progressivas de direitos fundamentais. A esse respeito, Piovesan (1998, p. 138) adverte para a noção contemporânea dos direitos fundamentais, que passam a ser concebidos como uma unidade interdependente, inter-relacionada e indivisível. Lembra a autora que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Assim, afasta-se a idéia de gerações sucessivas de direitos fundamentais, na medida em que se acolhe a idéia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos como um todo.

Dentre tantas classificações, este trabalho adota a de Sarlet (2006, p. 194), que divide os direitos fundamentais em dois grupos: direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos fundamentais como direitos a prestações. Este último grupo, por seu turno, subdivide-se em direitos a prestações em sentido amplo, direitos à proteção, direitos a prestações em sentido estrito – direitos sociais - e direitos à participação na organização e procedimento.

A primeira divisão, relativa aos direitos de defesa e direitos a prestações, parte da clássica distinção efetivada pela doutrina. Com efeito, os direitos fundamentais de defesa se dirigem a uma obrigação de abstenção por parte do poder público, que deverá respeitar os direitos individuais. Por outro lado, os direitos fundamentais a prestações exigem uma postura ativa do Estado, que é obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (SARLET, 2006, P. 216).

Os direitos de defesa abrangem não somente os tradicionais direitos de liberdade e igualdade, como também os direitos à vida, à propriedade, às liberdades fundamentais de

locomoção, de consciência, de manifestação de pensamento, de imprensa e de associação. Acrescentem-se, ainda, os direitos que irradiam da personalidade, da nacionalidade e da cidadania, bem como os direitos coletivos.

Os direitos fundamentais como direitos a prestações se encontram vinculados à concepção de que ao Estado incumbe colocar à disposição dos cidadãos os meios materiais e implementar as condições que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais. Dentro da subdivisão efetivada por Sarlet (2006) entre direitos a prestações em sentido amplo e estrito, tem-se que na esfera de direitos a prestações em sentido amplo, enquadram-se todos os direitos fundamentais de natureza tipicamente (ou, no mínimo, predominantemente) prestacional que não se enquadram na categoria de direitos de defesa. Quanto aos direitos a prestações em sentido estrito, Sarlet (2006, p. 221) esclarece que estes se reportam à atuação dos poderes públicos como expressão do Estado Social. Trata-se, por outro lado, de direitos a prestações fáticas que o indivíduo, caso dispusesse de recursos necessários, poderia obter através de particulares. São, assim, os chamados direitos fundamentais sociais.

Voltando aos direitos fundamentais a prestações em sentido amplo, Sarlet (2006, p. 222) destaca os direitos à proteção. São aqueles que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja contra ingerências de terceiros em relação a determinados bens pessoais.

Há, também, a dimensão dos direitos fundamentais de participação na organização e procedimento. Tal dimensão, além de outorgar legitimidade ao Estado Democrático de direito, assegura uma democracia com elementos participativos. Neste aspecto, Sarlet (2006, p. 226) afirma que a fruição de diversos direitos fundamentais não se revela possível, ou perde em efetividade, se não forem colocadas à disposição dos cidadãos prestações estatais na esfera organizacional e procedimental. Acrescenta ainda que importantes liberdades pessoais somente alcançam um grau de efetiva realização no âmbito de uma cooperação por parte de outros titulares de direitos fundamentais, implicando prestações estatais de cunho organizatório e coordenatório.

Ressalte-se, porém, que qualquer direito fundamental contém, ao mesmo tempo, componentes de obrigações positivas e negativas para o Estado. Desta forma, a tradicional diferenciação entre os direitos “da primeira” e os “da segunda” geração é meramente gradual, uma vez que muitos dos direitos fundamentais tradicionais seriam reinterpretados como sociais, perdendo sentido, assim, as distinções rígidas (KRELL, 1999, p. 245).

Tal observação é importante para a tomada de posição frente ao debate sobre a acionabilidade dos direitos fundamentais. Neste aspecto, dúvidas não há acerca da exigência

plena dos direitos fundamentais enquanto direitos de defesa. No que tange ao debate sobre o reconhecimento e a acionabilidade dos direitos a prestações, essa tese posiciona-se no sentido de que a mesma perspectiva deve ser reconhecida aos direitos fundamentais a prestações. Neste ponto, Piovesan (2007, p. 180) alerta que a insistência de que as cortes são incompetentes para tratar de políticas sociais parece ignorar a sua histórica e contínua intervenção nesta área. Segundo a autora, as cortes criam políticas sociais não apenas quando interpretam a constituição, como também quando interpretam legislações de direito econômico, trabalhista, ambiental etc.

Nesse mesmo sentido, Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 283) entende que os direitos a prestações, embora exijam a disponibilidade de bens materiais economicamente relevantes pelo Estado, são de inegável exigibilidade como direitos subjetivos, independentemente da reserva do possível²⁹, ou seja, da disponibilidade de orçamento do Estado. Pode, portanto, a parte lesada, através do Poder Judiciário, pleitear o gozo pleno dos direitos fundamentais, quer de defesa quer a prestações.

2.6 A dignidade da pessoa humana como direito fundamental

O respeito à dignidade da pessoa humana não consta no rol dos direitos fundamentais individuais catalogados no art. 5º da Constituição Federal. Porém, encontra-se previsto entre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, especificamente no inciso III do art. 1º da Constituição.

O princípio da dignidade da pessoa humana³⁰ é essencial dentro do contexto de análise dos direitos fundamentais. Ela, como valor fundamental, exerce uma atração no

²⁹ Sobre a não limitação à “reserva do possível”, ressalte-se a seguinte decisão do STF, na Ação de Descumprimento de Preceito fundamental n. 45 MC/DF, que teve como relator o Ministro Celso de Mello: “Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)”.

³⁰ Habermas (2004, p. 82) destaca que é fundamental distinguir entre dignidade humana e a dignidade da vida humana. Nessa divisão, a dignidade humana representa uma condição moral ou jurídica que marca as relações entre sujeitos portadores de direitos e deveres, mutuamente imputáveis e circunscritos a um mesmo contexto normativo. A dignidade da vida humana, por seu lado, transborda os limites das práticas morais acordadas e

conteúdo dos demais direitos fundamentais, pressupondo o reconhecimento de todos eles, independentemente de suas dimensões. Com efeito, sem o reconhecimento dos direitos humanos fundamentais, nega-se a própria dignidade da pessoa humana.

Neste aspecto, conforme assinala Sarlet (2006, p. 112), existe certa controvérsia na doutrina, no sentido de se atribuir ou não ao princípio da dignidade da pessoa humana a posição central dentro dos direitos fundamentais. Importa destacar, contudo, que a dignidade humana é hoje um referencial do pensamento moral, político e jurídico. Neste último caso, assume o caráter de princípio, de forma que é abundante sua presença na doutrina e na jurisprudência.

No plano puramente semântico, a palavra “dignidade” induz a significação plural, pois expressa um modo de proceder e ao mesmo tempo, a qualidade daqueles que assim procedem. Em outro sentido, a dignidade não deriva da conduta, mas de uma qualidade inerente ao homem. Portanto, revela-se como uma qualificação comum a todos os seres humanos, independentemente do seu proceder, gerando um conceito de dignidade associado à igualdade, já que todos são igualmente dignos.

Conforme ressalta Peces-Barba Martinez (2003, p. 66), a dignidade humana na modernidade e especialmente no século XXI aparece em um contexto intelectual que se situa no processo de humanização e racionalização inerentes à pessoa e à sociedade. Para o autor, a dignidade da pessoa e a dignidade da humanidade são dois aspectos de uma mesma mentalidade, especificamente a mentalidade do antropocentrismo e laicidade, duas coordenadas que se enquadram no mesmo processo. Por isso, Martinez (2003, p. 67) considera que a dignidade humana é mais um *a priori* do que um conteúdo da ética pública com vocação de converter-se em moralidade legalizada ou no direito positivo justo.

Na realidade, a dignidade da pessoa humana não é um conceito jurídico, tal como o é, por exemplo, o direito subjetivo, o ato ilícito, dentre outras categorias jurídicas. Também não é um conceito político, tal como democracia, república etc. Desta forma, Martinez (2003, p. 68) considera a dignidade da pessoa humana como uma construção da filosofia para expressar o valor intrínseco da pessoa derivado de uma série de características de identificação, que a tornam “o centro do mundo e no centro do mundo”.

remonta tanto a estágios pré-pessoais, em que os indivíduos estavam ainda em formação, quanto a condições em que a vida se esvaiu. A vida humana antecede a construção dos contextos morais de interação e requer uma concepção de dignidade própria, mais abrangente e menos específica que o termo definido como dignidade humana.

Brito Filho (2005) ressalta a raiz cristã da dignidade humana. Sob essa ótica, entende-se que Deus teria atribuído ao homem uma destinação superior, sendo o único ser criado à imagem e semelhança de seu Criador. A dignidade, então, seria uma consequência da vontade divina, e se manifestaria pela alma humana. Porém, para o autor, o problema de aceitar a dignidade humana na perspectiva do cristianismo é que, em primeiro lugar, ela é baseada em uma explicação que só pode ser comprovada por meio da fé. Esta limitação traria problemas para sua assimilação, principalmente pelos que professam outras crenças, ou não professam crença alguma. Acrescenta que a dignidade humana no cristianismo resta comprometida porque um de seus componentes, a igualdade, embora garantida na essência da dignidade humana, é vista de forma relativamente flexível, por cultivar o cristianismo idéias como a da resignação, pregando a igualdade em outro mundo que não o terreno.

A dignidade humana no contexto laico se formula a partir de duas perspectivas, apontadas por Martinez (2003, p. 68). Na primeira, de raiz Kantiana, a dignidade deriva da capacidade de opção e livre arbítrio do ser humano. Na segunda, de raiz humanista e renascentista, a dignidade consiste no estudo das características que diferenciam os seres humanos dos animais. Conforme assinala o autor, as duas perspectivas são complementares, na medida em que dão a forma e o conteúdo dos valores dos indivíduos como pessoas.

Martinez (2003, p. 69) ressalta também a vinculação da dignidade com a idéia de autonomia, a qual ocorre em dois momentos. No primeiro, autonomia significa capacidade de escolha, liberdade psicológica etc. No segundo, representa liberdade ou independência moral. Expressa a situação do homem observando as regras que ele mesmo estabeleceu, como consequência do exercício da liberdade de escolha.

Além dessas duas perspectivas da dignidade humana, cumpre apontar, como faz Martinez (2003, p. 70) outras perspectivas igualmente relevantes. Nesse sentido, em primeiro lugar, o autor destaca a capacidade que tem o ser humano de construir conceitos gerais e de racionalizar. A segunda perspectiva diz respeito à expressão de sentimentos, de afetos e emoções através de valores estéticos. A terceira na capacidade do ser humano de dialogar e de comunicar-se que potencializa os efeitos da razão e estética. Outra perspectiva da dignidade humana é a sociabilidade do indivíduo que supõe o reconhecimento do outro como diferente e a impossibilidade de alcançar sozinho o desenvolvimento da dignidade.

A relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais pode ser apontada a partir de cinco aspectos, conforme enfatiza Boldrini (2003, p.2). No primeiro, a dignidade da pessoa humana pode ser vista como unidade de valor de uma ordem constitucional e, principalmente, como unidade de valor para os direitos

fundamentais. No segundo, é concebida como elemento de habilitação de um sistema positivo dos direitos fundamentais. Sob esse prisma, a proteção e a promoção da dignidade do homem confere legitimidade a um Estado e a uma sociedade que tenham a pessoa humana como fim e como fundamento máximo.

Dentro do terceiro aspecto, a relação entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana seria uma relação entre teoria e prática no interior da ordem constitucional. Num quarto, evidencia-se a perspectiva da dignidade da pessoa humana como parâmetro na dedução de direitos fundamentais implícitos, seguindo a concepção de que a própria dignidade consistiria em um direito fundamental na medida em que se manifestasse *stricto sensu*. Por fim, há o aspecto da dignidade da pessoa humana como limite e função do Estado e da sociedade, na dupla vertente de que tanto um quanto outro devem respeitar e promover a dignidade.

Um questionamento feito pela doutrina refere-se ao caráter natural ou cultural da dignidade da pessoa humana. Com efeito, numa primeira concepção, a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo assim irrenunciável e inalienável. Por outro lado, não se pode olvidar que a dignidade humana tem também um sentido cultural. A esse respeito, Sarlet (2006, p. 119) assinala que as dimensões natural e cultural da dignidade humana se complementam e interagem mutuamente. Acrescenta que apenas a dignidade de determinada pessoa pode ser violada, não havendo, portanto, a dignidade em abstrato. Porém, não se descarta “uma dimensão comunitária (ou social) da dignidade da pessoa humana, na medida em que todos são iguais em dignidade e como tais convivem em determinada comunidade ou grupo” (SARLET, 2006, p. 120).

Grande discussão também existe acerca do conteúdo da dignidade humana. Neste aspecto, o que resta clara a impossibilidade de se reduzir, numa fórmula abstrata e genérica, seu conteúdo. Porém, conforme assinala Sarlet (2006, p. 121), doutrina e jurisprudência trazem luzes para algumas posições jurídicas que integram o âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, menciona que a dignidade da pessoa humana engloba, em primeiro lugar, o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo. Outra dimensão, segundo o autor, está na garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família. Nesse contexto, ganham especial relevo os direitos fundamentais sociais trabalhistas.

Além destes aspectos, insere-se no conteúdo da dignidade humana, ainda segundo Sarlet (2006, p. 122), a garantia da isonomia de todos os seres humanos, a garantia de identidade pessoal do indivíduo e o direito de autodeterminação sobre os assuntos que dizem

respeito à sua esfera particular. Há, além disso, a garantia de um espaço privativo, no âmbito do qual o indivíduo se encontra resguardado contra ingerências na sua esfera pessoal. Outro aspecto a ser ressaltado é que o direito a uma existência com dignidade implica o reconhecimento de um direito aos meios mínimos de subsistência, também conhecido como direito ao mínimo existencial.

Por fim, convém ressaltar que a dignidade da pessoa humana deve ser vislumbrada em seus aspectos positivo e negativo. Assim, o princípio da dignidade impõe não apenas um dever de abstenção de violação, mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade individual. Conforme assinala Sarlet (2006, p. 124), deve ser ressaltada a função instrumental integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que serve como “parâmetro para a aplicação, interpretação e integração (...) de todo o ordenamento jurídico, imprimindo-lhe, além disso, sua coerência interna”.

2.7 A necessidade de uma hermenêutica constitucional concretizadora e a evolução do raciocínio judiciário

Para o desenvolvimento do presente trabalho, é mister reconhecer a importância de uma hermenêutica constitucional concretizadora, o que somente pode ser avaliado a partir da evolução do raciocínio judiciário. Portanto, a análise aqui realizada parte da premissa de que o ordenamento jurídico pode ser entendido como “o conjunto de regras acolhidas (ou que têm a possibilidade de serem acolhidas) por um juiz” (BOBBIO, 1995, p. 28).³¹

Nesse propósito de sistematização da evolução do raciocínio judiciário até a hermenêutica constitucional concretizadora, adota-se a divisão proposta por Perelman (1998, p. 184), que distingue três fases na formação da ideologia judiciária ocidental: a primeira, desde seus primórdios até a Revolução Francesa; a segunda entre a Revolução Francesa e a segunda guerra mundial e a terceira a partir do final da segunda guerra (PERELMAN, 1998, p. 184)³².

Na primeira fase, não havia separação de poderes, sendo o soberano detentor das funções de administrar, legislar e julgar. Ainda não existia um corpo completo de leis, de

³¹ Norberto Bobbio define o direito como o “conjunto de regras que são consideradas (ou sentidas) como obrigatórias em uma determinada sociedade, porque sua violação dará, provavelmente, lugar à intervenção de um terceiro (magistrado ou eventualmente árbitro) que dirimirá a controvérsia emanando uma decisão seguida de uma sanção ao que violou a norma” (BOBBIO, 1995, p. 27).

³² Os períodos assinalados não são inflexíveis, servindo apenas como referência para fixação do momento histórico.

forma que o julgador norteava-se pelo critério de “justiça”, fundamentando-se em regras jurídicas, morais, religiosas etc. Prevaleciam, à época, os primados e a legitimidade do chamado direito natural, cujo fundamento evoluiu, no decorrer dos tempos: consistia na natureza humana, na Antigüidade Clássica; passou pelo poder divino, durante a Idade Média e terminou por assentar-se na razão, com o iluminismo, na Idade Moderna.

A partir da Revolução Francesa, afirmaram-se os pressupostos da separação de poderes, bem como a exigência de motivação das decisões jurídicas. Além disso, foram fixadas, em primeiro plano, a legalidade e a segurança jurídica como parâmetros para a coexistência social harmônica e a interferência estatal legítima. Nessa fase, prevaleceu o positivismo jurídico, na versão tradicional, sendo as decisões judiciais formuladas com base em um raciocínio lógico-dedutivo formal.

Com o final da segunda guerra mundial, assistiu-se a uma reação, também chamada de pós-positivismo. Esse movimento pode ser dividido algumas vertentes, duas das quais são descritas por Margarida Camargo (2001, p. 141): uma segue a linha de Dworkin e Alexy, buscando recuperar a força normativa dos princípios de direito, com todo seu potencial valorativo; outra procura sua força lógico legitimante nos fundamentos que sustentam as decisões judiciais. Além dessas vertentes, convém ressaltar nesta terceira fase os estudos hermenêuticos de Gadamer e Heidegger.

2.7.1 A primeira fase do raciocínio judicial: o direito natural

A primeira fase do raciocínio judicial se estende da Antigüidade até a Revolução Francesa. Era o período no qual predominava a amplitude de critérios do direito natural. Este tinha por fundamento, na Antigüidade, a natureza; na Idade Média, o Deus cristão; e na Idade Moderna, a razão.

Como se observa, trata-se de um período extremamente extenso, caracterizado pela ausência de sistematização do direito. Por isso, procurar-se-á, nas linhas seguintes, apresentar um panorama do raciocínio jurídico, a partir do direito romano³³. Contudo, não se fará um estudo pormenorizado de cada época, porque tal análise fugiria aos objetivos que se busca alcançar no presente trabalho.

³³ A análise partirá da tradição romana, tendo em vista que a cultura grega clássica não construiu de fato uma teoria sobre o direito em si, muito embora tenha desenvolvido uma teoria da justiça. Destaca-se em especial Aristóteles, no livro V da sua obra *Ética a Nicômaco*, na qual explicita o conceito da justiça corretiva, aquela aplicada pelo juiz, que é o terceiro mediador que procura o meio termo (ARISTÓTELES, 2002, 1.132 a, 20).

No direito romano, a casuística era colocada sempre em primeiro plano, constituindo as normas simples subsídios acessórios e não fonte principal de conhecimento do direito. Assim, as regras apenas refletiam o direito, tal como ele se manifestava nas soluções dos casos particulares, como enunciações resumidas. Convém notar que os juristas romanos manifestavam certo ceticismo quanto ao modelo de elaboração de regras gerais. Nesse aspecto, é conhecido o brocardo segundo o qual *non est regula ius sumatur, sed ex iure quod est, regula fiat*, isto é, o direito não provém da regra, mas do direito tal qual é, como experiência e realidade vivida, é que se faz a regra.

Nesse contexto, os argumentos que os julgadores romanos utilizavam para chegar racionalmente às decisões só escassamente estavam contidos nas regras. Na maioria das vezes, as soluções eram encontradas dentro das próprias circunstâncias do problema, ou nos casos já julgados com o mesmo caráter específico, invocando-se, por analogia, casos paralelos ou afastando-se casos opostos. O mais importante era justificar a racionalidade da solução do ponto de vista prático, mostrando que ela resultou das circunstâncias da causa.

Até o fim da Antigüidade, os romanos conservaram notas casuísticas dominantes na sua ordem jurídica, ensejando, assim, a utilização da tópica³⁴, conforme enfatiza Viehweg (1979, p. 49): “O jurista romano coloca um problema e trata de encontrar argumento. Vê-se, por isto, necessitado de desenvolver uma *techne* adequada. Pressupõe irrefletidamente um nexo que não pretende demonstrar, porém dentro do qual se move. Esta é a postura fundamental da tópica”.

Na Idade Média, o direito romano difundiu-se com o nome de direito comum³⁵, o qual, por seu turno, se contrapunha ao *jus proprium*, ou seja, aquele direito próprio das diversas instituições sociais³⁶. Contudo, conforme assinala Machado Neto (1975, p. 83), durante toda a Idade Média, os fundamentos do direito natural jamais deixaram de ser a inteligência e a vontade divinas.

Como maiores expoentes da Idade Média, destacam-se Santo Agostinho, na primeira fase, chamada patrística³⁷, e Santo Tomás de Aquino, no período conhecido como

³⁴ A tópica, segundo Viehweg (1979, p. 33) era uma técnica de pensamento problemático, instrumentalizada através da noção grega de *topoi*. Sobre o tema, serão feitas maiores considerações a seguir, em item específico a respeito da concepção tópica do raciocínio jurídico.

³⁵ Bobbio assinala que tal fórmula se conecta à definição de direito natural dada pelos gregos e romanos (BOBBIO, 1995, p. 31).

³⁶ Cada grupo social tinha o seu próprio direito: havia o direito feudal, o direito das corporações, o direito das comunas etc. (BOBBIO, 1995, p. 31).

³⁷ Na fase patrística, o saber encontrava-se encerrado nas bibliotecas dos claustros, sendo a filosofia desenvolvida pelos sacerdotes da igreja católica (MACHADO NETO, 1975, p. 83).

escolástico³⁸. O primeiro teorizava a existência da cidade de Deus e da cidade dos homens, bem como da lei eterna e da lei temporal. A lei eterna tinha origem divina e era confiada à Igreja. A lei temporal era feita pelos homens, através do Estado, instituição considerada delituosa por origem, mas tolerada, tendo em vista a necessidade de se manter a paz temporal entre os homens (LIMA, 2000, p. 52-54).

Santo Tomás de Aquino, por seu turno, concebia quatro tipos de leis: a eterna, a natural, a humana e a divina. A primeira era a razão divina em si; a segunda constituía-se de preceitos de ordem geral, através dos quais os homens poderiam participar da razão divina; a quarta consubstanciava-se nas Sagradas Escrituras e no Velho e Novo Testamento, constituindo as diretrizes que permitiam estabelecer-se a ligação entre os homens e Deus.

O terceiro tipo – a lei humana – é o mais relevante para o presente estudo, por ter sido criada e promulgada pelos homens para a garantia da segurança e do bem comum da humanidade. Além disso, era a lei aplicada pelo Estado-Juiz. Sobre sua aplicabilidade, porém, Santo Tomás de Aquino advertia que essa lei somente teria validade se fosse justa e derivasse da lei natural. Portanto, se, em algum caso, a lei humana entrasse em contradição com a lei natural, já não seria mais lei e sim corrupção da lei (LIMA, 2000, p. 59-66).

A partir do moderno processo de secularização da vida, o direito natural abandonou suas raízes teológicas e passou a buscar sua justificação na razão humana. Essa transição é analisada por Machado Neto (1975, p.83). Segundo ele, foi obra de Hugo Grotius o desenvolvimento da idéia que, mesmo suposta a inexistência de Deus, os preceitos do justo e do injusto continuariam válidos. Sustentava sua idéia alegando que, a exemplo das verdades matemáticas, os preceitos têm seu fundamento nas leis imanentes à razão humana, as quais o racionalismo, já então dominante, aceitava como universais e imutáveis, quer no tempo, quer no espaço.

Com base nessas considerações, conclui-se que, na Antiguidade, aplicava-se o casuísmo racionalmente justificado em meio às regras. Na Idade Média, observava-se a descentralização política, de forma que o aplicador via-se diante de diversas normas emanadas de distintos núcleos do poder, pautando sua convicção com especial influência teológica. Com a Idade Moderna, assistiu-se ao abandono do critério teológico e à adoção do parâmetro da razão humana, cujos princípios foram posteriormente codificados, dando origem ao positivismo jurídico, conforme se verá no item que se segue.

³⁸ Na fase escolástica, são fundadas as primeiras universidades e são resgatadas as idéias filosóficas clássicas, reinterpretadas à luz da doutrina cristã (MACHADO NETO, 1975, p. 83).

2.7.2 - A segunda fase do raciocínio judicial: o positivismo jurídico

A segunda fase do raciocínio judicial³⁹ - que tem como marco, para efeito da sistematização formulada por Perelman (1998), a Revolução Francesa - pode ser explicada como a consagração do positivismo jurídico.

Na análise dessa fase, o estudo deter-se-á na abordagem do positivismo jurídico tradicional, representado pela Escola da Exegese, no positivismo jurídico normativista kelseniano e no positivismo da *common law*, explicitado na obra de Herbert Hart. Convém, entretanto, assinalar que, embora situados na mesma fase, a análise do fenômeno da decisão judicial na Escola da Exegese é substancialmente distinta do estudo levado a efeito por Kelsen e Hart, consoante se verá a seguir.

A Escola da Exegese⁴⁰, surgida na França, no século XIX, a partir da edição do Código Civil Francês, pugnava pela identificação do direito com a lei escrita, devendo o aplicador da lei limitar-se ao texto legal, para revelar o seu sentido real e preciso. As características fundamentais da Escola da Exegese podem ser fixadas em cinco princípios: inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo, concepção rigidamente estatal do direito, interpretação fundada na intenção do legislador, culto do texto da lei e respeito ao princípio da autoridade (BOBBIO, 1995, p. 84-89).

Em relação ao primeiro desses princípios, cumpre frisar que a Escola da Exegese não nega o direito natural de forma absoluta, mas procura diminuir sua importância e significado prático. Para os teóricos dessa escola⁴¹, ao invés de se mensurar a validade do direito positivo com base na sua conformidade com o direito natural, deve-se entender que este é tanto mais relevante quanto seja consagrado pelo direito positivo.

³⁹ Essa fase foi objeto de estudo de Norberto Bobbio: “Com a formação do Estado moderno, o juiz, de livre órgão da sociedade, torna-se um órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário do Estado. De acordo com a análise histórica feita por Ehrlich, em sua obra *La lógica dei giuristi*, este fato transforma o juiz no titular de um dos poderes estatais, o judiciário, subordinado ao legislativo; e impõe ao próprio juiz a resolução das controvérsias, sobretudo, segundo regras emanadas do órgão legislativo ou que, de qualquer modo (tratando-se de normas consuetudinárias ou de direito natural), possam ser submetidas a um reconhecimento por parte do Estado. As demais regras são descartadas e não mais aplicadas nos juízos: eis por que, com a formação do Estado moderno, o direito natural e o positivo não mais são considerados de mesmo nível: eis por que, sobretudo o direito positivo (o direito posto e aprovado pelo Estado), é tido como o único verdadeiro direito: este é o único a encontrar, doravante, aplicação nos tribunais” (BOBBIO, 1995, p. 29).

⁴⁰ A escola deve seu nome à técnica adotada pelos seus primeiros expoentes, que consistia em utilizar em seus trabalhos o mesmo sistema de distribuição da matéria seguido pelo legislador do Código de Napoleão e, ainda, reduzir tal tratamento ao comentário, artigo por artigo, do próprio Código.

⁴¹ Entre os maiores nomes da Escola da Exegese destacam-se: Proudhon, Melville, Blondeau, Bugnet, Delvincourt, Huc, Aubru e Rau, Laurent, Marcadé, Demolombe, Troplong, Pothier, Baudry-Lancantinerie e Duranton. (DINIZ, 1988, p. 47).

Quanto ao segundo princípio, para a Escola da Exegese, as normas jurídicas são apenas aquelas criadas pelo Estado, mais precisamente aquelas prescritas no Código de Napoleão. Saliente-se que a interpretação dada por essa corrente ao art. 4º do Código Civil Francês⁴², apesar de desvirtuada do seu sentido original⁴³, foi no sentido de que o juiz deveria se fundar unicamente na lei, para resolver quaisquer controvérsias.

No que diz respeito ao terceiro princípio, nos casos em que a norma não deflui imediatamente do próprio texto legislativo, busca-se a vontade do legislador levando-se em conta as técnicas hermenêuticas de análise dos trabalhos preparatórios, da linguagem legislativa, das relações lógico-sistemáticas entre os artigos do código e da finalidade para a qual a lei foi emitida.

O quarto princípio verifica-se na identificação do direito com a lei. Assim, o intérprete deveria manter-se rigorosamente adstrito às disposições do código⁴⁴, as quais funcionariam como seus limites estreitos. Por fim, o quinto princípio se explica pelo apelo ao dogma de um personagem cuja palavra não pode ser posta em discussão, no caso, o legislador, aquele que detém o poder de estabelecer o que é justo e o que é injusto.

Esboçados os fundamentos da Escola da Exegese, verifica-se que, nessa linha de pensamento, a atividade jurisdicional ficava circunscrita às operações lógico-dedutivas extraídas do sistema de normas. Significa dizer que somente através desse tipo de operação é que se gerava a norma individual ou a sentença para cada caso concreto.

Ainda na segunda fase do raciocínio judicial, é importante salientar o positivismo jurídico normativista. Com efeito, Hans Kelsen é considerado o divisor de águas de toda a teoria jurídica contemporânea. Sua obra mais importante, *Teoria Pura do Direito*, foi inicialmente publicada em 1934, tendo depois sido reformulada e aperfeiçoada em sua segunda edição de 1960, a qual é objeto deste estudo, especificamente no que tange à decisão judicial.

Antes, porém, convém assinalar que Kelsen desenvolveu sua teoria submetendo a ciência jurídica a uma dupla depuração. Com isso, retirou do seu âmbito qualquer análise de aspectos fáticos e valorativos, sendo a norma jurídica o seu objeto específico. Para ele, a

⁴² Art. 4º do Código Civil Francês: “O Juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada”.

⁴³ Sobre o tema, cf. Norberto Bobbio quando afirma que os redatores do art. 4º do Código Civil Francês pretendiam deixar aberta a possibilidade de integração do direito (BOBBIO, 1995, p.73).

⁴⁴ Sobre o assunto, menciona Bobbio as seguintes palavras de Demolombe: “A minha máxima, a minha profissão de fé é: os textos acima de tudo! Eu publico um curso do Código de Napoleão; tenho, portanto, por finalidade interpretar, explicar o Código de Napoleão, considerado como lei viva, como lei aplicável e obrigatória, e a minha preferência pelo método dogmático não me impedirá de tomar sempre por base os próprios artigos da Lei” (BOBBIO, 1995, p.88).

ciência do direito deve expor as normas de forma ordenada⁴⁵, mediante um procedimento finito, que torna possível remeter os comandos à norma hipotética fundamental⁴⁶.

Kelsen considera as decisões judiciais como um ato de vontade que cria o direito⁴⁷. A partir desse entendimento, distingue a interpretação feita pela ciência jurídica daquela realizada pelos órgãos jurídicos. Segundo esclarece, a primeira estabelece as possíveis significações da norma, enquanto a segunda constitui criação jurídica. Nesse aspecto, caracteriza a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do direito afirmando que a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com esse ato, é produzida uma norma de escalão inferior ou executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda (KELSEN, 1979, p. 470).

Esse ato de escolha liga-se ao conceito kelseniano do texto normativo como moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação. Entretanto, apenas uma delas é escolhida pelo órgão aplicador da lei. Para Kelsen, dizer que uma sentença judicial é fundada na lei significa, na verdade, que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa. Portanto, a sentença não é a única norma individual, mas apenas é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral (KELSEN, 1979, p. 467).

Em face do que foi analisado, verifica-se que a decisão jurídica, para Kelsen, é uma operação lógico-dedutiva a partir da norma jurídica. Deve, em consequência, o órgão julgador adotar uma das interpretações possíveis⁴⁸ e, com isso, criar a norma jurídica individual, base da estrutura piramidal do direito.

É importante ainda salientar o positivismo jurídico na *common law*, especificamente através dos estudos de Herbert Hart. Ao publicar sua obra *O Conceito de Direito*, em 1961,

⁴⁵ Para Kelsen, “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de que a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apóia sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra” (KELSEN, 1979, p. 309-310).

⁴⁶ A norma hipotética fundamental é conceito-chave na teoria do direito de Kelsen, tratando-se de norma pressuposta, fundamento de validade da estrutura escalonada da ordem jurídica. Sobre o tema, cf. Kelsen (1979, p. 267-307).

⁴⁷ “Um dos principais pontos de distinção entre a obra de Kelsen e o juspositivismo tradicional está justamente no fato de que, para o autor, o ato de decisão judicial não é apenas de aplicação do direito, mas também (e fundamentalmente) de criação do direito” (SOUZA NETO, 2002, p. 117).

⁴⁸ Diante do reconhecimento, por Kelsen, da existência de várias possíveis interpretações, vale ressaltar a observação de Souza Neto (2002, p. 137): “em sentido oposto ao positivismo tradicional, o normativismo kelseniano irá denunciar a impossibilidade de se resolver a aplicação do direito em termos de lógica formal”.

Herbert Hart teve como objetivo “aprofundar a compreensão do direito, da coerção e da moral como fenômenos sociais diferentes, mas relacionados” (HART, 1994, p. 1). Desde sua edição, o livro foi objeto de diversas críticas, principalmente de Dworkin, cuja obra, no aspecto pertinente às decisões judiciais, será analisada mais adiante. Tais críticas foram respondidas por Hart, em seu pós-escrito, anexado à segunda edição inglesa do seu livro, em 1994.

De forma semelhante a Kelsen, Hart afirma que o sistema jurídico está composto de regras primárias e secundárias. As primeiras são aquelas que prescrevem condutas aos cidadãos; as segundas, também chamadas de regras de reconhecimento, fornecem os critérios através dos quais pode ser aferida a validade das regras primárias.

Em seu modelo de raciocínio judicial, Hart defende que o juiz deverá aplicar o direito posto, ou seja, as normas primárias. Contudo, adverte que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre hipóteses em que não existe regulação prévia. Dessa forma, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Nesses casos, segundo esclarece, o juiz deve exercer o seu poder discricionário de criar o direito, desde que tal ato seja juridicamente limitado.

Para Hart, em caso de lacuna das normas, o juiz deverá criar o direito para solucionar o caso concreto que lhe é apresentado. Entretanto, assinala que os tribunais, ao criarem o direito novo, devem tomar por base a analogia, “de forma a assegurarem que o novo direito que criam, embora seja direito novo, está em conformidade com os princípios ou razões subjacentes, reconhecidos como tendo já uma base no direito existente” (HART, 1994, p. 337).

Coerente com o ideal positivista, Hart define o direito como sistema de normas. Contudo, abre margem à criação judicial do direito, sendo contrário à aplicação mecânica de regras e precedentes⁴⁹. Como se pode verificar, as teorias de Kelsen e Hart, embora situadas no mesmo contexto positivista são, no que tange ao objeto deste estudo, profundamente distintas do positivismo tradicional. É fácil ver que os dois teóricos abrem margem à criação judicial do direito, em tendência que será acentuada na fase pós-positivista, o que não era procedido pela Escola da Exegese.

⁴⁹ As leis exigem interpretação, para que possam ser aplicadas aos casos concretos. Uma vez removidos os mitos que obscurecem a natureza dos processos judiciais através de estudo realista, torna-se patente que a textura aberta do direito deixa um vasto campo à atividade criadora que alguns designam como legislativa. Os juízes não estão confinados, ao interpretarem, quer as leis, quer os precedentes, às alternativas de uma escolha cega e arbitrária, ou à dedução mecânica de regras com um sentido predeterminado. A sua escolha é guiada muito frequentemente pela consideração de que a finalidade das regras que estão a interpretar é razoável. Assim, não se pretende com as regras criar injustiças ou ofender princípios morais assentes. Uma decisão judicial, especialmente em questões de alta importância constitucional, envolve frequentemente uma escolha entre valores morais e não uma simples aplicação de um único princípio moral proeminente (HART, 1994, p. 220).

2.7.3 A terceira fase do raciocínio judiciário: o pós-positivismo

A partir da segunda guerra mundial⁵⁰, com a verificação de que a decisão judicial, para ser justa, não poderia limitar-se à lógica dedutiva tradicional, os teóricos passaram a buscar novas perspectivas para a problemática da decisão. Teve início, assim, o terceiro momento do raciocínio judicial, consoante esquematização introdutória já assinalada⁵¹. Assiste-se, portanto, a um período de maior aproximação entre direito e moral, muito embora não se trate propriamente de retorno ao jusnaturalismo⁵². Essa nova fase, como foi assinalado, busca a aplicação dos valores, quer por via dos princípios de direito, quer pela tópica jurídica.

Nesta parte do trabalho, procurar-se-á analisar três significativas vertentes do pensamento atual: a tópica jurídica e a nova retórica, especificamente com os expoentes Viehweg e Perelman; o raciocínio judicial aberto a princípios, através da obra de Dworkin e Alexy; o reconhecimento da pré-compreensão e as contribuições de Heidegger e Gadamer, ao lado do pensamento de Konrad Hesse e a hermenêutica constitucional concretizadora.

2.7.3.1 - A concepção tópica e retórica do raciocínio jurídico: as contribuições de Theodor Viehweg e Chaïm Perelman

De acordo com a vertente tópico-retórica do pós-positivismo, a estrutura das decisões jurídicas se funda no esforço de persuasão e convencimento. Tal linha de raciocínio foi desenvolvida por Viehweg e Perelman, cujos pontos teóricos fundamentais pertinentes à

⁵⁰ A propósito das raízes históricas que ensejaram a criação do novo modelo de legitimação para as decisões judiciais, cf. Perelman (1998, p.95): “Os fatos que sucederam na Alemanha, depois de 1933, demonstraram que é impossível identificar o direito com a lei, pois há princípios que, mesmo não sendo objeto de uma legislação expressa, impõe-se a todos aqueles para quem o direito é a expressão não só da vontade do legislador, mas dos valores que este tem por missão promover, dentre os quais figura em primeiro plano a justiça”.

⁵¹ Essa fase mereceu o seguinte comentário de Perelman: Faz algumas décadas que assistimos a uma reação que, sem chegar a ser um retorno ao direito natural, ao modo próprio dos séculos XVII e XVIII, ainda assim confia ao juiz a missão de buscar, para cada litígio particular, uma solução equitativa e razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito. Mas é-lhe permitido para realizar a síntese buscada entre a equidade e a lei tornar esta mais flexível graças à intervenção crescente das regras de direito não escritas, representadas pelos princípios gerais do direito e pelo fato de se levar em consideração os tópicos jurídicos. Essa nova concepção acresce a importância do direito pretoriano, fazendo do juiz o auxiliar e o complemento indispensável do legislador: inevitavelmente, ela aproxima a concepção continental do direito da concepção anglo-saxã, regida pela tradição da *common law* (PERELMAN, 1998, p. 185).

⁵² Perelman pergunta se essa nova fase significaria o renascimento do direito natural. E ele mesmo responde: “Certamente não, na medida em que o direito natural racionalista acreditava poder formular princípios unívocos de alcance universal. Mas, certamente sim, se se trata de rejeitar a concepção positivista, legalista e estatizante do direito, expressão da vontade arbitrária de um poder soberano, que nenhuma norma limita e não é submetido a nenhum valor” (PERELMAN, 1998, p. 95).

legitimação das decisões judiciais são aqui analisados. Theodor Viehweg foi responsável, a partir da publicação de sua obra *Tópica e Jurisprudência*, em 1953, pela retomada da controvérsia acerca da metodologia a ser utilizada no campo do direito. Para tanto, buscou atualizar a tópica tradicional através principalmente de instrumentos contemporâneos de lógica e lingüística⁵³.

Para desenvolver sua tese, Viehweg parte dos estudos formulados por Vico⁵⁴, para quem haveria a prevalência do método científico antigo. Este tinha por base a tópica aristotélica, em comparação com o método novo, que seguia o modelo cartesiano. Em seu estudo, o autor volta-se ao estudo da tópica, tanto de Aristóteles⁵⁵ quanto de Cícero⁵⁶. A partir do resgate dos elementos mencionados, Viehweg caracteriza a tópica utilizando três elementos intrinsecamente ligados: o objeto, o instrumento de operação e o tipo de atividade (ATIENZA,2002, p. 65).

Sob o ponto de vista do objeto, a tópica é uma técnica do pensamento problemático. Para Viehweg (1979, p. 33), o “ponto mais importante no exame da tópica constitui a afirmação de que se trata de uma *techne* do pensamento que se orienta para o problema”⁵⁷. Sob o aspecto do instrumento utilizado pela tópica, Viehweg (1979, p. 38) retoma a noção grega de *topoi*, lugar comum, que serve de base à discussão dos problemas. Segundo ele, “a função dos *topoi*, tanto gerais como especiais, consiste em servir a uma discussão de problemas”. Os *topoi*, por seu turno, podem ser organizados em catálogos de *topoi*, os quais, uma vez formados, produzem um vínculo lógico no desenvolvimento do pensamento⁵⁸. Têm, assim, “uma extraordinária importância no sentido da fixação e da construção de um entendimento comum” (VIEHWEG, 1979, p. 41). Finalmente, sob o ângulo do tipo de atividade, a tópica é uma busca e exame de premissas. O que a caracteriza é o fato de que a ênfase do modo de pensar recai nas premissas e não nas conclusões⁵⁹.

⁵³ A linha de raciocínio dessa obra é assim resumida por Margarida Maria Lacombe Camargo: Sua tese é a de que a forma de pensar tópico-problemática da jurisprudência romana, que construía sua justiça a partir de decisões concretas e daí extraía princípios que lhe servissem de fundamento de validade, não se perdeu, apesar de toda ênfase dada à idéia de sistema pela dogmática jurídica dos modernos (CAMARGO, 2001, p. 144).

⁵⁴ Gian Battista Vico. *O caráter dos estudos do nosso tempo*, escrito em 1708.

⁵⁵ A *Tópica* é uma das seis obras Aristotélicas que mais tarde foram incluídas no *Organon* (VIEHWEG, 1979, p.23).

⁵⁶ Cícero, filósofo Romano, escreveu sua *Tópica* em 44 a.C (VIEHWEG, 1979, p.27).

⁵⁷ Para Viehweg, a estrutura da ciência do direito - jurisprudência nas palavras do autor - somente pode ser determinada a partir do problema. Assim, o autor concebe a ciência do direito como uma discussão permanente de problemas postos historicamente, mas que não se perdem da noção de justiça (CAMARGO, 2001, p. 164).

⁵⁸ Viehweg adverte que não se pode estender demasiadamente esse vínculo lógico, tendo em vista que o modo de pensar problemático é esquivo a vinculações e só permite conjuntos de deduções de curto alcance (VIEHWEG, 1979, p. 41).

⁵⁹ Para resumir o modelo tópico proposto, vale transcrever as palavras de Viehweg: “Este sistema é extraído da retórica. Mantém-se estruturalmente conectado com a retórica e se restringe a um sistema argumentativo. Está

Assim, a grande contribuição do autor para a evolução do raciocínio jurídico foi a retomada da tópica e, conseqüentemente, o fato de privilegiar o âmbito da criação judicial do direito, que fora afastada pelo positivismo tradicional⁶⁰. Essa importância dada ao estudo da decisão vem se consolidar com os trabalhos sobre teoria da argumentação e nova retórica de Chaïm Perelman. Esse último autor também se vale da tópica e da retórica aristotélicas, passando a desenvolver sua teoria da argumentação, trabalho que elabora com Lucie Olbrechts-Tyteca, na década de 1950. Os estudos na área jurídica, contudo, se estenderam por mais de trinta anos, dando margem, entre outros escritos menos significativos, à publicação de *Ética e Direito* e, posteriormente, de *Lógica Jurídica - Nova Retórica*, onde o autor aplica o estudo prévio desenvolvido em seu *Tratado da Argumentação* ao mundo jurídico.

Perelman procura então desenvolver uma metodologia⁶¹ capaz de permitir o uso prático da razão, elaborando uma lógica de juízos de valor que não os fizesse depender do arbítrio de cada julgador. Para tanto, utiliza-se do recurso às técnicas argumentativas, como forma de permitir a aceitação das decisões judiciais.

Estruturando os pressupostos de sua teoria, distingue as noções de demonstração e argumentação. Segundo ele, a primeira retira suas conclusões a partir de uma lógica formal, em que se encontram enunciados os axiomas e formuladas as regras de dedução admitidas. Assim, aceitando-se a verdade dos axiomas e não havendo dúvidas quanto à coerência do sistema, então, caso a demonstração esteja correta, cumpre unicamente a aceitação do resultado.

Tal raciocínio, contudo, não se aplica à argumentação, uma vez que esta nunca é impositiva. As técnicas de argumentação fornecem, na verdade, um conjunto de razões mais

integralmente orientado para problemas. Para resolvê-los, tanto no campo da investigação como no da dogmática, oferece uma combinação de pontos de vista (*topoi*), os quais são discutidos. O agrupamento dos *topoi* correspondentes aos problemas pode ser entendido como um sistema clássico no campo do direito no sentido de que os outros sistemas podem ser desenvolvidos a partir dele. O sistema tópico está em permanente modificação. Suas respectivas formulações indicam, meramente, progressivas etapas da argumentação lidando com problemas particulares. O sistema pode ser razoavelmente chamado de um sistema aberto, já que a discussão, isto é, seu enfoque de um problema particular, está aberto a novos pontos de vista. Em relação ao seu conteúdo, este renuncia à noção de um argumento final ou decisivo, porém recomenda um método de argumentação que proceda não dedutivamente, mas dialogicamente. Sua *ultima ratio* é o discurso razoável (*Verenunftiges Reden*)” (VIEHWEG, 1969, p.3).

⁶⁰ Manuel Atienza assinala que “o mérito fundamental de Viehweg não é ter construído uma teoria e sim ter descoberto um campo para investigação”. Para ele, o autor ressaltou “a necessidade de raciocinar também onde não cabem fundamentações conclusivas, e a necessidade de explorar, no raciocínio jurídico, os aspectos que permanecem ocultos se examinados de uma perspectiva exclusivamente lógica” (ATIENZA, 2002, p. 77).

⁶¹ Sobre a contraposição da metodologia do autor e de Kelsen, Perelman afirma: “Para constituir uma ciência do direito tal como ele é, e não tal como deveria ser, é preciso, ao que me parece, renunciar ao positivismo jurídico, tal como é concebido por Kelsen, para se consagrar a uma análise detalhada do direito positivo, tal como se manifesta efetivamente na vida individual e social e, mais particularmente, nas cortes e tribunais. Esta revela, de fato, que o dualismo kelseniano não corresponde nem à metodologia nem à prática judiciária” (PERELMAN, 1996, p. 477).

ou menos fortes que, partindo do mesmo ponto, podem conduzir a conclusões diferentes e até opostas. Nesse contexto, não se procura, necessariamente, distinguir o “certo” do “errado”, conforme esclarece o autor: “A argumentação não visa à adesão a uma tese exclusivamente pelo fato de ser verdadeira. Pode-se preferir uma tese à outra por parecer mais eqüitativa, mais oportuna, mais útil, mais bem adaptada à situação” (PERELMAN, 1998, p. 156).

Outro elemento primordial para a análise da teoria de Perelman é a noção de auditório. Isso porque um discurso somente é eficaz se adaptado ao auditório que se quer persuadir e convencer⁶². Para o autor, as decisões judiciais devem satisfazer três auditórios diferentes: as partes em litígio, os profissionais do direito envolvidos e a opinião pública. Assim, tendo em vista a busca de consentimento de auditórios diferentes, as justificações das decisões devem lançar mão de argumentos de ordem não só jurídica, mas também moral, social, econômica e política.

Quanto à aplicação da nova retórica e dos valores no raciocínio do juiz, Perelman (1998, p. 183) destaca que o raciocínio judiciário visa a discernir e a justificar a solução autorizada de uma controvérsia. Neste caso, argumentações em sentidos diversos, conduzidas em conformidade com procedimentos impostos, procuram fazer valer, em situações diversas, um valor ou um compromisso entre valores, que possa ser aceito em um meio e em um momento dados (PERELMAN, 1998, p. 183).

Pelo que foi assinalado, verifica-se que, para Perelman, o juiz deve confrontar os meios de prova, os argumentos e os valores, a fim de motivar sua decisão, que deverá convencer tanto as partes, como a opinião pública. Dessa forma, a aplicação do direito não poderá limitar-se a uma simples dedução⁶³ como propugnava o positivismo jurídico tradicional. Nesse aspecto, deverá ser levado em conta o que é considerado eqüitativo ou razoável no momento da tomada de decisão. São valores que se inserirão no corpo da motivação da sentença através do desenvolvimento da argumentação.

Deve-se salientar, por fim, acompanhando-se o pensamento de Cláudio Pereira Souza Neto (2002, p. 136), que existe uma sintonia entre o normativismo kelseniano e a teoria

⁶² Sobre a distinção entre persuadir e convencer, conferir Perelman, Olbrechts-Tyteca (1996, p. 31): “Propomos chamar persuasiva a uma argumentação que pretende valer só para um auditório particular e chamar convincente àquela que deveria obter a adesão de todo ser racional”.

⁶³ Para o autor, “assimilar o raciocínio judiciário a um silogismo, cuja conclusão seria verdadeira, porque pode ser demonstrada formalmente a partir de premissas verdadeiras, é mascarar a própria natureza do raciocínio prático, é transformá-lo num raciocínio impessoal, do qual se terá eliminado todo o fator de decisão, que é, contudo, essencial. O que há de especificamente jurídico no raciocínio do juiz não é de modo algum a dedução formalmente correta de uma conclusão a partir de premissas – nisso a dedução em direito nada tem de particular - mas são os raciocínios que conduzem ao estabelecimento dessas premissas no âmbito de um sistema de direito em vigor” (PERELMAN, 1996, p. 481).

de Perelman. É que, para ambos, no âmbito do direito, “não é possível pensar a decisão judicial como verdadeira”. Contudo, as teorias se distanciam a partir do ponto em que o normativismo kelseniano exclui da teoria jurídica a reflexão acerca do momento da criação do direito, que é considerada uma questão a ser estudada pela política ou psicologia. Já a proposta da tópica “é justamente incluir no âmbito da teoria do direito uma teoria da decisão judicial, que tome por base como efetivamente se constrói o raciocínio judiciário” (SOUZA NETO, 2002, p. 138).

2.7.3.2 O raciocínio judicial aberto aos princípios: os estudos de Ronald Dworkin e Robert Alexy

Outra vertente do pós-positivismo de fundamental relevância é aquela que busca recuperar a força normativa dos princípios de direito, com todo seu potencial valorativo. Tal vertente, no aspecto relativo às decisões judiciais, será estudada neste tópico, a partir dos expoentes Dworkin e Alexy.

O estudo da teoria da decisão judicial recebeu grande contribuição de Ronald Dworkin, que criou um modelo segundo o qual o trabalho do juiz é “reconstruir racionalmente a ordem jurídica vigente, identificando os princípios fundamentais que lhe dão sentido” (SOUZA NETO, 2002, p. 237). Significa dizer que a sentença do juiz se situa numa dimensão intermediária entre a mera aplicação silogística defendida pela Escola da Exegese e o ato de vontade idealizado pelo normativismo jurídico.

A proposta de Dworkin contrapõe-se ao modelo positivista do raciocínio judicial, em especial o pensamento de Hart. Funda-se, principalmente, no problema relativo aos *hard cases*⁶⁴. A partir deste pressuposto, desenvolve sua idéia de que, quando existem lacunas nas normas, o juiz deverá tomar sua decisão pautando-se nos princípios⁶⁵. Assim, com base no positivismo, o juiz praticaria um ato de vontade para resolver os “casos difíceis”. Porém, de acordo com a teoria de Dworkin, deveria aplicar os princípios em sentido amplo, que se subdividem em princípios em sentido estrito e políticas.

⁶⁴ Os *hard cases* são aqueles em que existe incerteza, a qual se funda no fato de existir mais de uma norma contraditória que regule o mesmo caso ou em não existir norma específica aplicável.

⁶⁵ Nas palavras do autor: “Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H.L.A como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário. Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicas, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões” (DWORKIN, 2007, p. 35)

Para um melhor entendimento da teoria, é mister definir-se os três conceitos mencionados. Dworkin (2007, p. 36) conceitua princípios em sentido amplo como “todo conjunto de padrões que não são regras”. Política, por seu turno, é “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma mudança ou melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”. Por fim, princípio em sentido estrito é um “padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Para Dworkin, nos casos comuns, devem ser aplicadas as normas, através do método lógico-dedutivo. Na hipótese de conflito entre regras, deverá ser adotado o critério de validade, pelo qual uma das normas será necessariamente descartada. Em caso de inexistência de normas, deverão ser aplicados os princípios em sentido estrito e as diretrizes, sendo que aqueles sempre deverão prevalecer sobre estas. Em caso de colisão dos princípios entre si, deverá o juiz levar a efeito um processo de ponderação do peso de cada princípio envolvido.

De relevante importância para a compreensão da teoria em análise é a noção do juiz “Hércules”. Trata-se de um julgador imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade. Para Dworkin (2007, p. 165) “Hércules” é juiz em alguma jurisdição importante dos Estados Unidos e aceita as principais normas constitutivas e regulativas não controvertidas do direito em sua jurisdição⁶⁶.

Tal conceito é importante porque o modelo de raciocínio judicial de Dworkin prevê uma única resposta correta, a qual é encontrada pelo juiz “Hércules” a partir do direito preestabelecido, consistente em normas, princípios e diretrizes⁶⁷. Ressalte-se, porém, que, no

⁶⁶ Nas palavras do autor: “Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teoria sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essa teoria da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para este fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (rationale), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo”. (DWORKIN, 2007, p. 165)

⁶⁷ Muitas objeções à construção idealizada do “Juiz Hércules” são apontadas e enfrentadas por Dworkin (2007, p.202). Dentre essas objeções, uma das mais importantes seria a apontada por Dworkin (2007, p. 202) no sentido de que “a técnica de Hércules é apropriada para Hércules, que, por hipótese, tem grande percepção moral. Negaria, porém, que a mesma técnica fosse apropriada aos juízes em geral”. Porém, o próprio Dworkin responde à objeção: “a técnica de Hércules encoraja um juiz a emitir seus próprios juízos sobre os direitos institucionais. Poder-se-ia pensar que o argumento extraído da falibilidade judicial sugere duas alternativas. A primeira argumenta que, por serem falíveis, os juízes não devem fazer esforço algum para determinar os direitos institucionais das partes diante deles, mas que somente devem decidir os casos difíceis com base em razões políticas ou, simplesmente, não decidi-los. Mas isso é perverso. A primeira alternativa argumenta que, por desventura e com frequência, os juízes tomarão decisões injustas, eles não devem esforçar-se para chegar a

ensaio *Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos*, Dworkin (2001, p. 175-216) retoma a discussão travada com os positivistas em torno da possibilidade de uma resposta correta para os chamados casos difíceis e refuta muitos argumentos contrários. Dworkin (2001, p. 216), contudo, se mostra aberto a um novo nível de debate, desta vez sob o ponto de vista filosófico, apontando, no entanto, que tais objeções ainda não foram formuladas por aqueles que negam a possibilidade de uma única resposta correta⁶⁸.

Pelo exposto, verifica-se que, ao organizar seu modelo de raciocínio judicial, Dworkin procurou reduzir o âmbito da discricionariedade do juiz defendido pelo normativismo jurídico, a partir do momento em que não considera a sentença como um ato de vontade, mas como ato fundado nos princípios em sentido amplo.

A exemplo de Dworkin, Alexy desenvolve sua teoria inserindo os princípios no seu modelo de sistema jurídico. Comunga também com a preocupação de Dworkin, no sentido de restringir o âmbito da discricionariedade judicial. Entretanto, sob o ponto de vista da decisão judicial, a grande diferença entre Dworkin e Alexy é que este desenvolve uma teoria procedimental para a obtenção da resposta correta, evitando, dessa forma, o recurso ao juiz “Hércules” desenvolvido por Dworkin.

Alexy define o sistema jurídico como um conjunto integrado de regras, princípios e procedimentos. Para ele, as regras são mandatos definitivos, enquanto os princípios são mandatos de otimização. Daí decorre sua principal distinção, já que os princípios não

decisões justas. A segunda alternativa sustenta que, por serem falíveis, os juízes devem submeter a outros as questões de direito institucional colocadas pelos casos difíceis. (...) Assim, essa forma de ceticismo não configura, em si mesma, um argumento contra a técnica de decisão judicial de Hércules, ainda que sem dúvida sirva, a qualquer juiz, como um poderoso lembrete de que pode muito bem errar nos juízos políticos que emite e que deve, portanto, decidir os casos difíceis com humildade”.

⁶⁸ Nas palavras do autor: “Argumento que há duas dimensões ao longo das quais se deve julgar se uma teoria fornece a melhor justificação dos dados jurídicos disponíveis: a dimensão da adequação e a dimensão da moralidade política. A dimensão da adequação supõe que uma teoria política é por tanto uma justificativa melhor que outra, se, grosso modo, alguém que a sustentasse pudesse, a serviço dela, aplicar mais daquilo que está estabelecido do que alguém que sustentasse a outra. Duas teorias diferentes podem fornecer justificativas igualmente boas, segundo essa dimensão, em sistemas jurídicos imaturos, com poucas regras estabelecidas, ou em sistemas jurídicos que tratam apenas de um âmbito limitado da conduta de seus participantes. Mas, em um sistema moderno, desenvolvido e complexo, a probabilidade antecedente desse tipo de empate é muito pequena. [...] Será raro que muitos juristas concordem que nenhuma teoria fornece uma adequação melhor que a outra. Já a segunda dimensão - a dimensão da moralidade política - supõe que se duas justificativas oferecem uma adequação igualmente aos dados jurídicos, uma delas, não obstante, oferece uma justificativa melhor que a outra se for superior enquanto teoria política ou moral; isto é, se apreende melhor os direitos que as pessoas realmente têm. A disponibilidade dessa segunda dimensão torna ainda mais improvável que algum caso específico não tenha nenhuma resposta correta. Mas a força da segunda dimensão [...] será objeto de disputa, porque juristas que sustentam tipos diferentes de teoria moral irão avaliá-las de maneira diferente” (DWORKIN, 2001:213-214). Assim, segundo o autor, a refutação da tese de que existe uma resposta correta para casos difíceis deve vir de um argumento filosófico, de modo a contestar que em um sistema jurídico complexo e abrangente, é improvável que duas teses diverjam a ponto de exigir respostas diferentes. Além disso, deve fornecer argumentos que justifiquem certo ceticismo moral, para além do qual se mostre impossível, com base na moralidade política, preferir uma das teorias (DWORKIN, 2001, p. 215-216).

requerem a realização integral de seu dispositivo, podendo ser aplicados em diferentes graus. É necessário, porém, que o juiz recorra à ponderação na hipótese de conflito entre eles. A aplicação das regras, ao contrário, é necessariamente excludente, sendo resolvida em termos de validade jurídica ou social (ALEXY, 1998, p. 11-12).

Alexy estabelece, ainda, as regras e formas do discurso prático geral, que se subdividem em regras fundamentais, regras da razão, regras sobre a carga da argumentação, formas dos argumentos, regras de fundamentação e regras de transição. O discurso jurídico, na opinião do autor, nada mais é que um caso especial do discurso prático geral. Desenvolve também sua teoria da argumentação jurídica, na qual estruturou as regras e formas de justificação interna e externa, regras e formas de interpretação, regras da argumentação dogmática, regras sobre o uso dos precedentes e forma dos argumentos jurídicos especiais⁶⁹.

Tais regras e formas do discurso prático, geral e jurídico, contudo, nem sempre permitem alcançar uma única resposta correta. Apesar dessa limitação, ensejam um maior grau de racionalidade prática, de forma que a resposta correta é tida como idéia reguladora. Para melhor explicitar a teoria, convém observar que, para Alexy (1988, p. 151), a questão decisiva é que os participantes de um discurso jurídico, independentemente de se existe ou não um única resposta correta, devem manter a pretensão de que a sua resposta é a única correta. Isso significa que eles devem pressupor a única resposta correta como idéia reguladora. Essa idéia reguladora não pressupõe que exista, para cada caso, uma única resposta correta. Pressupõe apenas que, em alguns casos, pode-se dar uma única resposta correta e que não se sabe em que casos é assim, de maneira que vale a pena procurar encontrar, em cada caso, a única resposta correta (ALEXY, 1988, p.151).

Pelo que se verifica, em sua teoria, Alexy desenvolve um modelo de raciocínio judicial balizado por um procedimento estruturado em regras procedimentais. Essas regras garantem a racionalidade da argumentação e de seus resultado. Têm, assim, por objetivo a obtenção de uma única resposta correta, procedimento com o qual se busca controlar a atividade do julgador.

⁶⁹ Dado o objeto do presente trabalho, não cabe explicitar-se aqui as regras propostas por Alexy, de maneira aprofundada. Contudo, vale conferir a tabela das regras e formas elaboradas, inserta na sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica* (2005, p. 283-288).

2.7.3.3 O reconhecimento da pré-compreensão: as contribuições de Heidegger e Gadamer e a Hermenêutica Constitucional Concretizadora de Konrad Hesse.

Finalmente, para encerrar esse rápido panorama do pensamento jurídico contemporâneo, não há como se olvidar os estudos hermenêuticos de Heidegger e Gadamer, que analisaram e difundiram o conceito da pré-compreensão. Heidegger (1988, p. 207) entende que a interpretação de algo se funda, essencialmente, numa posição prévia, visão prévia e concepção prévia. A interpretação, segundo o autor, nunca é a apreensão de um dado preliminar isenta de pressuposições.

Gadamer (2003, p. 360) afirma que somente o reconhecimento do “caráter essencialmente preconceituoso da compreensão pode levar o problema hermenêutico à sua real agudeza” Preconceito, para o autor, não significa de modo algum falso juízo. Ao contrário, segundo esclarece, o significado de preconceito permite que esse possa ser valorado positiva ou negativamente. Gadamer (2003, p. 368) destaca, assim, a necessidade de se reabilitar o conceito de preconceito e “reconhecer que existem preconceitos legítimos”.

Para Gadamer (2003, p. 460), de igual forma, toda experiência hermenêutica pressupõe uma inserção no processo de transmissão da tradição. Há um movimento antecipatório da compreensão, a pré-compreensão, que constitui um momento essencial do fenômeno hermenêutico e é impossível ao intérprete desprender-se do círculo da compreensão. O autor entende, como processo hermenêutico unitário, a compreensão, a interpretação e a aplicação. Considera que o trabalho do intérprete se dá a partir de uma fusão de horizontes, porque compreender é sempre um processo de fusão dos horizontes presumivelmente dados por si mesmos. Compreender uma tradição implica projetar um horizonte histórico que vai originar um novo horizonte. Um texto histórico somente é interpretável a partir da historicidade do intérprete.

Gadamer (2003, p. 26) enfatiza que a consciência hermenêutica deve ter em mente que a pretensão de domínio do pensamento filosófico é algo irreal. Assim, aquele que filosofa deve ter consciência da tensão entre as suas próprias pretensões e a realidade na qual se encontra.

As análises empreendidas do pensamento de Heidegger e Gadamer são fundamentais para a concretização dos direitos fundamentais. Dado o caráter aberto e amplo da constituição, os problemas de interpretação surgem com maior frequência do que em outros ramos do direito, em que as normas são mais detalhadas.

Nesse sentido, afirma Konrad Hesse (1992, p. 35) que o objetivo da interpretação constitucional é deduzir o resultado constitucionalmente correto através de um procedimento racional e controlável. Deve, ainda, fundamentar esse mesmo resultado, criando certeza e previsibilidade jurídicas e não apenas a solução de determinado caso concreto.

A teoria tradicional da interpretação procura revelar a vontade objetiva da norma ou a vontade subjetiva do legislador mediante a análise do texto, de seu processo de criação, além do sentido e finalidade da norma. Porém, para Hesse (1992, p. 38) essa idéia tradicional apresenta uma série de dificuldades, em especial porque os métodos de interpretação tradicional não oferecem orientação suficiente, já que deixam em aberto que orientação seguir quando conduzem a resultados de interpretação diferentes.

Pode-se afirmar que a interpretação constitucional deve ser concretizadora. Procurando precisar esta última idéia, Canotilho (2003, p. 1201) esclarece que concretizar a constituição traduz-se no processo de densificação de regras e princípios constitucionais. Densificar uma norma, por outro lado, significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente necessitado de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. Segundo Hesse (1998, p. 61), interpretação constitucional é concretização de modo que “o conteúdo da norma interpretada concluiu-se primeiro na interpretação”.

Inicialmente, cumpre frisar que a concretização da constituição pressupõe um entendimento do conteúdo da norma. Esse pressuposto se relaciona à pré-compreensão e ao problema concreto a ser resolvido. Para Hesse (1998, p. 61), o intérprete entende o conteúdo da norma a partir de uma pré-compreensão. Destaca, nesse sentido, a importância de tornar consciente e fundamentar essa pré-compreensão, com o objetivo de “proteger-se contra o arbítrio de idéias e a estreiteza de hábitos de pensar imperceptíveis e dirigir o olhar para as coisas mesmas”. O autor ressalta, ainda, a segunda condição da interpretação constitucional: o entendimento. Dessa forma, a concretização somente é possível a partir do método tópico do caso concreto (HESSE, 1998, p. 62).

Para Hesse (1998, p. 63), a vinculação da interpretação à norma concretizada, à (pré)compreensão do intérprete e ao problema a ser resolvido tem significado negativo e positivo. Negativamente, significa que não pode haver método de interpretação autônomo, separado desses fatores. Positivamente, significa que o procedimento de concretização deve ser determinado pelo objeto da interpretação, pela constituição e pelo problema respectivo.

O procedimento de concretização proposto por Hesse (1998, p. 63) prevê que no exame tópico, guiado e limitado normativamente, devem ser achados e demonstrados pontos

de vista dirigentes, fundamentando-se a decisão final da maneira mais convincente possível. Se esses pontos de vista contêm premissas materialmente apropriadas, elas possibilitam deduções que conduzem ou contribuem para a resolução de problemas. O intérprete, então, deve escolher os pontos de vista (*topoi*) apropriados, excluindo os demais.

Hesse (1992, p. 45) esclarece que aos princípios de interpretação constitucional corresponde a missão de orientar o processo de interpretação. Dentre esses princípios, ressalta, em primeiro lugar, o princípio da unidade da constituição, pelo qual a constituição deve ser sempre interpretada de tal maneira que se evitem contradições com as outras normas da mesma constituição. Em íntima relação com o primeiro, Hesse (1992, p. 46) relaciona o princípio da concordância prática, que estabelece os limites dentro da ponderação de valores, na hipótese de conflito entre os bens jurídicos protegidos pela norma constitucional.

Hesse (1992, p. 47) destaca, ainda, o princípio da correção funcional, segundo o qual, se a constituição regula de uma determinada maneira a repartição de atribuições dos agentes das funções estatais, o órgão de interpretação deve manter-se fiel às funções previamente estabelecidas. Acrescenta que esse princípio é aplicável em particular às relações entre o legislador e o tribunal constitucional, limitando-se as atividades deste último. Afasta-se, assim, uma interpretação que conduza a uma restrição da liberdade conformadora do legislador além dos limites estabelecidos pela constituição.

Outro princípio destacado por Hesse (1992, p. 47) é o da eficácia integradora. Com base nele, se a constituição se propõe a criação e manutenção da unidade política, tal fato exige que se dê preferência à interpretação que promova e mantenha a dita unidade.

O último princípio apontado por Hesse (1992, p. 47) é o da força normativa da constituição, segundo o qual se deve dar preferência à solução dos problemas jurídico-constitucionais que conduzam à máxima efetividade da norma constitucional. De acordo com esse princípio, deve-se ter compromisso com a efetividade da constituição de forma que, entre interpretações possíveis, dever-se-á preferir aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando-se, ao máximo, soluções que “se refugiem no argumento da não auto-aplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador” (BARROSO; BARCELOS, 2006, p. 364).

2.8 A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

Expostas as teorias mais relevantes sobre o conteúdo e a classificação dos direitos fundamentais, importa assinalar que, numa perspectiva atual, reconhecem-se os direitos

fundamentais como tendo uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. Segundo Sampaio (2005, p. 34) em sua significação objetiva, “os direitos fundamentais representam as bases do consenso sobre os valores de uma sociedade democrática, ou seja, sua função é a de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático escolhido pelos cidadãos”. Já em sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais “têm a função de tutelar a liberdade, a autonomia e a segurança dos cidadãos, não só em suas relações com o Estado, mas em relação aos demais membros da sociedade” (SAMPAIO, 2005, p. 35).

Tais dimensões são importantes porque uma das discussões mais atuais no debate relativo à publicização do direito privado ou mesmo da superação da dicotomia entre direito público e direito privado é aquela relativa à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A questão se coloca no sentido se existe tal vinculação. Respondendo-se afirmativamente à primeira indagação, é preciso observar em que medida se dá tal vinculação.

Atualmente existe certa tendência em aceitar a eficácia privada dos direitos fundamentais. Esse entendimento, entretanto, não exclui concepções que negam a eficácia frente terceiros. Em termos gerais, pode-se dizer que a grande discussão atual é em que medida ou intensidade se dá essa vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Conforme ressalta Alexy (2002, p. 511) as questões a serem equacionadas são o “como” e o “em que medida” se dá a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Para que se possa analisar tal questão, mister apontar-se as teorias ou concepções sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Isso é feito mediante a análise de cinco teorias principais: 1) as que negam a eficácia perante terceiros; 2) as que atribuem eficácia mediata; 3) as que atribuem eficácia imediata; 4) as que formulam imputação ao Estado; 5) a teoria integradora.

De acordo com Juan Maria Bilbao Ubillos (2003, p.299), as concepções que negam a eficácia frente a terceiros justificam de que tal eficácia “pode ser uma espécie de cavalo de tróia que destrua o sistema construído sobre a base da autonomia privada”. Com efeito, são poucos os autores que negam a relevância dos direitos fundamentais na esfera do direito privado, mas ainda há aqueles que consideram desnecessária ou perigosa tal aplicação.

A teoria da eficácia mediata, ou eficácia indireta, foi inicialmente formulada por Günther Düring e recebeu apoio decisivo ao ser adotada pelo Tribunal Constitucional Alemão no famoso caso Luth⁷⁰. Os postulados dessa teoria foram assim resumidos por Wilson

⁷⁰ O caso Lüth refere-se a uma ação cominatória contra uma conclamação ao boicote público formulado por Erich Lüth contra o filme *Amada Imortal*. O Tribunal de Justiça de Hamburgo sentenciou no sentido de que o Sr. Erich Lüth se abstinhasse de pedir e conclamar as pessoas, através de seu Clube de Imprensa, a boicotar o filme,

Steinmetz (2004, p. 136-137): a) as normas de direitos fundamentais produzem efeitos nas relações entre particulares por meio das normas e dos parâmetros dogmáticos, interpretativos e aplicativos, próprios do direito privado; b) a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares está condicionada à mediação concretizadora do legislador de direito privado, em primeiro plano, e do juiz e Tribunal, em segundo plano; c) ao legislador cabe o desenvolvimento concretizante dos direitos fundamentais por meio da criação de regulações normativas específicas que delimitem o conteúdo, as condições de exercício e o alcance desses direitos nas relações entre particulares; d) ao juiz e aos tribunais, ante o caso concreto e na ausência de desenvolvimento legislativo específico, compete dar eficácia às normas de direitos fundamentais por meio da interpretação e aplicação dos textos de normas imperativas de direito privado, sobretudo daqueles textos que contêm cláusulas gerais⁷¹.

Fixados tais pontos principais, verifica-se que, para a teoria da eficácia mediata, os direitos fundamentais não incidem nas relações entre particulares como direitos subjetivos constitucionais, mas como normas objetivas de princípio ou como sistema de valores ou ordem objetiva de valores. Dessa maneira, possuem uma eficácia “modulada” legislativamente ou segundo parâmetros dogmáticos interpretativos e aplicativos específicos do direito privado.

A teoria da eficácia imediata ou direta, por seu turno, foi inicialmente formulada por Hans Carl Nipperdey e adotada pela primeira vez, segundo Steinmetz (2004, p. 164) pela Câmara Primeira do Tribunal Federal do Trabalho na Alemanha em 1964. Da mesma forma que a teoria da eficácia mediata, essa teoria também atribui aos direitos fundamentais uma dupla dimensão, objetiva e subjetiva, e uma eficácia operante em todo ordenamento jurídico. A diferença básica está no fato de a teoria da eficácia imediata propor a aplicação direta de normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares.

com fulcro em disposição do Código Civil alemão. Lüth recorreu ao Tribunal Federal Constitucional alegando violação do direito fundamental à liberdade de expressão, que envolveria a possibilidade de influir sobre as pessoas por meio do uso da palavra. O Tribunal Constitucional, em 15 de janeiro de 1958, deu provimento ao recurso interposto, decidindo que ao Judiciário cabe sempre examinar se os dispositivos legais a serem aplicados guardam compatibilidade material com os direitos fundamentais. Assim, prevaleceu a visão de que o juiz civil está vinculado aos direitos fundamentais e que há um efeito irradiante desses direitos sobre o direito privado (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 263).

⁷¹ As cláusulas gerais constituem em formulações legais de caráter genérico e abstrato, com natureza de diretriz, cujos valores serão ponderados pelo juiz na análise do caso concreto. Têm a função de dotar o código de maior mobilidade, mitigando regras mais rígidas. Ademais, têm a função de integração dos diferentes princípios e direitos adotados em nossa sociedade pluralista, consistindo na possibilidade de o juiz aplicar a lei com ampla liberdade axiológica, ponderando os interesses em conflito no caso concreto. Têm, ainda, a função de instrumentalizar as normas jurídicas aos fins teleologicamente considerados pelo legislador.

Steinmetz (2004, p. 168) resumiu, dessa forma, as premissas básicas dessa teoria: a) as normas de direitos fundamentais conferem ao particular uma posição jurídica oponível não só ao Estado, mas também aos demais particulares; b) os direitos fundamentais são e atuam como direitos subjetivos constitucionais, independentemente de serem públicos ou privados; c) como direitos subjetivos constitucionais, a não ser que a constituição estabeleça de forma diversa, operam eficácia independentemente da existência de regulações legislativas específicas ou do recurso interpretativo-aplicativo das cláusulas gerais do direito privado.

A teoria da imputação ao Estado, desenvolvida por Jürgen Schwabe, entende que tanto os problemas que a teoria dos direitos à proteção pretende resolver como o problema da vinculação aos particulares a direitos fundamentais são explicados e resolvidos no marco teórico dos direitos fundamentais como direitos de defesa ante o Estado (STEINMETZ, 2004, p. 175). Segundo Schwabe, toda lesão de direito fundamental entre particulares deve ser imputada ao Estado, porque a lesão, em última análise, resulta de uma permissão ou não proibição estatal.

A teoria integradora, por seu turno, propõe um modelo em três níveis que integra as três teorias básicas: teoria da eficácia mediata, teoria da eficácia imediata e teoria da imputação. Foi desenvolvida por Alexy (2002, p. 516) e possui três níveis: o dos deveres do Estado, o dos direitos ante o Estado e o das relações jurídicas entre particulares.

A teoria da eficácia mediata, para Alexy, situa-se no nível dos deveres do Estado. Os direitos ante o Estado situam-se no segundo nível, seguindo-se a teoria de Schwabe. O particular, em conflito com outro particular, tem o direito fundamental a que o judiciário leve em consideração os princípios fundamentais que apóiam a sua posição. Já no terceiro nível, situa-se a eficácia imediata de direitos fundamentais nas relações jurídicas entre particulares. Contudo, nos três casos, resulta uma eficácia imediata dos direitos fundamentais. Alexy (2002, p. 521) define a eficácia imediata levando em consideração que “por razões fundamentais, na relação cidadão/cidadão, existem determinados direitos e não direitos, liberdades e não liberdades, competências e não competências que, sem essas razões, não existiriam”.

2.9 - A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito brasileiro: a necessidade de fixação de parâmetros

Apontadas as teorias relativas à aplicabilidade das normas fixadoras de direitos fundamentais nas relações privadas, destaque-se a tendência jurisprudencial dos tribunais

brasileiros em aplicar diretamente os direitos fundamentais. Tal tendência foi reforçada pela decisão do STF, nos autos do Recurso Extraordinário nº. 201.819/RJ, julgado em outubro de 2005, através do voto divergente do Ministro Gilmar Mendes que decidiu pela aplicação dos direitos fundamentais concernentes ao contraditório, ao devido processo legal e à ampla defesa ao processo de exclusão de sócio de entidade⁷².

Na esfera trabalhista, aliás, a aplicação direta dos direitos fundamentais é ainda mais patente, principalmente nos casos de assédio moral ou revista íntima, tendo o Tribunal Superior do Trabalho, por diversas vezes se manifestado no sentido de assegurar ao empregado o respeito ao direito fundamental de intimidade e dignidade da pessoa humana⁷³.

⁷² Convém transcrever a ementa do acórdão, que discorre sobre as diversas teorias, bem como aponta o estágio atual de discussão da matéria: “Sociedade civil sem fins lucrativos. União Brasileira de Compositores. Exclusão de sócio sem garantia da ampla defesa e do contraditório. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Recurso desprovido. I. Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. Os princípios constitucionais como limites à autonomia privada das associações. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. II. Sociedade civil sem fins lucrativos. Entidade que integra espaço público, ainda que não-estatal. Atividade de caráter público. Exclusão de sócio sem garantia do devido processo legal. Aplicação direta dos direitos fundamentais à ampla defesa e ao contraditório. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. Recurso Extraordinário desprovido”. (STF, 2ª Turma, RE 201819, RJ Relator (a): Min. Ellen Gracie, Redator Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 11.10.2005).

⁷³ Como exemplo, pode ser citada a seguinte ementa: Dano moral. Presença de supervisor nos vestiários da empresa para acompanhamento da troca de roupas dos empregados. Revista visual. 1. Equivale à revista pessoal de controle e, portanto, ofende o direito à intimidade do empregado a conduta do empregador que, excedendo os limites do poder diretivo e fiscalizador, impõe a presença de supervisor, ainda que do mesmo sexo, para acompanhar a troca de roupa dos empregados no vestiário. 2. O poder de direção patronal está sujeito a limites inderrogáveis, como o respeito à dignidade do empregado e à liberdade que lhe é reconhecida no plano constitucional. 3. Irrelevante a circunstância de a supervisão ser empreendida por pessoa do mesmo sexo, uma vez que o constrangimento persiste, ainda que em menor grau. A mera exposição, quer parcial, quer total, do corpo do empregado, caracteriza grave invasão à sua intimidade, traduzindo incursão em domínio para o qual a

Conquanto a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas venha ganhando espaço no cenário jurídico nacional, é preciso deixar patente os critérios para a referida aplicabilidade. Com efeito, conforme ressalta Sarlet (2006, p. 400), “o modo pelo qual se opera a aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre os particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas”.

Neste aspecto, convém ressaltar que, no julgamento do RE 201.819, cujo acórdão já mencionado, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes foi enfático ao afirmar a necessidade de verificação das peculiaridades da cada caso concreto. Tanto assim que conclui a decisão afirmando: “estando convencido, portanto, de que as particularidades do caso concreto legitimam a aplicabilidade dos direitos fundamentais referidos (...), peço vênias para divergir, parcialmente, da tese apresentada pela eminente relatora”.

Tal aplicação diferenciada justifica-se porque, em realidade, quando se pugna pela aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, está-se diante de um conflito de direitos fundamentais: o princípio da autonomia privada e o princípio fundamental que se requer a aplicação. A solução, então, seria a mesma dos diversos casos de conflitos entre direitos fundamentais: a ponderação em cada caso concreto⁷⁴.

Nesse contexto, impõe-se a fixação de parâmetros ou *standards* no sentido de estabelecer pautas para os casos de colisão, com o objetivo de se garantir a segurança jurídica⁷⁵. Consoante menciona Daniel Sarmento (2006, p. 271), a fundamentação jurídica das decisões judiciais tem sido deficiente nesse ponto.

lei franqueia o acesso somente em raríssimos casos e com severas restrições, tal como se verifica até mesmo no âmbito do direito penal (art. 5º, XI e XII, da CF).4. Despiciendo, igualmente, o fato de inexistir contato físico entre o supervisor e os empregados, pois a simples visualização de partes do corpo humano, pela supervisora, evidencia a agressão à intimidade da Empregada.5. Tese que se impõe à luz dos princípios consagrados na Constituição da República, sobretudo os da dignidade da pessoa, erigida como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1º, inciso III), da proibição de tratamento desumano e degradante (art. 5º, inciso III) e da inviolabilidade da intimidade e da honra (art. 5º, inciso X). 6. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento para julgar procedente o pedido de indenização por dano moral. (TST RR - 2195/1999-009-05-00, DJ - 09/07/2004, 1ª Turma).

⁷⁴ Nesse sentido, transcreve-se a posição de Sarlet (2006, p. 401): “(...) no âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõe sempre uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratado de forma similar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos titulares, isto é, buscando-se uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um”.

⁷⁵ É a segurança jurídica que traz estabilidade às relações sociais juridicamente tuteláveis, em face da certeza a ela inerente. A segurança jurídica inibe o arbítrio e a violência e dá amparo às relações entre as pessoas e o Estado e entre as pessoas entre si. De acordo com a concepção tradicional, a ordem é essencial tanto à vida individual quanto à vida coletiva. Segundo Theophilo Cavalcanti Filho (1964, p. 8), essa necessidade de ordem, que traz consigo a segurança, é de tal modo profunda que tem todas as características de um fato espontâneo e natural. Assinala o autor que o objetivo primeiro do direito é a exigência de ordem e de segurança. Acrescenta que da mesma maneira que o homem cria segurança, no que diz respeito ao ambiente natural, através do

Um dos fatores fundamentais ressaltado por Sarmento (2006, p. 272) como elemento para a ponderação é a “existência e o grau de desigualdade fática entre os envolvidos”. Dessa forma, quanto mais intensa for a desigualdade, mais intensa será a proteção do direito fundamental em jogo. Acrescenta que o princípio da igualdade material “não apenas permite, mas antes impõe, na ordem jurídica brasileira, a proteção das partes mais débeis nas relações privadas” (SARMENTO, 2006, p. 274).

Outro fator destacado por Sarmento (2006, p. 278) é a autonomia do ator privado, mesmo na hipótese de uma relação jurídica manifestamente assimétrica. É que a autonomia privada constitui um valor essencial nos Estados Democráticos, exprimindo também “uma importante dimensão da idéia de dignidade da pessoa humana”. Contudo, nem todas as manifestações da autonomia privada dispõem da mesma proteção constitucional com a mesma intensidade. Nesse sentido, assinala o referido autor que a tutela da autonomia privada, no que se refere às questões existenciais, é muito mais intensa do que a conferida às decisões de caráter econômico-patrimonial. Assim, nosso ordenamento transige muito mais com as restrições à liberdade contratual do que com aquelas impostas a outras liberdades mais fundamentais, ligadas às opções e projetos de vida de cada pessoa humana.

Conforme ressalta Sarmento (2006, p. 278), no campo das relações econômicas, a essencialidade do bem é um critério importante na aferição da intensidade conferida à proteção à autonomia privada, enfatizando: “Quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo e menor a tutela da autonomia privada”.

Outro ponto destacado pelo autor é que a lesão do direito fundamental pode decorrer não apenas de um ato unilateral de outro agente privado, mas também de algum negócio bilateral, cuja validade dependa do consentimento formal do próprio afetado. Essa questão liga-se à controvérsia sobre a validade da renúncia ao exercício de direitos fundamentais. Existem, nesse caso, dois limites a serem respeitados, os quais foram expostos pelo autor: “a

conhecimento científico e da técnica, estabelece, através das normas “uma certeza e segurança na sua vida de relações, de modo a permitir a vida em sociedade” (CAVALCANTI FILHO, 1964, P. 54). A perspectiva contemporânea da segurança Jurídica aponta, por seu turno, sua dúplice natureza. Consoante lição de Almiro do Couto e Silva (2005, p.3), a segurança jurídica se ramifica em duas partes. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que tradicionalmente envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado, até mesmo quando estes se qualificarem como atos legislativos, ou seja, se refere à proteção do direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Já a perspectiva subjetiva da segurança jurídica volta-se à idéia da proteção à confiança. Couto e Silva (2005, p. 6) ressalta, ainda, que os princípios da segurança e da proteção à confiança são elementos conservadores inseridos na ordem jurídica, destinados à manutenção do *status quo* e a evitar que as pessoas sejam surpreendidas por modificações do direito positivo ou na conduta do Estado, o que acaba provocando tensão com as tendências modernizadoras do Estado.

vontade do titular do direito deve ser autenticamente livre (...) e a renúncia do exercício não pode importar em lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana, nem ao núcleo essencial dos direitos fundamentais do indivíduo” (SARMENTO, 2006, p. 282).

Apontados alguns critérios para a ponderação de interesses no âmbito da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, passa-se à análise da aplicação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho.

2.10 - O marco teórico dos direitos fundamentais como pressuposto para a consagração da tutela jurídico-trabalhista

Conforme se deixou explícito neste trabalho, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais de forma direta vem sendo reconhecida pela doutrina e jurisprudência pátria, principalmente na esfera trabalhista. Com efeito, os critérios apontados no item anterior justificam a clara aplicação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. Em relação ao primeiro critério, ou seja, à existência e o grau de desigualdade fática entre os envolvidos, verifica-se que, nas relações de emprego, encontra-se patente a desigualdade, sendo mesmo presumida e consagrada pelo princípio maior do direito do trabalho, ou seja, o princípio da proteção ao hipossuficiente.

Porém, tendo em vista que a aplicação deve ser feita caso a caso, é preciso verificar que a desigualdade fática não se demonstra de forma tão patente em todas as hipóteses de relação de emprego, máxime nos casos em que os empregadores são pessoas físicas ou microempresas. Por outro lado, conforme já se deixou assente, quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo e menor a tutela da autonomia privada.

O presente capítulo, ao tentar precisar o conceito, o histórico, a classificação, os elementos e a hermenêutica dos direitos fundamentais, buscou fixar o referencial publicístico para as análises do panorama atual das relações de trabalho, o que será empreendido no capítulo seguinte.

Ademais, conforme será desenvolvido no capítulo 5, o avanço dos estudos dos direitos fundamentais, em especial dos direitos fundamentais sociais, faz emergir a necessidade de fixação de quais seriam os direitos fundamentais trabalhistas, análise que será realizada naquele capítulo. A partir dos estudos aqui empreendidos pode-se claramente verificar que o debate sobre a natureza – pública ou privada - do direito do trabalho encontra-

se superado pela necessidade de leitura daquele ramo do direito com base no referencial publicístico dos direitos fundamentais.

Neste capítulo, foi realizada uma visão histórica da evolução do raciocínio judiciário até o reconhecimento da necessidade de fixação de uma hermenêutica constitucional concretizadora. Além disso, foram analisadas as teorias atuais de ponderação de princípios e valores. O tema que será retornado no capítulo 5, em que se apresentarão inúmeras hipóteses de ponderação em casos concretos de conflitos de direitos, inclusive com menção a certa cizânia jurisprudencial sobre cada tema.

Assim, somente uma adequada fixação da importância dos estudos atuais sobre os direitos fundamentais permite fixar o substrato teórico para o desenvolvimento posterior deste estudo, especificamente no que diz respeito à fixação do assim chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais trabalhistas que será empreendido no citado capítulo.

Antes, porém, no capítulo que se segue, analisa-se o panorama do direito do trabalho na atualidade. Essa análise permitirá situar com precisão o problema da tese, concretamente a necessidade de fixação do regime jurídico aplicável às relações trabalhistas intermediárias, não enquadráveis na tradicional categoria da relação de emprego.

3 O DIREITO DO TRABALHO CONTEMPORÂNEO

O presente capítulo busca traçar um panorama do direito do trabalho na sociedade contemporânea, pontuando suas características e crise atual. Para atingir o objetivo proposto, o texto inicia cuidando do Histórico do direito do trabalho, passando pela evolução do direito do trabalho no Brasil e pela situação deste ramo do direito diante do novo paradigma da pós-modernidade. Procede-se, outrossim, à análise do conteúdo e significado do trabalho humano, ao tempo em que se analisam as soluções encontradas para o mundo do trabalho na sociedade pós industrial, de forma específica: por um lado, as propostas flexibilizadoras e; por outro, os patamares mínimos do direito do trabalho e o chamado direito do trabalho sem adjetivos.

3.1 Evolução histórica do direito do trabalho

É importante assinalar a evolução histórica que levou ao surgimento do direito do trabalho. Embora o trabalho⁷⁶ humano tenha sido uma constante na evolução histórica das civilizações, o reconhecimento do trabalho nos moldes da relação de emprego é fenômeno relativamente recente.

Segundo Moraes Filho (1978, p. 48), a história do direito do trabalho começa somente depois da Revolução Francesa⁷⁷, no século XIX. Nesse mesmo sentido, Augusto César Leite de Carvalho (2004, p. 4-5) ressalta o surgimento do trabalho humano produtivo,

⁷⁶ Do ponto de vista etimológico, a origem da palavra “trabalho” constitui questão ainda não pacificada. Mas pode-se afirmar, de acordo com Oliveira (1997, p. 30), que o vocábulo provém do neutro latino *tripalium*, designativo de instrumento feito de três paus aguçados, algumas vezes até munidos de pontas de ferro, no qual os agricultores batiam as espigas de trigo ou de milho e também o linho, para debulhar as espigas, rasgar ou esfiar o linho. Segundo menciona o autor, *tripalium* teria variado, posteriormente, para *trepalium*. É possível que se tenha desenvolvido, em latim vulgar, o infinitivo *tripaliare*, depois *trapaliare*, superando, em uso, *laborare* e *operare*.

⁷⁷ Ressalta Carvalho (2004, p. 16) que a Revolução Francesa significou a ascensão ao poder da classe burguesa, que tinha franco domínio das finanças, comércio e indústria, animando o capitalismo. Assim, a burguesia, investida de poder econômico, já não queria conviver com a estrutura feudal da propriedade e da produção, com os tributos e a servidão. A par disso, grave crise financeira enfraquecia o Antigo Regime Absolutista de Luís XVI. A Revolução Francesa pregava o liberalismo, que significava uma reação contra o absolutismo monárquico e a origem divina do poder, pelo qual se entendia que o papel do Estado deveria ser passivo, de mero espectador da luta pela vida em sociedade. No lado econômico, a revolução pregava a subordinação ao *laissez-faire*, *laissez-passer*.

livre e por conta alheia⁷⁸ como a realidade social diferenciada que fez nascer o direito do trabalho.

Consoante assinala Moraes Filho (1978, p. 43), o direito do trabalho é um produto típico do século XIX, pois somente a partir daí surgiram as condições sociais que tornaram possível o aparecimento do direito do trabalho, como um ramo novo da ciência jurídica, com características próprias e autonomia doutrinária. Mas quais foram essas condições que ensejaram o surgimento do direito do trabalho? A pergunta envolve a análise de diversos fatores de ordem econômica, social e ideológica. Dentre os inúmeros fatores, Carvalho (2004, p. 15) menciona que o surgimento e a evolução do direito laboral têm relação mediata com a chamada Revolução Industrial⁷⁹.

Portanto, a origem primeira do direito do trabalho remete à realidade de exploração vivenciada, ao final do século XVIII, pelos trabalhadores da Europa Ocidental, que deu margem a uma série de conflitos e insurreições. Moraes Filho (1978, p. 45) ressalta, neste contexto, o império das máquinas. Com o uso desses novos instrumentos, puderam os industriais concentrar grandes massas humanas em grandes locais de trabalho, nascendo a grande indústria e o poder econômico nela concentrado. Surgem, assim, a coletivização do trabalho e a feudalização industrial.

Em relação à Revolução Industrial, José Augusto Rodrigues Pinto (1998, p. 22) afirma que se trata de um divisor de duas grandes vertentes da civilização: a desenvolvida a partir do classicismo greco-romano e a que inaugurou a modernidade industrial. Esclarece o autor que a partir da utilização da máquina como fator concorrente da mão-de-obra no processo produtivo de riqueza, todo o complexo de relações humanas sofreu alteração.

⁷⁸ Trabalho humano, porque as relações jurídicas de direito privado têm, em geral, a pessoa como sujeito, regra geral, ou seja, o direito do trabalho cuida exclusivamente do trabalho prestado pelo homem, não lhe interessando o serviço realizado por pessoa jurídica ou ideal. Trabalho produtivo, porque o homem usa seu esforço tendo a finalidade de obter os meios materiais, os bens econômicos de que necessita para subsistir. Trabalho por conta alheia porque, na empresa que surgiu após a abolição das corporações de arte e ofício, a novidade estava não apenas na divisão e técnica de trabalho, mas no fato de que ao trabalhador já não cabia o fruto de seu labor, que era agora atribuído ao titular da empresa, recebendo o obreiro, por seu turno, apenas a remuneração acertada. Trabalho livre porque o trabalhador era livre de coação absoluta para escolher entre prestar ou não trabalho, embora não estivesse investido de igual liberdade no tocante ao tempo, lugar e modo de executar essa prestação laboral (CARVALHO, 2004, p. 4-6).

⁷⁹ Carvalho (2004, p. 9) esclarece que a Revolução Industrial se iniciou com a mecanização do setor têxtil, a partir da invenção, dentre outras, da máquina de fiar, do tear hidráulico e do tear mecânico. Já a Segunda Revolução Industrial teve início na última metade do século XIX, quando se descobriu a eletricidade e se obteve a transformação do ferro em aço. Segundo ele, há autores que se referem a uma Terceira Revolução Industrial em vista do atual processo de informatização da indústria, da rapidez dos atuais meios de comunicação e da globalização dos mercados.

Acrescenta que a Revolução Industrial é um processo contínuo de transformação, podendo-se, portanto, fazer referência a três revoluções industriais⁸⁰.

Ainda como condições que ensejaram o surgimento do direito do trabalho, há que se frisar também as lutas sociais que se desenrolaram durante o século XIX. Nesse contexto, Moraes Filho (1978, p. 45) ressalta os ludistas e os cartistas, na Inglaterra; as revoluções de 1848 e 1871, na França; a revolução de 1848, na Alemanha. Em meio a essas agitações, eram firmadas espécies de acordos ou convenções coletivas de trabalho, que surgiam espontaneamente, fora da legislação do Estado. Carvalho (2004, p. 13-20) menciona que os alemães sofriam influência do Manifesto Comunista e das idéias de Ferdinand Lassale⁸¹.

Também como condição ensejadora do direito do trabalho, destaca Moraes Filho (1978, p. 46) a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, de 15 de maio de 1891. Nela, a Igreja apontava a injustiça social, acabando por aceitar e recomendar a intervenção estatal na economia como único meio capaz de conter os abusos do regime.

Finalmente, aponta Moraes Filho (1978, 47) a primeira grande guerra (1914/18) como um dos fatores preponderantes na formação do moderno direito do trabalho. As conseqüências econômicas e sociais da guerra mundial provocaram uma aceleração na marcha e possivelmente uma revisão nos próprios princípios da legislação social. O Estado interveio diretamente na questão do trabalho, até mesmo por necessidade de sobrevivência. Por outro lado, despertou a classe trabalhadora para os seus direitos, aumentando o número, o poder e o prestígio de todo o movimento trabalhista.

⁸⁰ Pinto (1998, p. 23) afirma que a primeira Revolução Industrial foi irradiada da Inglaterra para o continente europeu no primeiro quartel do século XVIII, sendo caracterizada pela transição da ferramenta de operação manual para a máquina-ferramenta. A segunda ocorreu no final do século XIX e início do século XX, sendo caracterizada pela transição da máquina-ferramenta para a mecanização proporcionada pela máquina semi-automática. Finalmente, a terceira, verificou-se no pós-guerra de 1945, caracterizada como um sistema de máquinas auto-reguladas, capaz de substituir não só a mão humana, mas até mesmo o seu cérebro.

⁸¹ Nascido em Breslau, em 1825, Lassale foi um precursor da social-democracia alemã. Dedicou-se a atividades intelectuais e políticas, consagrando-se como sindicalista e propagandista dos ideais democráticos. Foi contemporâneo de Karl Marx, com quem esteve junto na Revolução Prussiana de 1848. Entre suas obras, podem ser destacadas *A Essência da Constituição*, que é uma contribuição ao pensamento jurídico clássico que o consagrou nos domínios do direito constitucional e o *Programa dos Operários* obra fundamentalmente voltado para o estudo de problemas e indicações de alternativas para o sindicalismo, especialmente alemão-prussiano, da época. Segundo Aurélio Wander Bastos (2001, p. xii), Lassale é precursor da sociologia jurídica, enquanto teoria crítica da ordem jurídica. Para ele, a obra *A Essência da Constituição* “é um dos únicos trabalhos constitucionais ou sobre a sociologia das constituições de alcance acadêmico e popular, que estuda os fundamentos, não formais, mas como ele denomina, essenciais – sociais e políticos – de uma constituição”. Silva Neto (2006, p. 26), por seu turno, além de afirmar que Ferdinand Lassale se tornou o maior expoente do “sociologismo” no campo constitucional, destaca, ainda, que seu pensamento é essencialista, “tendo em vista a sequiosa busca pela essência da constituição”.

A conjunção de todos esses fatores levou, como ressalta Orlando Gomes (1955, p. 36), à estruturação das relações do trabalho em um novo plano, “desrespeitando a igualdade civil para assegurar a igualdade social”.

É importante assinalar, também, nesse contexto, o surgimento do assim chamado “constitucionalismo social”, como decorrência dos já citados movimentos sociais. Com efeito, amparado no pressuposto de que não haveria razão para intervir nos negócios individuais, o Estado Liberal, do constitucionalismo clássico, era absentéista. Esse modelo de Estado assistiu, contudo, à eclosão de inúmeros movimentos sociais que contribuíram para o surgimento do constitucionalismo social, com a modificação da postura do Estado em face dos indivíduos. Amparado no princípio da não-neutralidade, o Estado, no constitucionalismo social, passou a intervir no domínio econômico em ordem à consecução de sociedade menos desigual.

Segundo Silva Neto (2006, p. 41), os direitos sociais são “direitos públicos subjetivos dirigidos contra o Estado, a determinar a exigibilidade de prestação no que se refere à educação, saúde, trabalho, lazer, segurança e previdência social”. Diferem, assim, dos direitos e garantias individuais, na medida em que impõem um comando programático positivo para ser cumprido pelo Estado, enquanto os primeiros impõem ao Estado um não-fazer.

Para o citado autor, o fenômeno da positivação constitucional dos elementos sócio-ideológicos sociais tem como causa eficiente a própria questão social, que surgiu do regime de concentração dos meios de produção e da realidade do trabalho encarado como mercadoria. Assim, segundo esclarece, o constitucionalismo social tem fundamentos de ordem sociológica, política e jurídica. Sob o prisma sociológico, ressaltam-se os movimentos sociais contestadores da estrutura vigente. O aspecto político é o resultado da decisão levada pelas forças políticas predominantes à época da manifestação constituinte. Finalmente, o fundamento jurídico conduz à constatação da necessidade de se introduzir na norma maior do sistema os elementos sociais como forma de expressar mais marcantemente o compromisso do Estado com a questão social, bem assim de impedir ou dificultar sua retirada pelo legislador ordinário (SILVA NETO, 2006, p. 44-45).

Para Silva Neto (2006, p. 47), a importância prática da colocação de normas de natureza social na constituição deriva do fato de produzirem contígua alteração no sistema normativo trabalhista, de sinalizarem para um possível estado de inconstitucionalidade do legislador - na hipótese de omissão legislativa inconstitucional - e, ainda, de vincularem a atuação de acordo com o programa constituinte.

As Constituições do século XVIII, de maneira geral, consagraram o liberal-individualismo e não dedicaram qualquer atenção aos direitos sociais, que somente viriam a integrar as declarações de direitos posteriores à primeira década do século XX. A carta mexicana é a primeira constituição político-social do mundo que traz no seu bojo a dívida social e o compromisso quanto ao seu resgate. Menciona Silva Neto (2006, p. 47), ainda, a Constituição de Weimar, na Alemanha, com artigos que dispõem sobre a constitucionalização de normas de direito social, bem como a influência dessa Constituição na história do constitucionalismo mundial e da teoria política. Ressalta, por fim, no contexto da inserção pioneira dos direitos sociais, a Constituição da Itália de 1947.

Há que se assinalar, para concluir a análise do contexto histórico de evolução do direito do trabalho, a importância do surgimento do direito coletivo do trabalho. Neste ponto, segundo destaca Carvalho (2004, p. 25) não há como dissociar o sindicato, o direito de greve e a convenção coletiva do trabalho, institutos que são a melhor expressão do sindicalismo. Para ele, o sindicalismo nasceu como um movimento espontâneo dos trabalhadores que estavam concentrados em torno das cidades industriais. Movidos pelo instinto gregário, perceberam que a sua união os fortalecia na luta contra as condições desumanas de trabalho que lhes estavam sendo impostas. O sindicato foi, portanto, a forma associativa que se constituiu no sistema capitalista de produção, visando à defesa dos interesses coletivos dos trabalhadores⁸².

Como consequência de todas as circunstâncias apontadas, surge o ambiente propício para a criação e desenvolvimento do direito do trabalho em escala mundial. Seu surgimento serviu de modelo para um modo de produção próprio que se desenvolveu após a Revolução Industrial, mas que hoje sofre para resistir às mudanças ensejadas pela sociedade pós-industrial, consoante se verá nos itens seguintes.

Antes, porém, convém analisar a evolução do direito do trabalho no Brasil, com o objetivo de precisar as peculiaridades desta em nosso país, o que se efetiva no tópico que se segue.

⁸² Carvalho (2004, p. 28) ressalta, porém, que o sindicalismo não teria trajetória exitosa, caso tivesse prescindido da greve, como meio de pressão para novas conquistas obreiras, e não houvesse instituído as convenções coletivas de trabalho, em detrimento do monopólio estatal na produção normativa. Esses três institutos (sindicato, direito de greve e convenção coletiva) percorreram a mesma estrada, sendo inicialmente proscritos, em seguida tolerados e, afinal, reconhecidos pela ordem jurídica.

3.2 Evolução do direito do trabalho no Brasil

A evolução do direito do trabalho no Brasil não começa com o descobrimento. Com efeito, Carvalho (2004, p. 20) afirma que a atividade econômica que se desenvolvia no Brasil-Colônia era restrita ao extrativismo e usava, em larga escala, a mão-de-obra indígena. A partir do século XVIII, houve alguma tentativa de se iniciar a atividade de comércio e de indústria no Brasil. Todavia, em 1785, o “Alvará de Dona Maria” ordenou a extinção de todas as fábricas e manufaturas existentes na colônia, para que não fossem prejudicadas a agricultura e a mineração.

Em 1808, com a vinda da Família Real para o Brasil, restabeleceu-se a liberdade industrial através do Alvará de 1º de abril de 1808. Começaram a funcionar, já em 1810, as primeiras indústrias têxteis, no Rio de Janeiro e na Bahia, além de siderurgias em Minas Gerais e São Paulo. Logo após a proclamação da Independência, já em 1824, foi outorgada a Constituição do Império, que aboliu as corporações de ofício. Sob influência do ideário liberal preceituado pela Revolução Francesa, surgiram as primeiras leis esparsas que viriam regular os contratos escritos sobre prestação de serviços (CARVALHO, 2004, p. 21).

Analisando as forças criadoras do direito do trabalho no Brasil, Sussekind et al (2005, p. 50) enfatiza que os movimentos sociais no país foram descendentes, ao contrário de países como Inglaterra, França e México, que assistiram a movimentos ascendentes. Explicando a característica de tais movimentos, os autores indicam que os movimentos ascendentes caracterizam-se pela sua coexistência com uma história social marcada pela luta de classes, com trabalhadores fortemente apoiados em suas organizações profissionais. Já os movimentos descendentes caracterizam-se pela inexistência de luta, pela falta de associações profissionais de representação expressiva, pelo caráter inorgânico dos grupos sociais e pela ausência de atividades econômicas que necessitem de massas proletárias densas (SUSSEKIND et al, 2005, p. 50).

Segundo Oliveira (1997, p. 75-81), no Brasil, a história jurídica do trabalho pode ser dividida em três fases. A primeira vai da independência à abolição da escravatura (1888), quando o trabalho escravo frustrava o desenvolvimento da legislação específica. A segunda fase vai da abolição da escravatura até a Revolução de 1930. A terceira começa com a Revolução de 1930 e prossegue até os nossos dias. Até então, era tímida a produção legislativa em nosso país no âmbito trabalhista, além de precária a incidência dos seus preceitos, inclusive pela inexistência de fiscalização adequada.

Dentro da terceira fase, merece destaque o momento político da promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho. Com efeito, promulgada em 1º de maio de 1943, a CLT só foi publicada no Diário Oficial de 9 de agosto do mesmo ano, para entrar em vigor apenas em 10 de novembro de 1943. Embora tivesse o caráter de consolidação, a CLT fez complementações e alterações em relação à legislação preexistente. Justificando as alterações empreendidas Sussekund et al (2005, p. 61) esclarecem que, para ordenar sistematicamente leis trabalhistas de diferentes momentos políticos, tornou-se necessário promover algumas modificações, desfazer antagonismos e, principalmente, preencher vazios legislativos com disposições que poderiam ordenar o sistema.

Há que se assinalar que a CLT excluía do âmbito de sua proteção os trabalhadores domésticos e os rurais. Essas categorias só tiveram seus estatutos próprios aprovados na década de 70. Assim, a Lei nº. 5859/72 dispôs sobre a profissão de empregado doméstico e a Lei 5889/73 estatuiu as normas reguladoras do trabalho rural.

Dentro do contexto histórico, Silva Neto (2006, p. 52-58) destaca a evolução do constitucionalismo social no Brasil. Segundo o autor, no Brasil, a gênese da história constitucional brasileira não se confunde com a origem do constitucionalismo social. É que a Constituição de 1824 espelhou a ideologia liberal dominante, enquanto a Constituição de 1891 não trouxe qualquer avanço. Porém, a reforma constitucional de 1926⁸³ inseriu o art. 34 na Constituição, conferindo competência ao Congresso Nacional para legislar a respeito. Assinala Silva Neto (2006, p. 55) que a Constituição de 1934 é um marco na evolução histórica de nosso direito constitucional, garantindo e inscrevendo os direitos sociais, incorporando o sentido social do direito e ampliando os horizontes do direito social à família, à educação e à saúde. A Constituição de 1937 não diminuiu as normas constitucionais trabalhistas, mas houve diferença de tratamento, em especial em relação ao direito coletivo do trabalho. A Constituição de 1946 caracterizou-se pela diversidade e pluralismo no tocante à assembléia constituinte e prescreveu a organização do Estado de acordo com o postulado da justiça social, promovendo a conciliação, a um só tempo, da livre iniciativa com a valorização do trabalho humano. A Constituição de 1967, embora inserida no contexto do golpe militar, não deixou de contemplar os direitos sociais. Sob a vigência da Emenda Constitucional de 1969, os direitos sociais passaram a ser subordinados à ordem econômica. Por fim, a

⁸³ A reforma constitucional de 1926, além de conferir competência ao Congresso Nacional para legislar a respeito de direito do trabalho, também, dentre outras reformas relevantes, restringiu o habeas-corpus aos casos de prisão ou constrangimento ilegal na liberdade de locomoção, estendeu, expressamente, à Justiça dos Estados as garantias asseguradas à magistratura federal e regulou os casos e condições em que se podia efetivar a intervenção federal nos Estados.

Constituição de 1988 representa um grande avanço, ampliando o tratamento dos direitos sociais.

A Constituição de 1988, sem dúvida, ampliou os direitos dos empregados, tema que será melhor desenvolvido no capítulo 5 em que se procederá à análise do conteúdo trabalhista inserto em seus artigos. Por outro lado, a carta estabeleceu a igualdade entre empregados urbanos e rurais, bem como entre empregados e trabalhadores avulsos.

Todavia, a nova constituição passou ao largo de qualquer discussão a respeito do trabalhador autônomo economicamente dependente. Em sua redação originária, atribuía à Justiça do Trabalho apenas a competência para processar e julgar as relações entre trabalhadores e empregadores e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho. Na redação do seu art. 114, fazia depender da legislação infraconstitucional a possibilidade de ampliação de competência da Justiça do Trabalho para abranger as relações de trabalho em sentido amplo.

Estabelecia o art. 643 da CLT que à Justiça do Trabalho competia processar e julgar os dissídios, oriundos das relações entre empregados e empregadores, bem como de trabalhadores avulsos e seus tomadores de serviços. O § 3º do citado dispositivo estabelecia a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações entre trabalhadores portuários e os operadores portuários ou o Órgão Gestor de Mão-de-Obra - OGMO decorrentes da relação de trabalho. Já no inciso III da alínea A do art. 652, a CLT atribuía competência à Justiça do Trabalho para conciliar e julgar os dissídios resultantes de contrato de empreitada em que o empreiteiro fosse operário ou artífice.

Tal panorama, contudo, foi bastante modificado pela Emenda Constitucional nº. 45, a qual será analisada mais adiante. A emenda promoveu uma ampla modificação na competência da Justiça do Trabalho, como forma de responder às necessidades do mundo do trabalho atual. O tema, contudo, será objeto de análise no final do capítulo, sendo precedido das análises relativas ao direito do trabalho frente ao paradigma da pós-modernidade, que será abordado a seguir.

3.3 O direito do trabalho frente ao novo paradigma da sociedade pós-industrial

Este tópico busca situar o direito do trabalho frente ao novo paradigma da pós-modernidade. A primeira pergunta que surge, então, é saber em que consiste exatamente esse novo paradigma da sociedade pós-industrial.

Para chegar a uma resposta, é mister salientar o que se entende por sociedade industrial, bem como expor a passagem à chamada sociedade pós-industrial. Aliada a essa transição, surge também a noção de modernidade e pós-modernidade⁸⁴. Sobre a sociedade industrial, pode-se enumerar, na esteira de Domenico de Masi (2003, p. 19) uma série de características essenciais. Dentre elas, o autor ressalta a concentração de grandes massas de trabalhadores assalariados nas fábricas, ou seja, o predomínio numérico dos trabalhadores no setor secundário. Menciona ainda o predomínio da contribuição prestada pela indústria à formação da renda nacional, bem como a aplicação das descobertas científicas ao processo produtivo na indústria. Há que frisar, também, a racionalização progressiva e aplicação da ciência na organização do trabalho, bem como a divisão social do trabalho e sua fragmentação técnica cada vez mais capilar e programada.

Saliente-se, no contexto da virada da sociedade industrial para a sociedade pós-industrial que a evolução histórica está intimamente associada ao desenvolvimento tecnológico⁸⁵. Nesse aspecto, Galbraith (2007, p. 68) menciona que tecnologia significa a aplicação de conhecimento científico ou outro conhecimento organizado a tarefas práticas. Assim, sua consequência mais importante, no que tange à ordem econômica, está em forçar a divisão e subdivisão de qualquer tarefa em suas partes componentes. O autor, neste tópico, identifica o dinamismo tecnológico, o emprego maciço de capital e a organização eficiente como características de um novo estado industrial.

Daniel Bell (1977, p. 35) aponta dimensões que permitem definir a passagem da fase industrial à pós-industrial. Assim, no setor econômico destaca-se a passagem de uma

⁸⁴ Boaventura de Souza Santos (2000, p. 139) destaca que o paradigma da modernidade fica associado ao desenvolvimento do capitalismo, que seria dividido em três períodos: o primeiro, do capitalismo liberal, cobre todo o século XIX, sendo suas últimas três décadas de transição. O segundo, do capitalismo organizado, começa nos finais do século XIX e atinge o desenvolvimento máximo no período entre as duas grandes guerras e nas duas primeiras décadas do pós-guerra; finalmente, o terceiro período, do capitalismo desorganizado, começa no final dos anos 60 do século XX e continua até hoje. O autor analisa os três períodos para concluir que o primeiro período já mostra que o projeto sociocultural da modernidade é demasiado ambicioso e internamente contraditório. O segundo cumpre algumas promessas da modernidade e deixa outras por cumprir, ao tempo em que trata de esconder seus fracassos. O terceiro é caracterizado por três pontos: as conquistas não são irreversíveis; os fracassos não serão solucionados e esse *défict*, além de ser irreversível, é muito maior do que se pensava. No terceiro período do capitalismo, o citado autor ressalta a crise do direito regulatório, que revela, segundo o autor, que quando posto a serviço das exigências regulatórias do Estado constitucional liberal e do capitalismo hegemônico, o direito moderno – reduzido a um direito estatal científico – foi eliminando a tensão entre regulação e emancipação que originalmente lhe era constitutiva. Assim, no primeiro período a emancipação foi sacrificada às exigências regulatórias dos Estados e confinada quase só a movimentos anti-sistêmicos. No segundo, a regulação estatal nos países centrais tentou integrar esses projetos emancipatórios anti-sistêmicos, desde que fossem compatíveis com a produção e reprodução social capitalista. No terceiro período, esta falsa síntese evoluiu para a mútua desintegração da regulação e da emancipação (SANTOS, 2000, p. 164).

⁸⁵ Segundo Araújo (2003, p. 30), o desenvolvimento tecnológico induziu o desenvolvimento de “duas razões paralelas”: uma instrumental, voltada para o domínio técnico sobre a natureza; outra comunicativa, voltada para o aperfeiçoamento da competência internacional do gênero humano, e fonte potencial de um projeto de auto-emancipação.

economia produtora de bens para uma economia de serviço. Na distribuição de ocupação, verifica a importância da classe de profissionais qualificados e técnicos. Consta-se, também, o caráter central do conhecimento teórico como fonte de inovações e formulação de políticas para a sociedade. Ademais, o autor ressalta a perspectiva de controle e valorização da tecnologia.

Manuel Castells (2007, p. 266) observa que a teoria clássica do pós industrialismo funda-se em três premissas principais: a) a fonte de produtividade e crescimento reside na geração de conhecimentos, estendidos a todas as esferas da atividade econômica mediante o processamento da informação; b) quanto mais avançada a economia, mais seu mercado de trabalho e sua produção seriam concentrados em serviços; c) a nova economia aumenta a importância das profissões com grande conteúdo de informação e conhecimentos em suas atividades. O autor ressalva, porém, que tais premissas não devem ser admitidas de forma acrítica, demonstrando que as três características apontadas não se unem para criar um modelo único de sociedade informacional.

Verifica-se, nesse contexto, que o paradigma do mundo do trabalho na sociedade atual está premido pela evolução tecnológica empreendida nas últimas décadas. Com efeito, o desenvolvimento econômico baseado na introdução de novas forças produtivas foi uma constante desde a Revolução Industrial no século XVIII. A partir dos eventos desencadeados pela crise do petróleo de 1973, deu-se a articulação de uma série de tecnologias que vinham sendo desenvolvidas de forma isolada. O uso combinado da informatização, automação e biotecnologia resultou na destruição progressiva das estruturas de produção tayloristas-fordistas⁸⁶ que marcaram o desenvolvimento industrial até o terceiro quartel do século XX.

A divisão do trabalho e a cooperação no plano da produção foram substituídos pela cooperação competitiva no plano da criação ininterrupta de novos produtos. Como consequência, criou-se uma situação paradoxal: até então, a ocorrência de crises de emprego estava circunscrita às situações recessivas ou de superprodução. Depois, quanto mais as novas

⁸⁶ Otávio Pinto e Silva (2004, p.35) destaca que a teoria da administração científica formulada por Frederick Winslow Taylor afirmava que a disciplina do trabalho não evitava desperdícios de tempo e conseqüentes atrasos na produção, de forma que a administração científica por ele proposta consistia na divisão do processo produtivo em operações elementares, correspondentes a movimentos mecânicos, rápidos e repetitivos, executados pelo trabalhador com a utilização de máquinas padronizadas. Desta forma, as tarefas de cada trabalhador seriam minuciosamente controladas, com a fixação de metas para eliminar quaisquer desperdícios de tempo. Cabia ao administrador o trabalho intelectual, com a escolha do método de produção e o planejamento das tarefas; ao trabalhador, não se exigia que tomasse decisões, pois bastava executar o trabalho manual. Tais princípios Tayloristas foram consagrados por Henry-Ford na produção em série de automóveis, o que tornou comum a referência a um método de organização do trabalho chamado de "fordismo-taylorismo" e caracterizado pelas formas de produção em massa, pela expansão da economia de escala e pelo amplo uso de métodos científicos nos processos produtivos.

tecnologias passaram a aumentar a produtividade e a riqueza global, mais postos de trabalho passaram a destruir. O desemprego já não é apenas conjuntural⁸⁷, mas sim estrutural⁸⁸ (ARAÚJO, 2003, p. 33).

A respeito do desemprego estrutural, Maurício Godinho Delgado (2007, p. 70) alerta que há uma forte conexão entre o tipo de política pública seguida, hegemonicamente, pela maioria dos países capitalistas ocidentais e o desprestígio do trabalho e do emprego. Isso porque se trata de uma política pública de devastação do emprego. Para o autor, o desemprego não tem o caráter estrutural, mas sim conjuntural, porque é o produto de diretrizes políticas dirigidas para tal objetivo.

Na sociedade atual, a disputa intercapitalista não se define mais pela preponderância do fator preço, mas pela inovação. A capacidade para produzir inovações no setor de bens de consumo determinou a vitória do modelo industrial ocidental sobre o modelo soviético. Ao contrário de uma estrutura burocrática, o modelo aberto de mercado conseguiu mobilizar muito melhor a criatividade individual. Por fim, a radicalização dessa premissa levou à construção de um Estado Neoliberal, mais preocupado com sua “eficiência gerencial” do que com o bem-estar dos seus cidadãos (ARAÚJO, 2003, p. 35-36).

Outro importante ponto a destacar no cenário contemporâneo é que com a revolução tecnológica e a produção de um desemprego estrutural⁸⁹, o conceito de “periferia” não se restringe mais a um lugar geográfico específico. Conforme destaca Araújo (2003, p. 38), o próprio “centro” passa a produzir a sua própria periferia. O desemprego crescente nos países centrais, há muito, vem projetando uma onda de inquietação em torno do renascimento de

⁸⁷ Segundo Moura (1998, p. 94) existem quatro formas gerais de desemprego: desemprego conjuntural; desemprego cíclico; desemprego estrutural; desemprego induzido. Desemprego conjuntural é o tipo mais comum. Ocorre quando um ou mais fatores circunstanciais concorrem para alguém perder o seu emprego. Aqui, o que há é a perda do vínculo empregatício, mas não a extinção do posto de trabalho. Desemprego cíclico corresponde a determinadas fases de menor procura de mão de obra em determinados setores, como, por exemplo, o desemprego em períodos de entressafra na área rural. No desemprego estrutural, é a própria estrutura da economia que passa a ser desempregadora e sem perspectiva de voltar a ser empregadora. Trata-se não propriamente da perda, mas da extinção dos postos de trabalho. O desemprego induzido é fruto da política governamental ou da ação coordenada de certas forças de mercado (MOURA, 1998, p. 95-96)

⁸⁸ Araújo (2003, p. 42) explica que na velha sociedade industrial, o desemprego estava associado a períodos de “crise econômica”, de desajustes macroeconômicos, de superprodução. As novas tecnologias, não obstante propiciassem um aumento contínuo na produtividade do trabalho, continuavam a fazê-lo a partir de uma exploração de natureza “quantitativa”, produzindo-se mais em um menor tempo, mas incorporando progressivamente mais operários pelo mundo afora. Mas agora as coisas se passam de forma diferente. Ao contrário do que ocorria na sociedade industrial, na nova sociedade pós-industrial, o desemprego não é mais expressão de uma crise, mas da própria vitalidade do sistema.

⁸⁹ Desta situação de desemprego estrutural, Araújo (2003, p. 48) termina por negar fundamento à visão ortodoxa tradicional que em nome de uma suposta retomada do crescimento econômico possa aumentar os lucros das empresas e, por meio deles, os investimentos, que trarão de volta os empregos que se foram. Exatamente por ser estrutural, o desemprego contemporâneo não será reduzido com o incremento do crescimento econômico. O mais provável é que ocorra exatamente o seu aprofundamento.

sentimentos de intolerância, xenofobia e racismo. A concentração de renda se aprofunda e a pobreza aumenta sem parar em todo o planeta.

Moura (1998, p.27) afirma que um dos grandes debates do final do século XX foi o desvirtuamento da economia e os perigos da idolatria do mercado e suas conseqüências⁹⁰. Isso ocorreu quando uma espécie de terceira Revolução Industrial parecia alterar o estado do mundo e da sociedade⁹¹. Um dos paradoxos apontados pelo autor é o fato de que o mundo se tornou mais rico e, não obstante, a pobreza⁹² e a exclusão social aumentaram⁹³ (MOURA, 1998, p.33). Por outro lado, dentro deste contexto, o Brasil é reconhecidamente uma das sociedades mais complexas e mais cheias de contrastes do mundo⁹⁴.

⁹⁰ Essa situação caótica levaria à necessidade de reorientação, visualizada por Moura (p. 35-36), de uma maneira tal que leva ao reconhecimento de que o desenvolvimento não está garantido por nenhum “fatalismo histórico”, podendo ser obtido à custa de muito esforço. Além disso, demonstra o autor que o modelo básico está esgotado em suas capacidades. Assim, o papel do Estado terá que ser revisto, uma vez que sua função básica não seria ser “omisso”, mas um “regulador social”. Afirma, ainda, que a globalização e a competitividade internacional exigem uma modernização urgente e que as diferenças entre classes e regiões terão que ser, pelo menos, minimizadas, bem como que a economia terá que viver sob bases mais realistas, tornando-se auto-sustentável e com controle sobre o tradicional déficit público. Por fim, aduz que a educação será a principal meta estratégica, pois é um condicionante do êxito de todos os demais processos e fatores.

⁹¹ Em síntese, Moura (1998, p. 87-88) destaca os seguintes fatos e tendências: a) o processo de globalização é um fato econômico-social, que tende a se expandir por muito tempo; b) globalização não exerce apenas o impacto econômico; c) no campo da produtividade, a modernização de todos os setores passa a ser uma condição de sobrevivência e de competitividade; d) no campo político e ideológico, a tendência é gerar muitas disputas e, possivelmente, alguns conflitos graves; e) no ponto de vista institucional, o desafio da sociedade é transformar a globalização num processo mais aberto, que democratize não apenas o direito à opinião, mas também o direito e o dever de efetivamente participar nas decisões que afetam a vida das respectivas nações; f) finalmente, no campo específico do trabalho/emprego, cada Estado deverá ser hábil para impor limites máximos nos efeitos do desemprego, e, ao mesmo tempo, mobilizar o talento, inclusive das empresas transnacionais, para ajudar na geração de novos empregos e em formas inovadoras de absorver a mão-de-obra excedente.

⁹² Menciona Moura (1998, p.61) que a pobreza não é só falta de renda, mas também a negação de oportunidades para o desenvolvimento humano, sendo portanto uma construção política e um instrumento de manutenção do poder.

⁹³ A exclusão social significa o estado do indivíduo ao qual é vedado participar das condições gerais que a sociedade propicia aos seus cidadãos. A exclusão social está correlacionada ao emprego ou desemprego e à globalização, embora esse processo possa assumir formas variadas e sutis, conforme cada caso. A exclusão social se realiza por graus, uma vez que ninguém fica totalmente excluído ou incluído, até porque não é causada somente pela pobreza, mas também pela cor, sexo, educação etc.

⁹⁴ Moura (1998, p. 49) destaca que o trabalho deveria ser um poderoso instrumento social para eliminar ou minimizar as desigualdades. Mas, na maioria dos casos, apenas reflete essas desigualdades, quando não as acentua. No Brasil, há muitos anos se mantêm e até se agravam certos fatores que fazem com que uma pequena camada social - da ordem de 10 a 15% - possa viver dignamente, confortavelmente e de acordo com os padrões ocidentais mais desejáveis. Enquanto isto, grande parcela da sociedade fica como que condenada a viver sob padrões de estrita limitação, lutando para escapar da linha da pobreza e da indigência. Atualmente, este dualismo se revela numa perversa distribuição e concentração de renda e em certos fatos que dizem respeito mais de perto ao trabalho: a) emprego/desemprego; b) crescimento da participação feminina na força de trabalho; c) crescimento do mercado informal e ou de tempo parcial; d) crescimento das desigualdades salariais, por ocupação, por qualificação e por regiões. Em verdade, segundo o autor, o dualismo básico da sociedade brasileira é fenômeno antigo, com múltiplas causas e efeitos variados. Dessa forma, o sonho de um Brasil moderno, produtivo, competitivo, politicamente estável e socialmente equilibrado fica bloqueado pelas condições sociais perversas, que agravam o quadro do subemprego e do desemprego.

O mundo do trabalho está, assim, sendo profundamente alterado. Nesse sentido, afirma Moura (1998, p. 41) que tradicionalmente trabalho é sinônimo de emprego remunerado. Muitas atividades que se qualificariam como trabalho na definição mais ampla são descritas e vivenciadas como algo que não tem a conotação usual de trabalho. Esta realidade, contudo, vem sofrendo importantes alterações. A forma como a sociedade trabalha define a própria forma de existência desta mesma sociedade. Por essa razão, no tópico seguinte, analisa-se o conteúdo filosófico do trabalho humano, por ser pressuposto do desenvolvimento do trabalho.

3.4 O trabalho humano: conteúdo e significado

Ao longo da história da humanidade, variando com o nível cultural e com o estágio evolutivo de cada sociedade, o trabalho tem sido percebido de forma diferenciada. No começo da civilização, o trabalho era exercido como luta constante para sobreviver. A necessidade de comer, de se abrigar, etc. era que determinava a necessidade de trabalhar. O avanço da agricultura, de seus instrumentos e ferramentas trouxe progressos ao trabalho. Posteriormente, passou a haver o trabalho escravo, o trabalho livre, o trabalho de artesões e o embrião do trabalho dos profissionais liberais. Não havia, contudo, a relação de emprego. Mais tarde, a Revolução Industrial viria afetar não só o valor e as formas de trabalho, como também a sua organização e até o aparecimento de políticas sociais (MOURA, 1998, p.43).

Porém, há três grandes dimensões que, segundo Moura (1998, p. 45-46), precisam ser consideradas numa visão menos economicista do trabalho humano: a) o trabalho é a fonte de sustentação econômica; b) o trabalho é instrumento de afirmação e crescimento pessoal; c) o trabalho é fonte de validação e ajustamento social. Portanto, o trabalho tem três dimensões: econômica, psicológica e sociológica⁹⁵. Nenhuma das três, sozinha, garante uma boa compreensão do sentido do trabalho.

⁹⁵ Segundo Moura (1998, p. 127), a questão do trabalho e de sua vertente emprego/desemprego, vista pelo prisma existencial, mostra o quanto é significativo e profundo para o ser humano sua identificação com o trabalho, pois este significa o instrumento básico, no plano material, e, ao mesmo tempo, identifica-se com a própria personalidade. É um referencial da dignidade, do valor e da participação social do ser humano, sob condições normais. Acontece que, conforme ressalta, diante do novo contexto, a tendência é no sentido de quase acabar com o “emprego”, pelo menos no sentido com que hoje utilizamos esta palavra. A sociedade deverá guardar um certo número de posições e funções imprescindíveis, que se manterão no regime de emprego atual. Os demais talvez venham a trabalhar “por conta própria”, de forma “terceirizada”, ou por “cooperativas de trabalho” ou “prestações de serviço”. Mas, consoante destaca Moura (1995, p. 140) as pessoas ainda reagem muito à idéia da desvinculação contratual com a percepção de que isto representaria uma forma de rejeição social, de negação do valor individual.

Ives Gandra da Silva Martins Filho (1999, p. 1) afirma que, sob o prisma meramente econômico, diferentes teorias divergiram sobre a importância do trabalho. Dentre elas, destaca os fisiocratas, o liberalismo econômico, a doutrina clássica, o comunismo e os marginalistas. Segundo esclarece, para os fisiocratas, capitaneados por François Quesnay, somente a terra seria fator de riqueza, sendo produtivo apenas o trabalho agrícola, estéril o trabalho industrial e ocioso o ganho dos meros detentores do capital.

Já para o liberalismo econômico, que tem em Adam Smith um de seus maiores expoentes, originariamente toda a riqueza provém do trabalho. Porém, os frutos deste, quando não consumidos integralmente, mas investidos parcialmente, geram o capital, que merece ser remunerado através dos lucros, como gerador dos instrumentos que potencializam a produção.

Martins Filho (1999, p.1) enfatiza ainda que a doutrina clássica, como a defendida por David Ricardo, é pautada na lei da oferta e da procura. Nesse sentido, a tendência seria a de se pagar ao trabalhador um salário de subsistência, uma vez que salário inferior geraria aumento da mortalidade nas famílias, diminuindo a oferta de mão-de-obra. Por outro lado, o pagamento de salários mais elevados aumentaria as taxas de sobrevivência, aumentando a oferta de mão-de-obra, com a conseqüente redução dos salários. Já para o comunismo, segundo o autor, o único fator real de valor seria o trabalho, uma vez que todos os demais fatores produtivos (terra e capital) seriam uma alienação daquilo que é devido ao trabalhador.

Aponta ainda Martins Filho (1998, p. 1) a doutrina marginalista, segundo a qual o valor dos bens seria medido não pelo esforço humano empregado em produzi-lo, mas em sua utilidade marginal, ou seja, na quantidade de unidades desse bem necessárias para se chegar à saciedade na sua utilização. Destaca, por fim, a doutrina social cristã, ou seja, o conjunto de ensinamentos da Igreja Católica, retirados do Evangelho, sobre a denominada "Questão Social"⁹⁶, do embate entre o capital e o trabalho. Segundo tal doutrina, o trabalho é visto como um dos valores humanos fundamentais, sendo algo natural ao homem.

Convém ressaltar ainda, nesta análise sobre o conteúdo e o significado do trabalho humano, as relações entre trabalho e máquina. Segundo Melhado (2006, p. 119-120), até a consolidação do capitalismo como modo de produção hegemônico, o trabalhador era capaz de controlar o ritmo de operação dos seus instrumentos de trabalho, uma vez que as máquinas nos sistemas pré-capitalistas não exerciam outro papel senão o de potencializar a força de trabalho. Nessa fase, o trabalho dominava a técnica. Já no capitalismo, segundo o citado autor, o princípio básico da vantagem mecânica é submetido a uma autêntica metamorfose. A

⁹⁶ A expressão "questão social" quando relacionada à Igreja Católica, refere-se à encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, em 1891, que manifestava preocupações sociais.

máquina e a divisão do trabalho capitalista passam a exercer o controle sobre os movimentos operativos do trabalhador. Posta em funcionamento, a máquina tem sua cadência autônoma. O operário já não controla seu instrumento de trabalho, mas por ele é controlado.

O capitalismo informacional, por seu turno, mantém a aliança entre o princípio da vantagem mecânica e o uso político-instrumental da técnica, chegando mesmo a extrair dela um rendimento exponencialmente maior. Quanto à revolução microeletrônica e à automação por ela viabilizada no mundo atual, tais inovações, segundo Melhado (2006, p. 121), não chegam a transformar a natureza do controle da máquina sobre o trabalho. Todavia, maximizam ao extremo tanto a produtividade do trabalho como o poder exercido pelo capital mediante o processo de subsunção material.

Melhado (2006, p. 161) destaca, porém, o uso instrumental da informática como sistema de controle sobre o trabalho, justificando que os seres humanos estão agora muito mais sujeitos à dinâmica de vigiar e controlar. O uso das novas tecnologias no aprimoramento dos sistemas de controle e vigilância radicaliza o desequilíbrio de poder nas relações entre capital e trabalho e aprofunda o estado de sujeição do trabalhador. Nessa marcha, uma nova sujeição vai para além da dimensão profissional do trabalho: alcança-o em sua personalidade.

Formulada essa breve análise do conteúdo e significado do trabalho humano, volta-se à verificação das transformações no mundo do trabalho, o que se empreende, no tópico seguinte, pela análise específica do relatório Supiot.

2.5 O relatório Supiot

O famoso relatório Supiot é fruto de uma pesquisa multidisciplinar no âmbito da comunidade europeia, levada a efeito no final do século XX, com o objetivo de demonstrar as transformações no mundo do trabalho e as alterações no direito do trabalho na Europa.

Nesse estudo, Supiot et al (1999, p. 301) demonstram que o direito do trabalho é enraizado em um modelo industrial que atualmente vem passando por várias mudanças. Com efeito, o direito do trabalho é baseado em um conceito de relacionamento hierárquico e coletivo no emprego. Dentro dessa estrutura, o contrato de trabalho era concebido primeiramente dentro de termos de relacionamento de subordinação que se estabelece entre o trabalhador e a pessoa que usa seus serviços.

Ao mesmo tempo, a empresa é entendida como uma comunidade onde os trabalhadores permanecem em torno de uma atividade econômica comum e sob a gerência de um único empregador. Este conceito é conhecido como o modelo taylorista-fordista, no qual

as grandes empresas industriais investem na produção maciça baseada na especialização das tarefas e das habilidades em uma organização piramidal do trabalho.

Porém, assinalam Supiot et al (1999, p. 303) que esse padrão está dando rapidamente lugar a outros modelos da organização do trabalho que desenvolveram a partir de três fatores: a) o aumento dos níveis de habilidade e autonomia ocupacional; b) a pressão crescente da competição em mercados cada vez mais abertos; c) o ritmo veloz do progresso tecnológico, especialmente nos campos da informação e da comunicação. A dificuldade maior enfrentada atualmente é que a situação econômica e social não pode ser qualificada em um único modelo de relacionamentos do emprego. Pelo contrário, apresenta uma variedade de ambientes da produção. Isto explica a variedade crescente de tipos do contrato de emprego.

Segundo Supiot et al (1999, p. 52), entre trabalhadores realmente subordinados e empreendedores genuinamente independentes, uma terceira categoria está emergindo: a dos trabalhadores que são legalmente independentes mas economicamente dependentes. Assim, embora os trabalhadores nesta posição não sejam ainda uma parte substancial da força de trabalho, seu número tende a crescer.

O relatório Supiot demonstra que tal situação vem gerando diversas conseqüências. A primeira delas é uma maior insegurança para os trabalhadores. A segunda é a expansão da área cinzenta entre o emprego assalariado e o autônomo. Por um lado, alguns autônomos dependem unicamente ou majoritariamente de uma única empresa e, por outro, alguns assalariados estão tornando-se cada vez mais autônomos na prática. A última e terceira conseqüência apontada é que os relacionamentos do emprego necessitam ser vistos dentro do contexto de uma rede das empresas, devendo ser particularmente considerada a responsabilidade do contratante principal com a segurança e a saúde de trabalhadores de um subcontratante, ou a responsabilidade comum de empresas interligadas.

O relatório Supiot, neste aspecto, ressalta dois princípios. O primeiro é o princípio fundamental por meio do qual a determinação da natureza legal de uma relação de emprego não é deixada à discricionariedade dos contratantes. O segundo princípio é que o espaço da lei trabalhista deve ser alargado para incluir os trabalhadores autônomos. Significa que deveria haver uma lei trabalhista comum, com diferentes tratamentos que poderiam ser adaptados para lidar com a variedade de situações de emprego para evitar o abismo entre os trabalhadores protegidos e os não protegidos.

Supiot et al (1999, p.91) salientam que, ao contrário do modelo fordista, que confiou na organização estável, os novos modelos articulam-se nos processos de coordenação que envolvem indivíduos móveis. Do antigo biônimo segurança-subordinação passa-se a um

novo status ocupacional baseado em um conceito detalhado do trabalho que necessita reconciliar os requisitos da liberdade, segurança e responsabilidade.

Em relação ao poder estatal, o relatório destaca as limitações da tendência difundida de contrastar o papel do Estado no modelo minimalista e o Estado Protetor (Estado do Bem Estar Social). Neste aspecto, demonstra que todos os membros da União Européia adotam uma combinação desses dois modelos, os quais não seriam necessariamente contraditórios. Assim, a raiz do debate não se encontra no dilema entre a intervenção e o *laissez-faire*, mas na capacidade de o Estado manter a coesão social no mundo de hoje (SUPIOT ET AL, 1999, p. 235-242). Isso porque o Estado sofre uma crise com o aumento do custo dos serviços públicos, havendo, ao mesmo tempo, uma tendência geral de deslocamento de um Estado gerente a um Estado garantidor. Com essas considerações, o relatório Supiot conclui que é preciso ser encontrado um novo modo de intervenção do estado, especialmente na esfera socioeconômica.

Esse novo modelo deve estar ligado a uma noção ampliada dos direitos sociais baseados na solidariedade. Isso, contudo, não deve ser entendido como o deslocamento do Estado do Bem Estar Social para o Estado da caridade. A proposta, na verdade, seria uma forma de solidariedade que assegure a segurança individual e coletiva nas contingências que podem se levantar em qualquer tempo, em qualquer lugar, por causa do aumento da incerteza. Para se proteger contra a incerteza, o Estado deve fornecer dois tipos de garantias: a) garantias processuais de representação política, com uma grande gama de mecanismos apropriados para a representação e consulta popular; b) garantias substantivas, pois o Estado deve garantir direitos sociais fundamentais, particularmente a Comunidade Européia.

3.6 As transformações no mundo do trabalho

Feitas algumas considerações sobre o conteúdo filosófico do trabalho humano e o contexto europeu do mundo do trabalho evidenciado no relatório Supiot, volta-se ao contexto da análise das transformações no mundo do trabalho. Tais transformações trilham por muitos caminhos, de forma que a evolução social e a evolução da tecnologia vão criando novas formas e assumindo novas ênfases⁹⁷.

⁹⁷ No final do século passado, cerca de 40% dos trabalhadores alemães (um dos primeiros países industrializados) trabalhavam essencialmente no setor primário, e apenas 35% no setor secundário. Hoje, menos de 5% permanecem no setor primário, surgindo o chamado setor terciário ou de serviços, que emprega mais de 50% da ocupação total, e que parece ser a tendência dominante em todos os países, com a possível exceção do Japão e da Coreia do Sul. Os serviços dominam todos os setores de produção econômica e cada vez mais são

Castells (2007, p. 272-273) estabelece dois períodos básicos para análise das alterações na estrutura do mundo do trabalho nos países membros do G-8⁹⁸, dividindo, historicamente, sua análise nos anos 1920-1970 e 1970-1990. Para ele, a principal distinção analítica entre os dois períodos origina-se do fato de que, durante o primeiro, as sociedades analisadas tornaram-se pós-rurais, enquanto no segundo tornaram-se pós-industriais. No primeiro período, o declínio do emprego rural foi compensado pelo aumento do emprego industrial. Já no segundo, houve uma redução do emprego industrial em todos os países e o aumento do emprego em serviços⁹⁹.

Segundo Melhado (2006, p. 30), o mais característico fenômeno da fase atual do capitalismo é a internacionalização da economia, seja no que diz respeito ao processo produtivo em si mesmo, à circulação da mercadoria e às relações de consumo, seja quanto ao comércio exterior, ao investimento externo direto ou ao sistema financeiro e o fluxo geral de capitais de nível planetário. Segundo o autor, também corresponde a esse cenário um novo modelo de Estado e uma nova ideologia, que pode ser designada como a era da mundialização. Nela, o capital internacionaliza-se até alcançar limites nunca antes suspeitados e sedimenta-se como poder realmente absoluto, diante do desvanecimento da ficção jurídica do Estado burguês. Simultaneamente, o trabalho, como seu duplo negativo, pulveriza-se.

O mundo do trabalho busca adaptar-se à nova realidade advinda do impacto conjunto da revolução tecnológica e da globalização¹⁰⁰ da economia¹⁰¹. Esse novo quadro pôs

dependentes de pesquisa e tecnologia, controle de qualidade, financiamentos seletivos, qualidade dos serviços, distribuição eficiente, enfim da qualidade da mão-de-obra refletida na qualidade total dos serviços. Sem isto, perde-se a competitividade. Se o emprego diminui na indústria, aumenta no setor de serviços. Outra modalidade de trabalho que vem assistindo a um grande crescimento ao longo dos últimos anos é a do teletrabalho, ou o trabalho realizado fora do escritório, por muitos conhecido também como “empresa virtual”. Embora apresente ainda alguns problemas, tais como dificuldades de enquadramento no plano de cargos e nos esquemas de promoção, o teletrabalho tende a aumentar como nova modalidade de emprego. Pelo lado do trabalhador, apresenta vantagens de economia do tempo gasto em locomoção da residência para o escritório ou fábrica (problema crítico nos grandes centros urbanos), além de poder realizar suas atividades em casa, administrando o tempo disponível em conjunto com as atividades domésticas. Pelo lado da empresa, representa economia de instalações e material de consumo (MOURA, 1998, p.44).

⁹⁸ O grupo reúne os representantes dos sete países mais industrializados do mundo: Estados Unidos, Canadá, Japão, Alemanha, França, Reino Unido e Itália. Em 1998, a Rússia, graças à sua importância estratégica, passou a integrar o grupo, formando assim o G-8 (TERRA; COELHO, 2005, p. 97).

⁹⁹ Castells (2007, p. 279) detalha como se deu esse crescimento no setor de serviços no período 70-90, também conhecido como pós-industrial. Destaca que houve um padrão geral de deslocamento do emprego industrial em dois caminhos diferentes: o primeiro, chamado pelo autor de modelo “anglo-saxão”, seguido pela maioria dos países. Significam uma rápida diminuição do emprego na indústria, aliada a uma grande expansão do emprego em serviços relacionados à produção (em percentual) e em serviços sociais (em volume), enquanto outras atividades de serviços ainda eram mantidas como fonte de emprego. O segundo caminho, seguido por Japão e Alemanha, liga mais diretamente os serviços industriais e os relacionados à produção, aumenta com mais cautela o nível de emprego em serviços sociais e mantém os serviços de distribuição. A França, segundo o autor, estaria em uma posição intermediária, tendendo para o modelo anglo-saxão.

¹⁰⁰ Segundo Moura (1998 p.81-82), a globalização leva por terra os limites tradicionais e demais formas de demarcação de áreas de interesse. Operacionalmente, permite uma grande agilidade na administração. Não

em xeque as bases em que se assentavam as relações do trabalho assalariado, tanto na dimensão institucional quanto nas abordagens científicas, nos campos da administração, da economia, da sociologia e, até, da psicologia.

Conforme ressalta Pamplona Filho (2000, p. 1) a globalização não é novidade nem se limita à ocidentalização. Pelo contrário, ao longo dos anos, ela vem se manifestando através de fenômenos culturais, como a disseminação do conhecimento e compreensão, e também por aspectos sociológicos, como as grandes migrações, e econômicos, como as expansões empresariais transnacionais. Consoante adverte o autor, as influências da globalização se fizeram sentir em diversas direções. No final do século passado, a direção deste movimento era prioritariamente do Ocidente para o resto do mundo. Porém, na Idade Média, a Europa absorvia a ciência e a tecnologia chinesas e a matemática árabe e a indiana. Isso demonstra, conforme destaca o autor, uma herança mundial de interação, confirmada pelas tendências contemporâneas.

A globalização está longe de esgotar-se como tema de debates¹⁰², não obstante tudo o que já se escreveu sobre a nossa “aldeia global”¹⁰³. A chamada globalização econômica

apenas a matéria-prima, mas até os manufaturados são importados de qualquer parte do mundo, onde quer que o custo seja mais baixo. Por outro lado, a força das empresas transnacionais é cada vez mais surpreendente, pois lideram o progresso tecnológico, comandam os processos de pesquisa e desenvolvimento, determinam o limite do acesso público às informações e capacidade de consumo (MOURA, 1998, p.82). Segundo o autor, a globalização prejudica, muitas vezes, a sobrevivência da indústria nacional, que fica à mercê da competição desigual com certos países produtores. Por fim, destaca que a globalização onera fortemente os trabalhadores, tirando-lhes ou reduzindo-lhes empregos e salários, criando o paradoxo da produção cada vez mais abundante de bens e serviços, a preços cada vez mais competitivos, mas tendo como resultado a drástica diminuição de empregos e o rebaixamento dos salários (MOURA, 1998, p.83-84).

¹⁰¹ Castells (2007, p. 142) enfatiza que a economia global é uma nova realidade histórica, diferente da economia mundial. A economia mundial é aquela em que a acumulação de capital avança pelo mundo, enquanto a economia global é aquela com capacidade de funcionar como uma unidade em tempo real, em uma escala planetária. Assim, como tendência histórica, as funções e os processos dominantes na era da informação estão cada vez organizados em torno de redes. Embora esse sistema tenha existido em todos os tempos e espaços, o novo paradigma da tecnologia da informação fornece a base material para sua expansão penetrante em toda a estrutura social (CASTELLS, 2007, p. 565). Ao tratar do poder da identidade, o autor destaca que este não mais se concentra nas instituições, mas está difundido em redes globais de riqueza, poder, informações e imagens que circulam e passam por transmutações em um sistema de geometria variável e desmaterializada (CASTELLS, 2006, p. 423).

¹⁰² Segundo Godoy (2005, p. 170), em sua evolução futura, o que hoje chamamos de globalização poderá chegar à elevação do Estado nacional a uma federação de nações livres, ou, ainda, a uma única sociedade mundial, em vez de a um sistema global de sociedades regionais. Enfim, apesar das reais limitações à margem de manobra no âmbito nacional atribuíveis à globalização, é indispensável que cada país leve em conta as regras e práticas adotadas pelos demais atores globais, pena de ver sua população condenada à marginalidade e à frustração terceiro-mundistas. Por outro lado, para Melhado (2006, p. 43-44) a globalização é ainda um processo inacabado, pelo menos, em dois aspectos distintos. De um lado, nos limites de cada fronteira estatal; de outro, na maneira como se desenha no conjunto do mapa-múndi. Ela ainda enfrenta obstáculos de índole institucional: as roupagens políticas do sistema funcionam como uma camisa-de-força aos ímpetos centrífugos do capital. De outro lado, a mundialização ainda é um processo inacabado porque exclui do seu âmbito países, regiões e zonas de dimensões continentais.

¹⁰³ A afirmação de uma identidade global ativa até mesmo consumidores que nada consomem além de imagens e ancora-se em determinados processos reais. Neste sentido, três estruturas vêm sendo determinantes para a

acarretou, segundo Melhado (2006, p. 32), duas conseqüências fundamentais para as relações de trabalho. De um lado, o fenômeno da descentralização dos ciclos produtivos fez nascer sistemas de interconexão de atividades empresariais baseados em pequenas e microempresas e até mesmo no trabalho independente de profissionais ou consultores. A outra conseqüência apontada por Melhado (2006, p.33) é a mundialização dos processos produtivos. Na esteira da revolução da informática e da potenciação dos meios de comunicação e transporte, as empresas transnacionais escolhem em que país produzir cada fração dos seus produtos, mediante a contratação da mão-de-obra mais barata.

A idéia em torno do achatamento do mundo vem ganhando páginas de *bestseller*. Com efeito, em obra mundialmente conhecida, Thomas Friedman desenvolve a teoria de que “o mundo é plano”. Segundo o autor, assiste-se hoje à criação de um campo de jogo global, mediado pela *web*, que viabiliza diversas modalidades de colaboração em tempo real, com compartilhamento de conhecimento e trabalho (FRIEDMAN, 2005, p. 205). Ao mesmo tempo, esse achatamento do mundo causa a concorrência global, de forma que a competição por mercados não se estabelece mais localmente. Ao contrário, a força dos países asiáticos empurra a concorrência a patamares antes nunca pensados.

Analisando as conseqüências da globalização no direito do trabalho, Pamplona Filho (2000, p. 1) ressalta que nesta nova sociedade mundial, o espaço destinado ao direito do trabalho não mais se restringe a questões de tutela individual de trabalhadores. Estende-se a um sentido mais profundo de proteção, em que o destinatário final da norma não é somente o empregado, mas sim a própria comunidade laboral em um prisma amplo.

Desta forma, segundo o autor, novos problemas demandam tratamento mais minudente, como, por exemplo, o estabelecimento de uma política social supra-estatal, que permita a efetiva diminuição das desigualdades nas regiões cujas fronteiras se tornaram mais tênues. Outro ponto salientado por Pamplona Filho (2000, p. 1) é que, com a formação de blocos continentais, a livre circulação de trabalhadores subordinados se torna um problema a ser enfrentado, seja pelo fortalecimento da seguridade social correspondente, seja pela justa imposição da paridade de tratamento e de condições de trabalho entre estrangeiros. Por fim, destaca o autor que a necessidade de harmonização das legislações estatais em termos de

percepção de uma realidade baseada na idéia de uma aldeia global. Segundo Araújo (2003, p. 36-37), o primeiro deles radica-se na própria estrutura produtiva. De fato, nos últimos anos, a vitória do neoliberalismo impôs uma formidável abertura de mercados. Como conseqüência, as grandes corporações industriais e financeiras acabaram por se apoderar de boa parte das empresas públicas e privadas nacionais. Noutra plano, segundo o autor, deu-se a explosão de uma “indústria cultural” capaz de atuar ao mesmo tempo em nível mundial. Por fim, ocorreu a consolidação de uma “economia virtual”, possibilitada pela revolução tecnológica, sobretudo pelas redes informacionais.

direito do trabalho, principalmente em matéria de participação dos trabalhadores na gestão e lucros da empresa, é outra medida que se impõe para a reflexão do novo direito do trabalho.

Respeitada a enorme diversidade de situações particulares que caracterizam o mundo atual, é preciso lembrar a tendência da flexibilização. O mercado de trabalho da sociedade pós-industrial parece se deslocar dos modelos formais baseados nas relações de assalariamento que marcaram o mundo industrial. A superação da sociedade baseada nas linhas de montagem pela sociedade baseada nas redes de trabalho ou *network's* aponta para o declínio do assalariamento¹⁰⁴ como forma jurídica elementar de organização do processo de cooperação produtiva.

Luiz de Pinho Pedreira da Silva (1997, p. 36) esclarece que o direito do trabalho se debate atualmente entre a proteção e a flexibilidade, uma vez que a crise econômica da década de 70 pôs termo à chamada “idade de ouro” do direito do trabalho e do estado do bem estar social.

Conforme ressalta Godoy (2005, p. 80), existe a crença de que a diminuição dos controles legais sobre os contratos constitui um elemento fundamental para aumentar a flexibilidade do mercado de trabalho e, portanto, reduzir o desemprego¹⁰⁵. As modalidades mais largamente utilizadas são os contratos atípicos e a liberdade de rescisão dos contratos de trabalho por iniciativa do empregador. Os contratos atípicos resultam nos empregos flexíveis, também denominados eventuais ou precários, embora haja diferenças na caracterização de cada tipo.

¹⁰⁴ Araújo (2003, p. 50-52) destaca que o assalariamento corresponde à forma jurídica que tornou possível a institucionalização do mecanismo clássico da mais-valia, pelo qual o trabalhador vende ao empresário, que assume os riscos da atividade econômica, o seu tempo de trabalho, ficando à sua disposição. Explorar é comprar tempo de trabalho e organizar os meios de produção, de forma a fazer o trabalho gerar mais produtos e serviços dentro de um determinado lapso de tempo. Por isto afirma-se que a geração de valor no âmbito da sociedade industrial afere-se por uma perspectiva “quantitativa”. Todavia, na sociedade pós-industrial, na qual o valor não se liga mais de forma essencial ao fator preço e, portanto, ao tempo de produção, mas ao elemento “inovação”, “diferenciação”, não se trata mais de ter uma massa de trabalhadores à sua disposição. Trata-se da formação de grupos de trabalho para projetos específicos, parcerias cambiantes definidas e redesenhadas circunstancialmente, aproveitando-se cada vez mais da possibilidade de se integrarem parceiros ligados não mais por um meio físico, mas pelo espaço virtual ou *cyberspace*. Progressivamente, a compra de simples “força de trabalho” deverá ser substituída pela aquisição de “capacidade criativa”. Com isto tende a minguar a forma hegemônica de organização do trabalho no mundo industrial: o trabalho assalariado, subordinado ou coordenado, em que o empregado simplesmente está à disposição do empregador. Ocorre que, com as mudanças estruturais ocorridas no interior do modo de produção capitalista nas últimas décadas, a relação de emprego tende a ser substituída por outras relações de trabalho, mais adequadas às novas formas de geração de valor desenvolvidas pela sociedade pós-industrial.

¹⁰⁵ Segundo Moura (1998, p.64) nos tempos atuais, nenhuma medida, pública ou privada, nenhum sindicato, nenhuma empresa, nenhum governo pode assegurar a manutenção dos empregos. A melhor defesa contra o desemprego, segundo o autor, é o efetivo preparo dos trabalhadores, já que estamos na “sociedade do conhecimento”, onde prevalece a necessidade de educação. Assim, segundo Moura (1998, p.65) a complexidade da vida moderna, em particular as novas condições de trabalho, exige uma educação renovada, numa autêntica revolução pedagógica.

Ao mesmo tempo, segundo Godoy (2005, p. 83), aparece a “flexibilização” da jornada de trabalho. Na atualidade, o sistema tradicional de trabalho por tempo completo vai sendo substituído por regimes flexíveis, nos mais diversos setores, que incluem desde a anualização do tempo de trabalho até a variação de horários, jornadas e períodos de férias. As causas das mudanças variam, como a diminuição ou eliminação de horas extras ou a negociação de jornadas mais curtas. Porém, principal é a busca de flexibilidade da gestão, com vista a capacitar a empresa para adaptar-se às flutuações da demanda.

Destaca-se, ainda, a flexibilidade da remuneração que, segundo Godoy (2005, p. 85) tem sido direcionada para relacioná-la com as variações da produtividade individual e coletiva e com as pressões competitivas dos mercados. Assim, tem-se buscado relacionar a remuneração com as efetivas contribuições dos assalariados ao esforço da empresa, como a crescente utilização dos mecanismos de participação nos lucros, participação nos resultados e vinculação da remuneração à aquisição de novas habilidades ou conhecimentos profissionais.

Vários fatores têm contribuído para um aumento da flexibilidade na organização do trabalho, no sentido de abandonar os métodos taylorista e fordista para adotar práticas que levem a uma maior adaptabilidade às variações do mercado e a uma crescente contribuição dos empregados à competitividade da empresa. Estabelecem-se, assim, mudanças na organização do trabalho, incluindo a redução dos níveis hierárquicos, introduzindo a rotação e ampliando as funções em cada nível, bem como estimulando a cooperação e o trabalho em equipe (GODOY, 2005, p. 86)

É importante assinalar, porém, como faz Silva (1997, p 37), que só de maneira muito relativizada pode-se admitir a flexibilidade, máxime na América Latina, onde as condições de trabalho e salário são muito baixas. Nesse contexto, é necessário destacar o quadro de discrepância entre os países, o que é formulado no item seguinte.

3.7 A discrepância entre os países

A análise do fenômeno da concorrência mundial traz em seu bojo a necessidade de se verificar a discrepância entre os países. Conforme destaca Pastore (2006, p. 13), os quinze países que constituíam a União Européia até 1º de maio de 2004 já eram bastante diferentes em matéria trabalhista. Com a incorporação de 10 novos, sendo oito ex-comunistas, a heterogeneidade ampliou-se. A República Checa, Hungria, Polônia, Eslovênia, Eslováquia, Lituânia, Letônia, Estônia, Chipre e Malta são realidades muito contrastantes quando comparadas aos quinze integrantes originais da União Européia. Desta forma, existe um

desafio bilateral, pois as diferentes “Europas” terão de fazer um grande esforço para chegarem a um ambiente trabalhista que seja suficientemente homogêneo para justificar a existência de uma “comunidade européia”.

Além disso, a União Européia deve concorrer com a China e a Índia. Com efeito, desde o final da década de 70 a China vem apresentando grande crescimento econômico, com a efetivação de medidas ligadas à economia socialista de mercado. Essas medidas incluem um processo de reestruturação econômica, modernização dos setores econômicos, melhoria tecnológica etc (TERRA; COELHO, 2005, p. 108).

Pastore (2006, p. 29), baseado no Censo do Trabalho na China, demonstra o abismo salarial em relação aos demais países ocidentais, o que interfere nos custos de produção e no preço dos produtos. As indústrias chinesas de confecções, calçados, aparelhos elétricos e eletrônicos, materiais plásticos e outros conseguem produzir bens de consumo que chegam a ser 50% mais baratos do que os fabricados nos outros países o que levou muitas empresas norte-americanas a fecharem suas plantas nos Estados Unidos e se mudarem para a China.

A organização *Labour Action China*, por seu turno, empreende estudos sobre as condições de trabalho na China, em especial no tocante à saúde e higiene do trabalho. Em sua análise, constatou que o desenvolvimento chinês, resultante dos investimentos estrangeiros, está concentrado nas atividades de trabalho intenso e com baixa qualificação, justamente para aproveitar a abundante mão de obra barata daquele país. Ao lado das grandes empresas de capital internacional, também o capital nacional vem se desenvolvendo com base na exploração de mão-de-obra, mesmo nos níveis das pequenas empresas.

O rápido e desregulado crescimento da mão-de-obra cria um desafio nacional relativo à saúde no ambiente de trabalho. Segundo a citada organização, os dados de 2004 relativos à saúde no trabalho na China são os seguintes: 14.702 acidentes de trabalho nas empresas industriais, 3.639 nas minas de carvão e 2.582 no ramo da construção civil. Ainda segundo a instituição, os dados de 2004 apontam que o país tem 580.000 casos acumulados de pneumonia, doença que tem o crescimento alarmante de 10000 casos por ano. Relata, ainda, que mais de 14000 chineses morreram de silicose no país desde 1949 (LAC, 2006).

Além das condições de trabalho desfavoráveis que fazem crescer o número de acidentes e doença do trabalho, os trabalhadores chineses não contam com uma adequada possibilidade de busca de indenizações decorrentes do meio ambiente do trabalho. Essa constatação é feita pela *Labour Action China* a partir de diversos fatores, entre os quais são ressaltados o longo período de duração dos processos, o curto prazo prescricional de sessenta dias após a comprovação da doença do trabalho pelos órgãos oficiais, a necessidade de ampla

documentação relativa ao histórico de sua situação e condições de trabalho no emprego, o que é dificultado pelo fato de existir grande mobilidade dos trabalhadores entre as empresas (LAC, 2006).

A exploração de mão-de-obra na China gera reflexos em todo o mundo. A penetração dos produtos chineses a baixo preço e quantidade crescente provoca desemprego nos países que não têm possibilidade de competir. Medidas protecionistas começam a ser tomadas para deter as exportações de tecidos, confecções, calçados, eletrônicos e vários outros itens de consumo de massa vendidos pela China. Porém, alerta Pastore (2006, p. 31) que as medidas punitivas, o sistema de cotas e as negociações na Organização Mundial do Comércio terão pouca eficiência para reverter as vantagens comparativas da China no campo do trabalho, pois elas perdurarão por muitas décadas.

Pastore (2006, p. 34) observa também que as massas de desempregados nas grandes cidades chinesas continuam enormes. As estimativas variam entre 7% e 20%, que incidem sobre uma força de trabalho urbana de aproximadamente trezentos milhões de pessoas. Ao se transformar em um grande produtor e exportador de produtos eletrônicos, máquinas, equipamentos, tecidos, confecções, calçados etc. com base em um baixo custo do trabalho e quase sem benefícios¹⁰⁶, a China provocou um efeito indireto de expansão da oferta da mão-de-obra mundial.

Nos últimos anos, também a Índia vem se transformando em um dos pólos de atração para a terceirização devido à abundância de pessoal qualificado, domínio da língua inglesa e baixos salários. Segundo Pastore (2006, p. 41) as primeiras ondas de terceirização buscaram profissionais de qualificação média. As atuais demandam qualificação elevada, sendo que o baixo custo do trabalho continua crucial¹⁰⁷.

Colocada a situação de discrepância geral entre os países, surge a questão de como enfrentar o problema do desemprego se a pressão chinesa pelos baixos preços, através da exploração de mão de obra, leva à escassez de possibilidades de concorrência dos países em que os direitos sociais são minimamente desenvolvidos. A resposta a essa questão desafiadora somente pode surgir a partir da análise das diversas questões relativas ao direito do trabalho na sociedade pós-industrial. Sabe-se, porém, que nenhuma delas pode, sozinha,

¹⁰⁶ Pastore (2006, p. 39) destaca que, como regra geral, o sistema de saúde chinês não aceita pacientes com doenças graves - câncer, enfarte, derrame cerebral e outras do mesmo gênero. O sistema de saúde da China tornou-se um fardo pesadíssimo para o Estado que, dentro do seu autoritarismo, decidiu não mais assumir.

¹⁰⁷ Pastore (2006, p. 42) ressalta que, ultimamente, a demanda explosiva por qualificação começou a enfrentar problemas de oferta. Conseqüência: os salários dos bons talentos explodiram. E as universidades não estão dando conta de injetar no mercado o contingente que é demandado pelas empresas que precisam de profissionais sofisticados. Isso começa a minar a vantagem comparativa da Índia e, ao mesmo tempo, a desafiar o governo para investir mais (e melhor) na educação superior.

resolver tão grave problema. O importante, contudo, é evoluir na discussão das propostas já lançadas, o que se empreende no tópico seguinte.

3.8 Problemas e soluções apontadas para o direito do trabalho na atualidade

Nesse tópico, pretende-se discutir as soluções apontadas pelos estudiosos do direito do trabalho, cientistas políticos e entidades empresariais e laborais para o enfrentamento da questão do desemprego e modificações no mundo do trabalho na sociedade pós-industrial. A análise parte do referencial teórico de Boaventura de Souza Santos (2000), que aponta claramente a tensão entre a regulação e a emancipação na história do direito e da ciência. O autor considera a ciência e o direito como ocupantes de lugar central dentro do paradigma da modernidade, razão pela qual são objetos centrais de sua crítica. Defende, assim, a recuperação das energias emancipatórias, o que leva à reavaliação da ciência e do direito modernos¹⁰⁸.

Assim, o estudo buscará apontar a atuação dos sindicatos na sociedade pós-industrial, a atuação do Fórum Nacional do Trabalho, a ampliação da competência da Justiça

¹⁰⁸ Tratando da tensão entre regulação e emancipação, Boaventura de Souza Santos (2000, p. 123) declara que ela é ainda mais antiga no direito do que na ciência. Uma de suas primeiras manifestações remonta à recepção do direito romano na Europa do séc. XII, movimento que começou na Universidade de Bolonha. Esta recepção é o resultado de uma convergência de interesses econômicos e sociais que proporcionou o surgimento do saber jurídico. A tensão entre regulação e emancipação é constitutiva dessa fase de recepção do direito e esse projeto está a serviço dos interesses progressistas de uma classe que tinha um projeto cultural e político de emancipação social. Na exegese dos glossadores, o direito era um misto de autoridade e razão, sendo que as exigências práticas de regulação estão subordinadas à experiência racional. Segundo o autor, a tensão residia no fato de a legitimidade do poder regulador derivar da sua autonomia relativamente fática, envolvida nos conflitos cuja resolução exige regulação. Porém, com o decorrer do tempo, a emancipação foi absorvida pela regulação social, que se torna científica para ser maximizada e levar ao esquecimento a ética social e política, que desde o séc. XII mantivera acesa a chama emancipatória. Santos (2000, p. 124) aponta, ainda, o direito natural racionalista como foco de tensão entre regulação e emancipação. Esse direito natural serviu tanto para legitimar a atuação dos “déspotas esclarecidos” quanto para fundamentar as idéias liberais e democráticas que levaram à Revolução Francesa. O foco da tensão entre regulação e emancipação, segundo Santos (2000, p. 128) reside na distinção entre o certo e o verdadeiro. O primeiro é a autoridade – resultado da vontade humana. O segundo é a verdade, emancipação da razão. Neste ponto, defende que, embora em todos os momentos históricos exista, no direito, a tensão entre regulação e emancipação, com o desenrolar da experiência humana, a emancipação tende a triunfar, uma vez que o verdadeiro não é mera razão cognitiva, mas sim a equidade. Assim, para o autor, o potencial emancipatório do direito reside no fato de sua racionalidade não se distinguir do bem-estar social universal - a *aequitas civilis*. Outra manifestação de tensão entre regulação e emancipação analisada pelo citado autor reside nas teorias do contrato social, análise empreendida pelo autor a partir dos trabalhos de Hobbes, Rousseau e Locke. Segundo Santos (2000, p. 137) cada um dos autores citados simboliza uma dimensão arquetípica de um projeto revolucionário global: o princípio do Estado (Hobbes), o princípio do mercado (Locke) e o princípio da comunidade (Rousseau). Além disso, salienta a diversidade de racionalidade dos três autores, expondo que ela evidencia a riqueza e a complexidade das energias emancipatórias da modernidade, bem como a tensão entre os objetivos eventualmente conflitantes. Assim, a complexidade do paradigma da modernidade reside no fato de o direito poder ser entendido quer como vontade do soberano (Hobbes), manifestação de consentimento (Locke) e autoprescrição (Rousseau).

do Trabalho, as propostas flexibilizadoras, os patamares mínimos do direito do trabalho e o assim chamado “direito do trabalho sem adjetivos”.

3.8.1 A atuação dos sindicatos e do Fórum Nacional do Trabalho

Os sindicatos tiveram sua origem no fenômeno do associativismo e surgiram como o resultado de um longo processo histórico. Esse processo tinha como fim o ideal comum de valorização do homem como pessoa e de reconhecimento dos direitos essenciais à defesa de seus interesses e à expansão de sua personalidade. Segundo Melhado (2003, p. 81) os sindicatos sofrem hoje, tanto nos países centrais quanto nos periféricos, uma crise de identidade. Isso ocorre, em parte, porque não mostraram capacidade de adaptação aos novos tempos¹⁰⁹ em que o capital se mundializa, perdendo filiados e tendo cada vez menos presença social e protagonismo político.

Melhado (2003, p. 83) ressalta que o movimento sindical moderno, marcado pela influência do pensamento de esquerda, nasceu sob o axioma do internacionalismo. Concebendo o nacionalismo e o “patriotismo” como a articulação de um discurso de direita, propunha alianças internacionais e apresentava como sua única pátria as classes trabalhadoras de todo o planeta. Paradoxalmente, conforme ressalta o autor, constata-se agora que o sindicalismo entrou em crise no momento em que a economia se internacionalizou.

Esta crise pode ser explicada por várias razões. Albert Recio (1997, p. 165) destaca três variáveis distintas na tentativa de encontrá-las. A primeira está conectada com o tema do “fim da história”, que diz respeito aos limites da ação sindical no território do discurso sociopolítico. Nesse sentido, o capitalismo estaria sendo tomado pelo movimento sindical como marco geral aceitável, no interior do qual as organizações operárias realizam seu cotidiano. Assim, desarmados de um projeto político-ideológico, os trabalhadores, como classe social, perderiam sua subjetividade.

¹⁰⁹ As peculiaridades mais relevantes desses “novos tempos” segundo Melhado (2003, p. 81), dizem respeito à crescente internacionalização dos processos produtivos e seu fracionamento em escala planetária, ao lado do crescimento dos níveis de investimento externo direto, do ritmo alucinante das transações financeiras no mercado global e, em última análise, da forma como se realiza a acumulação do capital, da forma como ele se compõe e dos campos em que atua. Há também o aprofundamento da concentração de riquezas e a constituição de monopólios intergalácticos derivados de uma inusitada espiral de fusões e incorporações. Já no plano geral do Estado, as transformações mais importantes correspondem ao enfraquecimento progressivo do modelo tradicional forjado, sobretudo no segundo pós-guerra e à perda do monopólio da produção do direito formal. No plano cultural, ainda segundo o autor, a mundialização da economia associa-se a uma espécie de globalização de valores e hábitos de consumo. O discurso teórico de que se reveste este projeto semeia o conformismo ideológico, a noção de fim da história e a padronização de hábitos de consumo (MELHADO, 2003, p. 81-82).

A segunda variável é o crescimento econômico como valor. Dentro dos marcos gerais do sistema, os sindicatos aceitam a idéia de que o crescimento econômico é um objetivo indiscutível. Ocorre que a reificação da idéia de expansão macroeconômica legitima ações estratégicas de ab-rogação de direitos sociais e inibe ou freia movimentos reivindicatórios. O pressuposto das negociações coletivas passa a ser a racionalidade do crescimento econômico que, em última análise, abre caminho à trilha da expansão do capital.

Já a terceira variante causal da atual crise dos sindicatos apontada pelo autor é a incompatibilidade entre a internacionalização da economia e a cultura da política sindical voltada para os limites do Estado-nação. Assim, as grandes companhias são capazes de transferir plantas industriais inteiras de um país para outro, simplesmente para poupar gastos com salários ou aborrecimentos com trabalhadores organizados.

Nelson Mannrich (2006, p. 310) também analisa a crise institucional dos sindicatos, com sensível diminuição dos filiados e dificuldades para enfrentar o aumento do poder patronal e a concentração de riqueza. Menciona, igualmente, que os sindicatos sempre basearam suas formas de atuação na relação de subordinação clássica, encontrando dificuldades para atuar diante das atuais mutações nos padrões e modelos de produção.

Dorothee Rüdiger (2003, p. 63) destaca, por sua vez, que as grandes organizações sindicais ainda obedecem à idéia da territorialidade e de categorias econômicas. Frisa ainda que, no Brasil, as chances de uma reorganização dos trabalhadores mais adaptada à estrutura das redes empresariais só acontecerão a partir de uma reforma sindical ampla. Assim, por exemplo, a articulação das redes empresariais, formais ou informais, corresponderia à organização dos trabalhadores por estabelecimento, empresa e rede empresarial local, regional, nacional e até mundial. Isso só seria possível, entretanto, com a superação do dogma da unicidade sindical.

Ao lado da atuação dos sindicatos, há que se destacar, também, em nosso país, a criação do Fórum Nacional do Trabalho, que foi constituído majoritariamente de forma tripartite, por representantes institucionais, indicados pelas entidades do mundo do trabalho, além de elementos da esfera pública, dentro do espírito da Convenção nº. 144 da OIT, ratificada pelo Brasil.

O Fórum foi instituído pelo Decreto nº. 4.796, de 29 de julho de 2003, que fixou como finalidades da instituição promover o entendimento entre os representantes dos trabalhadores e empregadores e o governo federal, com vista a construir consensos sobre temas relativos ao sistema brasileiro de relações de trabalho. Ademais, o Fórum tem por

finalidade subsidiar a elaboração de projetos legislativos de reforma sindical e trabalhista nas esferas constitucional e infraconstitucional.

Sua composição é tripartite, com representantes do Governo Federal¹¹⁰, dos empregadores¹¹¹ e dos trabalhadores¹¹², sendo que os assentos dos trabalhadores e empregadores pertencem às entidades representativas de âmbito nacional que desfrutam de reconhecimento público e de representatividade.

3.8.2 A ampliação da competência da Justiça do Trabalho

¹¹⁰ Em relação à reforma sindical, Godói (2005, p. 138-145) assim resume a posição do governo, ao início dos trabalhos do Fórum: O objetivo do governo seria conceder a mais ampla liberdade possível, sem, entretanto, atingir a plenitude preconizada pela Convenção n. 87 da OIT. Desejava o governo inibir a proliferação de entidades sindicais sem ferir a liberdade sindical. Para tanto a lei estabeleceria critérios objetivos para a aferição de representatividade, com os quais seria conferida a personalidade sindical, por meio da Secretaria de Relações do Trabalho do MTE. A sustentação financeira das organizações sindicais patronais seria garantida pelas seguintes taxas (com a extinção da contribuição compulsória): a) contribuição associativa definida livremente pelos respectivos níveis e âmbitos de representação; b) taxas por serviços prestados e vendas de produtos. O período de transição para o novo modelo sindical seria de três anos, contados a partir da promulgação da nova legislação. Durante esse período, as organizações sindicais que tivessem obtido o registro sindical até o dia anterior à promulgação da nova legislação, independentemente de sua representatividade e modelo organizativo, exerceriam todas as prerrogativas e atribuições sindicais. A representação sindical no local de trabalho dar-se-ia por meio do Comitê Sindical de Empresa (CSE). Os CSEs poderiam ser constituídos pelos sindicatos reconhecidos, em cada empresa ou unidade produtiva, de acordo com os critérios a serem estabelecidos em lei.

¹¹¹ A partir deste cenário, Godoy (2005, p. 123-124) esclarece que as entidades de empregadores, congregadas no Grupo Interfederativo Empregador (GIEMP), chegaram a alguns pontos de consenso, tais como : a) o propósito de fazer prevalecer as visões legítimas dos parceiros sociais sobre eventuais tentativas dirigidas por parte do Governo; b) a concordância com o reconhecimento da legitimidade das centrais como entidades sindicais; c) a eleição do tema organização sindical como o principal mote, a partir da visão comum de que a negociação deve ser o meio primordial de regulação das Relações de Trabalho. Em síntese, as posições levadas ao Fórum pela representação dos empregadores, com vistas aos principais pontos da Reforma sindical foram apontadas por Godoi (2005, p. 134): Representatividade - A lei definirá os critérios de representatividade. Lei Sindical - As entidades sindicais (confederações, federações e sindicatos) serão regidas por uma lei sindical. A mesma lei criará o Conselho de Relações Sindicais. Transição - Por três anos, os sindicatos, federações e confederações atuais continuarão operando como estão e com fundamento nos conceitos de categoria e base territorial. Liberdade de organização - Inspirada no SICOMERCIO, cada confederação poderá criar um sistema semelhante (de caráter estritamente privado). Registro - Esgotados os três anos de carência, as novas entidades terão de obter registro em cartório do registro civil e personalidade sindical, concedido pela Câmara Patronal do Conselho de Relações Sindicais. Renovação do registro - Os atuais sindicatos terão de obter a renovação do registro. Certificação de Representatividade - Havendo uma nova entidade que reivindique operar na mesma base e categoria existente, a Câmara Patronal examinará e determinará qual delas terá a representatividade, atestando-a com validade por três anos. Contribuição sindical - A contribuição sindical compulsória continua como está. Demais contribuições - As demais contribuições passam a ser todas voluntárias e regidas pelos estatutos sociais. Perda da contribuição sindical - No caso de uma entidade perder a representatividade, perderá também a contribuição sindical compulsória. Perda do registro - Em decorrência de faltas graves, a Câmara Patronal e o Pleno do Conselho de Relações Sindicais podem cancelar o registro de entidade sindical ou deixar de renová-lo.

¹¹² Em relação aos trabalhadores, argumenta Godoy (2005, p. 145) que não havia consenso entre as entidades, observando-se uma nítida segregação entre as centrais e as confederações. Assim, por exemplo, em relação à sustentação financeira, a Central Única dos Trabalhadores apareceu em dissonância com a maioria das demais entidades de empregados, ao defender enfaticamente a extinção da contribuição sindical compulsória.

Neste tópico, busca-se contextualizar a ampliação da competência da Justiça do Trabalho dentro do panorama de mudanças no mundo do trabalho gerado pelas alterações estruturais no campo da economia e do emprego. Verifica-se, inicialmente, que a alteração levada a efeito pela Emenda Constitucional nº. 45 na dicção do art. 114 da Constituição Federal¹¹³ ensejou grande mudança de competência da Justiça do Trabalho. Trata-se de alteração que refletiu uma aptidão histórica da Justiça do Trabalho para julgar os dissídios resultantes das relações de trabalho *lato sensu*, não se limitando mais a relações de emprego.

Diante do cenário de alteração das relações de trabalho, abordado neste capítulo, a alteração foi salutar, na medida em que se assiste cada vez mais à prestação de trabalho com natureza autônoma, economicamente dependente ou mesmo através de cooperativas ou pessoas jurídicas. Em todos esses casos, a competência anterior da Justiça do Trabalho limitava-se à verificação ou não da existência de fraude na aplicação das normas relativas à relação de emprego. Assim, a atuação somente se dava no sentido de coibir a fraude, o que agora é estendido à própria análise do mérito e dos pedidos decorrentes das diferentes relações de trabalho.

A mudança foi fruto de grande movimentação das instituições representativas dos setores trabalhistas, em especial da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA. De todas as mudanças promovidas no art. 114 da Constituição Federal, porém, a que merece maior destaque para efeito do presente trabalho é a que promoveu a alteração do seu inciso I. Com efeito, ao estabelecer a competência da Justiça do Trabalho para as “ações oriundas da relação de trabalho” a emenda constitucional resgatou seu papel histórico. Isto porque, conforme ficou visto nos itens anteriores, atualmente assiste-se a uma mudança importante do paradigma taylorista-fordista para um novo panorama

¹¹³ Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II as ações que envolvam exercício do direito de greve; III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; IV os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; V os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o; VI as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; VII as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; VIII a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; IX outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. § 1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. § 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.

flexibilizado de relações de trabalho não propriamente inseridas no normativo da relação de emprego.

Sabe-se que os inúmeros interesses em jogo dificultaram a aprovação do atual texto do inciso I do art. 114 da Constituição. Sobre o tema, Hugo Cavalcanti Melo Filho (2005, p. 170) esclarece que a alteração foi fruto de intenso embate no Congresso Nacional. Com efeito, a expressão “ações oriundas da relação do trabalho” surgiu inicialmente do parecer do relator da PEC 96-A/92, o então deputado Aloysio Nunes Ferreira, que em junho de 1999, propôs a extinção da Justiça do Trabalho e a criação de varas especializadas trabalhistas na Justiça Federal, que teriam a competência mais ampla para a análise das ações oriundas da relação de trabalho. Com as reações causadas à proposta de extinção da Justiça do Trabalho, houve, consoante destaca Melo Filho (2005, p. 172), uma modificação na relatoria da PEC. Isso ocorreu porque o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, convidou o deputado Aloysio Nunes para assumir a Secretária Geral da Presidência da República.

Com o afastamento do antigo relator, a PEC 96-A/92 foi redistribuída, em agosto de 1999, à deputada Zulaiê Cobra. A nova relatora manteve a Justiça do Trabalho como ramo especializado do Poder Judiciário, mantendo também a expressão “relações do trabalho” a qual foi inserida no inciso I do art. 114 da Constituição Federal. Tal redação foi aprovada na Câmara dos Deputados e posteriormente no Senado, após longa tramitação até sua posterior promulgação em dezembro de 2004.

Logo após aprovada e promulgada, no que tange particularmente ao disposto no inciso I do art. 114, a Emenda sofreu ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pela Associação dos Juizes Federais e pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais, tendo o STF decidido que a competência da Justiça do Trabalho não abrange as causas instauradas entre o poder público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária¹¹⁴.

Saliente-se, na esteira de Carlos Henrique Bezerra Leite (2005, p. 152) que a alteração do inciso I do art. 114 concedeu tutela aos trabalhadores não empregados de natureza apenas processual e procedimental, em nada alterando, em razão da alteração da sua dicção, o regime jurídico aplicável aos trabalhadores não empregados.

¹¹⁴ ADI-MC 3395, 05/04/2006, Tribunal Pleno, Med. Caut. em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.395-6, Distrito Federal, Relator: Min. Cezar Peluso Requerente(S): Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE, Requerente(S): Associação Nacional Dos Magistrados Estaduais - ANAMAGES. Ementa: Inconstitucionalidade. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o poder público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária.

Os demais incisos do art. 114 tratam de matérias afetas às lides trabalhistas, tais como as ações relativas a acidente de trabalho ou mesmo os conflitos envolvendo as entidades sindicais. Tal competência, anteriormente da Justiça Comum Estadual, está intimamente relacionada às relações de emprego. Portanto, a Emenda Constitucional nº. 45 fez apenas a consagração daquela que deveria ter sido a competência perene da Justiça do Trabalho. Porém, em um primeiro momento, a competência da Justiça do Trabalho para as questões relativas a acidente do trabalho teve dificuldades para se firmar, o que ocorreu apenas após a posição favorável do STF, exarada nos autos do Conflito de Competência nº. 7.204-1¹¹⁵

Há que se assinalar, também, entre as mudanças, a inserção da competência da Justiça do Trabalho para as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho. Tais ações, anteriormente de competência da Justiça Federal, são também afetas às relações trabalhistas *stricto sensu*, tendo sido necessária a realocação da competência.

Ressalte-se, por fim, no rol de alterações do art. 114 do Constituição Federal, o ponto controvertido relativo à manutenção do poder normativo. A esse respeito, Mannrich

¹¹⁵ CC 7204, 29/06/2005 Tribunal Pleno, Conflito de Competência 7.204-1 Minas Gerais Relator: Min. Carlos Britto, Suscitante(S): Tribunal Superior Do Trabalho Suscitado (A/S): Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Ementa: Constitucional. Competência judicante em razão da matéria. Ação de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, proposta pelo empregado em face de seu (ex-) empregador. Competência da Justiça do Trabalho. Art. 114 da magna carta. Redação anterior e posterior à Emenda Constitucional Nº. 45/04. Evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Processos em curso na Justiça Comum dos Estados. Imperativo de Política Judiciária. Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-) empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-membros. 2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores. 3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária — haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e Supremo Tribunal Federal CC 7.204 / MG ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa —, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/04. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço. 4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum Estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação. 5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência *ex ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto. 6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, Sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete. 7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho.

(2005, p. 14) enfatiza que a Emenda Constitucional nº. 45 também extinguiu o poder normativo da Justiça do Trabalho, pois tal conclusão resultaria de interpretação gramatical da nova redação dada ao art. 114, § 2º. Em consequência da nova regra, segundo o autor, mesmo em caso de dissídio de greve, caberia à Justiça do Trabalho apenas decidir o conflito, não estabelecer normas ou condições de trabalho.

De qualquer forma, em casos de greve em atividades normais, não há previsão de instauração de dissídio coletivo, devendo o conflito ser suplantado diretamente por meio da negociação coletiva. Conforme salienta o autor, não se pode modernizar o sistema de relações do trabalho sem ampliar o espaço reservado à negociação coletiva e rever a relação entre a norma estatal e a norma negociada, o que necessariamente implica extinção do poder normativo¹¹⁶.

Para Carlos Henrique Bezerra Leite (2005, p. 806), porém, o comum acordo entre as partes exigido pela nova redação do §2º do art. 114 da Constituição constitui um novo pressuposto para cabimento do dissídio coletivo, de forma que sua ausência leva à extinção do processo sem julgamento do mérito. Nesse mesmo sentido se orienta o Tribunal Superior do Trabalho, que reconhece a permanência do poder normativo da Justiça do Trabalho¹¹⁷.

3.8.3 A flexissegurança

Em meio a inúmeras discussões sobre a flexibilização e a necessidade de permanência de padrões mínimos para os trabalhadores, a questão tem-se deslocado para um balanço adequado entre flexibilidade - como requisito da gestão empresarial competitiva - e segurança - como necessidade do trabalhador e condição da paz social. É a chamada flexissegurança.

¹¹⁶ Nesse mesmo sentido de necessidade de extinção do poder normativo da Justiça do Trabalho, Romita (2001, p. 1) analisou as propostas de reforma do judiciário, que culminaram na Emenda Constitucional 45/04.

¹¹⁷ Recurso Ordinário da Suscitada I) Dissídio Coletivo comum acordo entre as partes - Jurisprudência do TST Concordância tácita configurada. 1. A Emenda Constitucional 45/04, no entender desta Corte, ressalvado entendimento pessoal deste relator, não reduziu o exercício do Poder Normativo da Justiça do Trabalho, nem sequer lhe conferiu contornos de juízo arbitral, mas tão-somente criou pressuposto processual anômalo, consistente na necessidade do mútuo acordo entre as partes em conflito para a instauração do dissídio coletivo, excepcionadas as hipóteses de greve em serviço essencial, nas quais o Ministério Público pode suscitar isoladamente o dissídio. 2. Adotando interpretação flexível do art. 114, § 2º, da CF, a jurisprudência do TST tem admitido a hipótese de concordância tácita com o ajuizamento do dissídio coletivo, com o intuito de facilitar o acesso dos entes coletivos à composição pela via do poder normativo desta Justiça Especializada. 3. No caso, como a decisão regional rejeitou a preliminar de ausência de comum acordo, sob o fundamento de que a suscitada recorrente não se opusera expressamente no momento oportuno, qual seja, na contestação, merece ser mantida a rejeição da prefacial (TST, RODC 12/2005-000-04-00, Rel. Min. João Oreste Dalazen. DJ - 23/11/2007).

Bredgaard (2007, p. 5) identifica vários conceitos de flexissegurança. Por exemplo, o termo pode fazer referência a uma estratégia política, a direcionamentos do mercado de trabalho e ainda a um conceito analítico. A mais conhecida definição de flexissegurança é formulada por Ton Wilthagen. Para ele, trata-se de uma estratégia política que tenta, sincronicamente e de maneira deliberada, ampliar a flexibilidade do mercado de trabalho, da organização do trabalho e de relações trabalhista. Por outro lado, busca realçar consideravelmente a segurança – tanto no emprego quanto segurança social - para os grupos mais fracos dentro e fora do mercado de trabalho (WILTHAGEN; TROS, 2003, p. 4).

Bredgaard (2007, p. 5) destaca os elementos principais do conceito exposto, afirmando que a estratégia da flexissegurança deve ser sincrônica, na medida em que deve conter elementos de flexibilidade e segurança ao mesmo tempo. Além disso, deve ser deliberada, de forma que os atores sociais devem estar conscientes dessa mudança. Por fim, as medidas devem ser focadas em grupos vulneráveis, especificamente os grupos que estão à margem ou fora do mercado de trabalho.

A idéia da flexissegurança vem se desenvolvendo de forma consistente na Europa, em especial, na Dinamarca. Godoy (2005, p. 94) ressalta que nenhuma experiência melhor que a dinamarquesa presta-se para uma análise da questão do embate entre flexibilidade e segurança no mercado de trabalho. Naquele país, criou-se o que passou a ser chamado de “triângulo de ouro” da política laboral. Tratava-se de introduzir um terceiro elemento, além da flexibilização das normas de proteção e do sistema de seguridade, qual seja, uma política ativa de mercado de trabalho.

Segundo Godoy (2005, p. 94), a Dinamarca tem as seguintes características: a) um nível de proteção baixo, comparável aos do Canadá, Irlanda, Reino Unido e Estados Unidos; b) permanência média no emprego de 8,5 anos; c) alta rotatividade, envolvendo, em cada ano, de 25% a 30% de todos os postos de trabalho. Entretanto, destaca o autor que, apesar dessa elevada mobilidade, o nível de insegurança está entre os mais baixos da Europa.

Tal situação aparentemente contraditória pode ser explicada, segundo Godoy (2005, p.94) em parte, pelo já referido crescimento do mercado de trabalho. Outra razão estaria no sistema oficial de benefícios aos desempregados (inclusive a assistência social aos desempregados não segurados). Esse sistema atua como uma rede de segurança, protegendo o indivíduo contra problemas econômicos mais graves. Ademais, a alta mobilidade dá ao desempregado a sensação de uma maior probabilidade de encontrar uma nova colocação. Assim, o sistema dinamarquês pode ser visto como um modelo de flexissegurança no sentido de que a incerteza individual decorrente da flexibilidade é compensada pela segurança gerada

pela cobertura de benefícios ao desempregado, fornecida e financiada majoritariamente pelo Estado.

Assinale-se, porém, que o modelo dinamarquês não é viável para o Brasil, dadas as peculiares e marcantes diferenças sociais entre os dois países. A esse respeito, Bredgaard (2007, p. 14) adverte que a flexissegurança dinamarquesa não é o resultado de um plano deliberado implantado a partir dos anos 90. Ao contrário, os pontos essenciais do modelo datam do século XIX e ao Estado do Bem Estar Social das reformas da década de 60 do século XX. Assim, o autor afirma que essas circunstâncias históricas específicas tornam difícil transferir o modelo dinamarquês para outros contextos.

É necessário observar, ainda, que, ao lado do modelo dinamarquês, há inúmeros outros tipos de aplicação da flexissegurança. Nesse aspecto, cumpre ressaltar a advertência de Bredgaard (2007, p. 5), no sentido de que a falta de conceitualização e concretização do que seja flexissegurança é uma das possíveis explicações para ter se tornado um conceito semântico pelo qual a União Européia tem sido particularmente atraída.

Um ponto, porém, pode ser frisado, como faz Bredgaard (2007, p. 14) . É que a imposição de fortes limitações à liberdade dos empregadores para contratar e dispensar empregados é a única maneira fornecer segurança para o indivíduo no mercado de trabalho. Para o autor, é possível combinar um dinâmico mercado de trabalho com um grau elevado de renda e de segurança social

3.8.4 - As cooperativas de trabalho

Outra espécie de reflexo do novo paradigma no mundo do trabalho é a proliferação de cooperativas. Essas organizações surgiram, como entidades jurídicas diferenciadas, na Europa no século XIX. Nessa época, dividiram-se em cinco tradicionais espécies diferentes: as cooperativas de consumo, as cooperativas de trabalho, as cooperativas de crédito, as cooperativas agrícolas e as cooperativas de serviço (SILVA FILHO, 2001, p. 45)

Pamplona Filho (1998, p. 1) assinala que no Brasil houve uma regulamentação jurídico-positiva do cooperativismo no começo do século XX. Coincidentemente, essa regulamentação foi a mesma que criou os primeiros sindicatos no território nacional, autorizando-os expressamente para o exercício do cooperativismo. Trata-se do Decreto

Legislativo nº. 979, de 1903, que instituiu a sindicalização rural, sindicatos mistos, de feição corporativa. Por outro lado, o Decreto Legislativo nº. 1.637, de 1907 admitia a constituição de sindicatos tendo como objetivo o estudo, a defesa e o desenvolvimento dos interesses gerais da profissão e dos interesses profissionais de seus membros. Destaca o citado autor que, com o fim da "República Velha" e a ascensão de Getúlio Vargas, foi separada a disciplina normativa do sindicalismo e do cooperativismo. Em consequência, foram editados o decreto 19.770, de 19.03.31 (a chamada "lei sindical") e o decreto 22.239, de 19.12.32, que consolidou a regulamentação das cooperativas no Brasil e conceituou as cooperativas de trabalho¹¹⁸.

Conforme ressalta Silva Filho (2002, p. 51), o conceito de cooperativa pode ser exposto pela Declaração de Manchester, de 1995, da Aliança Cooperativa Internacional. Esse documento definiu o que é uma cooperativa, observando e tomando por base aspectos mínimos que devem estar presentes em toda e qualquer entidade do gênero: “Cooperativa é uma associação autônoma de pessoas que se unem de forma voluntária para satisfazer suas necessidades e aspirações econômicas, sociais e culturais em comum, mediante uma empresa de propriedade conjunta e de gestão democrática”.

Assim, as cooperativas são organizações de pessoas que, tendo interesses e necessidades comuns, reúnem-se para, em conjunto, possibilitar a consecução de seus anseios mediante a ajuda mútua. Segundo Silva Filho (2002, p. 126), podem ter a natureza de associação ou sociedade, levando-se em conta a forma e os objetivos de atuação e o desenvolvimento de suas atividades. Consoante ressalta Washington Luiz Trindade (1999, p. 24), o trabalho cooperativo exhibe a sua natureza jurídica típica pela observância dos princípios diretores da criação dessas entidades. Tais princípios reduzem-se, basicamente, aos seguintes: o trabalho é exercido com independência e autonomia dos cooperativados, sujeitos apenas às diretrizes gerais e próprias ao estatuto da cooperativa. Assim, destacam-se a solidariedade e a autogestão, bem como a liberdade de associação e de desligamento. A identificação dos elementos estruturais citados configura critério para distinguir o ato típico cooperativo de atos jurídicos praticados que, na verdade, expressam o desvirtuamento das normas protetivas do trabalho como definido na CLT

¹¹⁸ O art. 24 do Decreto nº 22.239/32 considerava como cooperativas de trabalho "aquelas que, constituídas entre operários de uma determinada profissão, ou de ofício, ou de ofícios vários de uma mesma classe, têm como finalidade primordial melhorar os salários e as condições de trabalho pessoal de seus associados, e, dispensando a intervenção de um patrão ou empresário, se propõem contratar obras, tarefas, trabalhos ou serviços, públicos ou particulares, coletivamente por todos ou por grupos de alguns". Na Lei nº. 5.764/71 não há dispositivo correlato, conceituando as cooperativas de trabalho.

No Brasil, o regime jurídico das cooperativas é atualmente estabelecido pela Lei nº. 5764/71. Em seu art. 3º, a lei estabelece que “celebram contrato de sociedade cooperativa as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro”. Convém ressaltar que a legislação brasileira define as cooperativas como sociedades de pessoas, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados.

Consoante o disposto no art. 4º da Lei nº. 5.764/71, as cooperativas distinguem-se das demais sociedades em razão da adesão voluntária, com número em geral ilimitado de associados. Além disso, apresentam variabilidade do capital social representado por quotas-partes e limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade. Outra característica apontada no art. 4º, inciso IV, da citada lei, é a inaccessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade.

Outrossim, há que se destacar a singularidade de voto e o quorum para o funcionamento e deliberação da assembléia geral baseado no número de associados e não no capital. Além disso, as cooperativas caracterizam-se pelo retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelos associados, salvo deliberação em contrário da assembléia geral, bem como pela indivisibilidade dos fundos de reserva e de assistência técnica educacional e social. Por fim, diferenciam-se das demais sociedades, em razão da prestação de assistência aos associados, cuja admissão à cooperativa é limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços, consoante dispõem os incisos X e XI do art. 4º da Lei nº. 5764/71.

Os dispositivos legais pertinentes ao cooperativismo mais conhecidos, porém, são os que elidem o reconhecimento de vínculo empregatício. Nesse sentido, o Art. 90 da Lei 5764/71 estabelece que “qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados”. Já o art. 442, parágrafo único, da CLT dispõe que “independente do ramo de atividade da cooperativa, não se estabelece o vínculo empregatício entre o cooperado e a cooperativa e nem com relação ao tomador de serviços desta”.

Em razão dos dispositivos legais citados, as cooperativas, no Brasil, vêm sendo um campo aberto às mais diversas fraudes contra a aplicação da legislação trabalhista. Por essa razão, o Ministério Público do Trabalho vem desenvolvendo diversas ações para coibir abusos, tanto que surgiu o termo “fraudoperativas”, para referir-se à prática de burla. Nesse sentido, a jurisprudência trabalhista tem oposto reservas à disseminação de cooperativas pelo

país quando existem dados que comprovem o desrespeito à legislação trabalhista¹¹⁹. Ressalte-se, neste aspecto, na esteira de Washington Luiz Trindade (1999, p. 24), que a fraude não se presume, devendo ser provada a cada nova hipótese.

3.8.5 Relação de emprego, relação de trabalho e subordinação jurídica

Tradicionalmente, a expressão “relação de trabalho” engloba a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho parassubordinado, de trabalho avulso e outras modalidades diversas. É, portanto, o gênero, no qual se inserem as demais. Acesa é a controvérsia para a caracterização da relação de emprego e diferenciação das espécies afins.

¹¹⁹ Apenas a título exemplificativo, citam-se as seguintes ementas do TST: Proc: RR-9567/2002-900-03-00, publicação: DJ - 02/02/2007, proc. n.º. TST-RR-69567/2002-900-03-00.8, Acórdão 6ª turma, Rel. Min. Rosa Maria Candiota. Recurso de Revista. Vínculo Empregatício. Violação do art. 442, parágrafo único, da CLT. Embora o comando do parágrafo único do art. 442 da CLT descarte a existência de vínculo empregatício entre a cooperativa e seus associados e entre estes e os tomadores de serviços daquela, qualquer que seja o ramo de atividade da cooperativa, a Corte Regional, descrevendo a finalidade das cooperativas e analisando a questão sobre esse prisma, concluiu que de concreto, no presente caso, havia um entrelaçamento de interesses, contrários e antagônicos, que jamais poderiam ser compreendidos na definição do espírito cooperativo, porquanto a recorrente, para o desenvolvimento e exploração da atividade empresarial, necessitava da mão-de-obra da reclamante (ou de qualquer outro trabalhador), e, em razão disso, contratou a reclamante, por intermédio da cooperativa. Segundo o Colegiado de origem a recorrente, necessitando do trabalho, entregou-se a esta prestação de serviço, pela forma que lhe fora oferecida, defendendo interesses seus, próprios, jamais comuns, e, visando, obviamente, extrair desta sua prestação de serviço o lucro ou benefício que ela poderia lhe proporcionar para sua sobrevivência, nunca espiritualizando ou objetivando a produção de algo em comum. Por outro lado, o serviço que foi prestado não reverteu em benefício da cooperativa (e obviamente, aos seus filiados), que dele (trabalho) nada auferiram, mas em prol dos próprios tomadores de serviço. Assim delineados os aspectos na decisão regional, não se detecta, no presente caso, eventual ofensa à liberalidade do referido preceito celetista. Revista de que não se conhece. RR - 203/1998-047-01-00, publicação: DJ - 09/02/2007, Proc. n.º. TST-RR-203/1998-047-01-00.7, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Levenhagem. Ação civil pública. Legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público do Trabalho. Pretensão Metaindividual. Fraude na intermediação de mão-de-obra. Na hipótese dos autos, em que se verifica terceirização de serviços com denúncia de fraude no propósito de intermediação de mão-de-obra, com a não-formação do vínculo empregatício e burla aos direitos sociais constitucionalmente assegurados, pleiteando-se obrigação de não fazer, os interesses são individuais, mas a origem única recomenda a sua defesa coletiva em um só processo, pela relevância social atribuída aos interesses homogêneos, equiparados aos coletivos, não se perseguindo aqui a reparação de interesse puramente individual, a evidenciar a legitimidade do Ministério Público. II - Já no que concerne ao pedido de condenação da reclamada a responder subsidiariamente pelos débitos trabalhistas dos trabalhadores contratados irregularmente, evidencia-se não só a ilegitimidade ativa do Ministério Público do Trabalho para propor ação civil pública, tendo em vista que a pretensão formulada não se reporta a interesses coletivos, interesses difusos ou individuais homogêneos, mas também o seu descabimento, seja porque conforme jurisprudência desta Corte a ação civil pública não tem natureza reparatória, mas apenas cominatória (imposição de obrigação de fazer ou não fazer, para o futuro), seja porque se trata de pedido acessório em que é incontrastável a necessidade de apreciação do pedido principal relativo à condenação do devedor principal. III Recurso parcialmente provido.

Trata-se de um dos pleitos mais formulados e apurados no dia-a-dia das audiências e decisões da Justiça do Trabalho¹²⁰.

No que concerne ao vínculo empregatício, estabelece o art. 3º da CLT: “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. A partir de tal definição legal são extraídos os elementos da configuração do vínculo empregatício os quais podem ser essenciais ou acidentais. São essenciais os elementos da subordinação jurídica, onerosidade, não-eventualidade e pessoalidade.

Por subordinação jurídica, entende-se a colocação da energia do empregado à disposição do empregador. Já onerosidade significa que o contrato de trabalho é sinalagmático, ou seja, pela força de trabalho do empregado colocada à disposição do empregador é oferecida por este a contraprestação salarial. A não-eventualidade pode ser entendida a partir dos critérios da descontinuidade da prestação de trabalho, da não fixação jurídica a uma única fonte de trabalho, da curta duração do trabalho prestado ou da inserção da atividade do empregado na atividade-fim do empregador. Finalmente, a pessoalidade significa que o contrato de emprego é celebrado *intuitu personae* em relação ao empregado, ou seja, o obreiro não pode ser substituído por outro trabalhador.

Dentre os requisitos acidentais, o que merece mais atenção é a exclusividade. Consoante assinalam Gomes; Gottschalk (1994, p. 80), a exclusividade não é propriamente condição de existência do contrato de trabalho, mas, em geral, uma decorrência normal do

¹²⁰ A título meramente exemplificativo da extensão de hipóteses analisadas pela Justiça do Trabalho, citam-se as seguintes ementas, colacionadas por Alves (2005, p.58-64): Relação de emprego. O elemento qualificador por excelência da relação de emprego é a subordinação, a qual se encontra presente ao caso em tela face à prestação de labor com exclusividade ao reclamado, com sujeição a horário e submissão a ordens do empregador. (TST/RS, RO 286/88, José Cordenonsi, Ac. 3ª T.) Elementos caracterizadores - Subordinação. Existe subordinação jurídica do trabalhador ao empregador, desde que este detenha o direito de lhe dar ordens ou de dirigir e fiscalizar seu serviço, não se exigindo que de fato e permanentemente o faça. A relação de emprego é emergente dos fatos e não da mera titulação. Recurso da reclamada ao que se negou provimento. (TRT-PR, 2ª T. RO-5102/91. Rel. Juiz João Antônio Gonçalves de Moura. DJPR 17.7.92, p. 56). Vínculo empregatício árbitro de futebol. A subordinação parte da atividade, e nela se concentra. Seu exercício, porém, implica intercâmbio de condutas, porque essa atividade consome-se por pessoas que se congregam, que se organizam e que compõem um quadro geral de ordem e de segurança no processo da produção de bens e/ou serviços. O único meio de se obter uma razoável separação entre mandatário-autônomo e mandatário-subordinado é aferir a proporção da intervenção do poder jurídico do mandante na atividade do mandatário. *In casu*, observa-se que o trabalho do árbitro é executado sem subordinação à Reclamada. O fato de estar o árbitro sujeito às ordens, instruções e fiscalização da Federação, e de ser por ela escalado para os jogos, não indica a sua subordinação jurídica. Pelo contrário, em razão da própria natureza do serviço prestado, o Reclamante desfruta de total autonomia no seu trabalho, não havendo por parte da Federação qualquer direção, comando, controle e ou aplicação de penas disciplinares, a ela interessando tão-somente o resultado. Recurso de Revista conhecido e provido. Recurso de Revista. Conhecimento. Mãe crecheira. A mãe crecheira não é empregada pública, mas agente da comunidade a quem o estado dá apoio pela promoção do programa social. Logo, inexistente subordinação, e sim supervisão do programa; não existe salário, e sim auxílio social-manutenção; não há dependência econômica na acepção legal do termo, e sim assistência social. Recurso de revista provido".

estado de subordinação que o contrato cria para o empregado. Assim, o que normalmente ocorre é a impossibilidade física ou material de acúmulo de empregos, dada a carga horária exigida. Isso, entretanto, não chega a configurar requisito para a relação de emprego, servindo, contudo, em casos de dúvida, como critério de distinção nas hipóteses de análise de figuras afins ao contrato de emprego.

Dentre todos esses requisitos, o mais relevante e o que mais dá ensejo a questionamentos relaciona-se à dependência. Com efeito, o artigo 3º da CLT, ao definir empregado, utilizou o termo “dependência” sem qualquer adjetivação. Tal fato levou a doutrina a investigar o conteúdo desta dependência, tendo sido formulados diferentes critérios para tanto, como os conceitos de dependência técnica, moral, econômica, jurídica e social.

A dependência técnica compreenderia a direção e orientação técnica do empregado pelo empregador, que dominaria o processo produtivo e sua funcionalidade. A teoria, contudo, é falha, em face da inaplicabilidade dessa condição para os trabalhadores especializados, técnicos ou intelectuais, onde não se verifica dependência técnica do empregado perante a empresa.

A dependência moral, por seu turno, destaca o aspecto do dever de fidelidade, lealdade e cooperação entre empregado e empresa. A teoria é criticável, quer porque associa direito e moral, quer porque, conforme ressalta Martins Catharino (1982, p. 200) a dependência moral, bastante relativa, é efeito e não causa. Portanto, não serve para caracterizar o contrato de emprego.

A teoria da dependência econômica entende que há relação de emprego quando o trabalhador, em troca da prestação de serviços, obtém remuneração que lhe permita sustentar-se. Critica-se a adoção do critério da subordinação econômica através do argumento de que existem trabalhadores que não podem ser considerados como economicamente débeis e mesmo assim trabalham. Por outro lado, existem aqueles que possuem mais de um emprego, o que diluiria a idéia da dependência econômica em relação ao empregador.

Ao mencionar os critérios para qualificação da dependência, Murilo Oliveira (2006, p. 74) afirma que a crítica ao parâmetro extrajurídico inicia o movimento dogmático de conversão da concepção subjetivista, vinculada à qualidade hipossuficiente do trabalhador, para uma concepção objetivista, vinculada à subordinação jurídica.

Sobre a subordinação jurídica, vários autores destacam seus elementos principais. Trata-se da teoria amplamente aceita para a caracterização da dependência inserta no art. 3º da CLT como requisito para reconhecimento do vínculo empregatício. Nesse sentido, Délio Maranhão (1997, p. 54) afirma que a subordinação jurídica resulta, para o empregador, em

três características: a) poder de dirigir e comandar a prestação dos serviços; b) poder de controlar o cumprimento da obrigação anterior; c) poder de punir a desobediência violadora da fidúcia contratual.

Já para Delgado (2005, p. 302), a subordinação corresponde ao pólo atitético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consiste na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo da realização de sua prestação de serviços. Olea (1969, p. 172), de igual forma, relaciona a subordinação jurídica ao poder de direção, sendo a primeira uma consequência da última. Desta maneira, a manifestação do poder diretivo produz um trabalho subordinado, através do dever contratual de submissão às ordens.

Neste sentido, Amauri Mascaro Nascimento (2004, p. 406-407) esclarece que a relação de emprego advém da livre transferência do autogoverno do trabalhador a terceiro para a execução de serviços. Essa transferência gera o poder de direção do empregador e a subordinação jurídica do empregado.

Há que se assinalar, por fim, o critério da dependência social, que engloba a subordinação jurídica e a econômica no conceito de dependência social. Esse critério vem recebendo críticas normalmente formuladas a ambas as teorias. Ao mesmo tempo, surge como critério inovador diante do cenário da crise do critério da subordinação jurídica.

No extremo oposto da relação de emprego, encontra-se a prestação de serviços autônomos. Essa modalidade vem cada vez mais ganhando espaço no mundo do trabalho. Sem dúvida, uma das mais evidentes transformações pelas quais passa o direito do trabalho em relação à prestação de serviços é o fenômeno da terceirização. Esse modelo está consagrado na prática trabalhista brasileira e consubstanciado no enunciado da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que assegura sua adoção nos serviços de vigilância, de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

A terceirização é normalmente feita sob a forma de locação de serviços, desenvolvida por pessoa jurídica ou física. Em muitas situações, o empregado da tomadora do serviço terceirizado passa a ser empregado da empresa terceirizada. Porém, nestes casos, não se evidencia a mudança de condição que possa comprovar a tendência de substituição do trabalho pela prestação de serviços. Já nos casos em que o empregado passa a prestar serviços na condição de terceirizado (diretamente ou constituindo pessoa jurídica para tanto), tem-se a constatação da transformação do emprego em prestação de serviços (EFING, 2005, p.38).

A prestação de serviços vem tratada no Código Civil brasileiro de 2002. Contemplada na Parte Especial, Livro I, Título VI, Capítulo VII, a prestação de serviços é tratada como uma espécie de contrato. É caracterizada como um acordo de vontade de duas ou mais partes, do qual surgem obrigações a cada uma delas, justificando a classificação da prestação de serviços no âmbito do direito das obrigações¹²¹.

Dispõe o art. 593 do Código Civil que “a prestação de serviço, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, rege-se pelas disposições deste capítulo”. Deixa, portanto, claro que a prestação de serviço no âmbito do direito civil difere da relação de emprego, por não apresentar os elementos fundamentais à caracterização de relação trabalhista.

Orlando Gomes (2007, p. 354) observa que, sob a denominação de contrato de prestação de serviços *stricto sensu*, designa-se o contrato mediante o qual “uma pessoa se obriga a prestar um serviço a outra, eventualmente, em troca de determinada remuneração, executando-os com independência técnica e sem subordinação hierárquica”. Ainda segundo o autor, o contrato de prestação de serviços é oneroso e geralmente a contraprestação é paga sob a forma de honorários. Pode ser celebrado por prazo determinado ou indeterminado. Nesse último caso, pode ser resiliado unilateral e imotivadamente, mediante aviso prévio da parte contrária.

Pamplona Filho e Gagliano (2007, p. 237) esclarecem que o contrato de prestação de serviços é uma modalidade contratual aplicável a qualquer tipo de atividade lícita. Segundo eles, cuida-se de “negócio jurídico por meio do qual uma das partes, chamada prestador, se obriga a realizar uma atividade em benefício de outra, denominada tomador, mediante remuneração”.

Saliente-se que a prestação autônoma de serviços autônoma não tem como característica a pessoalidade da prestação. Assim, desde que haja anuência do tomador, pode

¹²¹ Pode-se verificar a mudança da prestação de serviços do campo laboral para o campo civil. Isso, segundo o Efig (2005, p. 69), pode ser evidenciada através da tributação do ISS e do aumento das hipóteses de incidência na tabela com a lista de serviços tributáveis. Com efeito, a tributação do imposto sobre serviços de qualquer natureza realiza a arrecadação incidente sobre a prestação de serviços. Contudo, para os fins tributários, a prestação de serviços deve ser qualificada juridicamente. A lei complementar que definiu as hipóteses de incidência do ISS foi, em princípio, o Código Tributário Nacional, em seus arts. 71 a 73. No entanto, já sob a égide da Constituição de 1967 estes artigos do CTN foram revogados pelo Decreto-Lei nº. 406, de 31.12.1968. Este, por sua vez, ainda mais recentemente foi alterado substancialmente pela Lei Complementar 116, de 31.07.2003. Com a evolução da lista, percebe-se uma nítida crescente inclusão de serviços. No início a lista de serviços contemplava aproximadamente duzentas hipóteses; posteriormente, com o Decreto-Lei nº. 834, de 08.09.1969, a lista de serviços passou a prever quase duzentas e cinquenta formas distintas de serviços; e com a LC 56, de 15.12.1987, mais de quatrocentas e vinte; vindo, finalmente, pela LC 116, de 31.07.2003, dispor sobre mais de um mil e cinquenta formas de serviços diferentes. Conforme ressalta Efig (2005, p. 102) não se trata de somente notar o crescimento quantitativo da referida lista de serviços, mas especialmente constatar que os avanços tecnológicos também estão representados pela evolução das listas.

ocorrer a substituição do prestador, nos termos do art. 605 do Código Civil. Por outro lado, esse tipo de prestação de serviços se aproxima também das relações de consumo. Estas, objeto da tutela do Código de Defesa do Consumidor, compreendem relação jurídica entre consumidor e fornecedor (sujeitos), nos pólos da relação, tendo por objeto produto¹²² ou serviço¹²³, de acordo com os conceitos da Lei nº. 8.078/90. A relação jurídica de consumo, portanto, pode ter por objeto tanto produto como serviço, interrelacionando-se, dessa forma, com o tema da “prestação de serviços”.

A exemplo do que vem ocorrendo em relação a outras formas de exclusão da relação de emprego, também a natureza autônoma da prestação de serviços vem sendo discutida em juízo, existindo forte corrente jurisprudencial no sentido de impedir as tentativas de burla à incidência da legislação trabalhista¹²⁴.

Por fim, quando se cuida de analisar a prestação autônoma de serviços autônoma, há que se destacar a figura do trabalhador autônomo economicamente dependente. Com efeito, embora a natureza da prestação de serviços seja autônoma e não juridicamente subordinada, o prestador de serviços tem uma peculiar dependência econômica. Isso leva à necessidade de estabelecimento de um regime jurídico próprio, que é objeto de estudo na presente tese.

3.8.5.1 A crise do critério da subordinação jurídica

No item anterior, apresentou-se o conceito de subordinação jurídica tal como foi desenvolvido pela doutrina do direito do trabalho. Porém, é necessário ressaltar que

¹²² O produto é definido no § 1º do art. 3º do CDC: “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

¹²³ Enuncia o § 2º do art. 3º do CDC o conceito de serviço como sendo “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

¹²⁴ Proc. TRT/SP Nº00212.2002.066.02.00-8 – 4ª Turma, Recurso Ordinário da 66ª Vara do Trabalho de São Paulo, Rel. Paulo Augusto Câmara. Ementa: Relação de emprego reconhecida. Art. 3º Consolidado. A prestação de serviços avençada sob a forma de contrato autônomo pressupõe a liberdade na realização das atividades. Se o trabalhador não pode se fazer substituir, está sujeito a sanções disciplinares e apenas atua sob ordens, enquanto executa trabalho ligado à atividade-fim da empresa, fica afastada a propalada autonomia. O labor habitual, subordinado, pessoal e oneroso evidencia a relação de emprego nos moldes do art. 3º consolidado, independentemente do rótulo que lhe tenham imputado, ou mesmo da emissão de notas fiscais para justificar a suposta natureza civil da contratação, face ao princípio da prevalência da realidade. Processo nº.: 00280.2004.002.14.00-4 , RO, 2ª Vara do trabalho de Porto Velho. .Rel. Vulmar de Araújo Coêlho Junior Autônomo. Prestação de serviços admitida. Vínculo de emprego. Ônus da prova. Presença dos elementos caracterizadores. Reconhecimento. Litigância de má-fé. Ausência de prova. Improcedência. I - Admitindo a empregadora a prestação de serviços pelo obreiro, mas se negando a reconhecer o vínculo empregatício, ao argumento de que o reclamante trabalhou como autônomo, é seu o ônus de provar o fato impeditivo, consoante disposições contidas nos artigos 818 da CLT e 333, inciso II, do CPC. II - Não tendo a empregadora êxito em provar o fato impeditivo e presentes os elementos caracterizados da relação de emprego, impõe-se o reconhecimento do vínculo empregatício. III - A ausência de provas suficientes das condutas elencadas no art. 17 do CPC, conduzem a improcedência do pedido de condenação por litigância de má-fé.

subordinação clássica vem se mostrando cada vez mais ausente nos novos tipos de relação de trabalho. A análise da subordinação nas relações de trabalho pode seguir, assim, dois caminhos: o primeiro tendendo ao seu desaparecimento e o segundo levando a um sensível alargamento de seus conceitos.

Uma das críticas lançadas à atual realidade do direito do trabalho baseia-se no fato de que empregados recebem, por estarem subordinados ao empregador, ampla proteção legal, enquanto outros trabalhadores, igualmente necessitados e hipossuficientes, nada recebem de tutela justrabalista, em razão da ausência de subordinação jurídica.

A tipificação da parassubordinação serviria, assim, para minorar a situação em que se encontram alguns contratantes que, embora trabalhadores, não são empregados. Não se trata, porém, de tema novo na doutrina jurídica¹²⁵. Com efeito, desde 1973, na Itália, o art. 409, 3, do Código de Processo Civil refere-se ao trabalho parassubordinado, conforme se verá no capítulo 4 desta tese. Tanto a subordinação jurídica clássica quanto a autonomia possuem contornos jurídicos próprios e identificados na doutrina e na jurisprudência brasileiras. O trabalho parassubordinado, por seu turno, situa-se entre eles, localizando-se na zona cinzenta entre os dois extremos¹²⁶.

As similitudes existentes entre as relações de emprego e as relações de trabalho parassubordinado podem ser resumidas em sete itens de clara caracterização: a) em ambos os

¹²⁵ No Brasil, atualmente, já se encontram vários estudos sobre a parassubordinação. Em relação à jurisprudência, as análises são mais escassas, valendo transcrever a seguinte ementa do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais: Relação de emprego e trabalho autônomo. A contraposição trabalho subordinado e trabalho autônomo exauriu sua função histórica e os atuais fenômenos de transformação dos processos produtivos e das modalidades de atividade humana reclamam também do direito do trabalho uma resposta à evolução desta nova realidade. A doutrina mais atenta já sugere uma nova tipologia (trabalho coordenado ou trabalho parassubordinado) com tutela adequada, mas inferior àquela prevista para o trabalho subordinado e superior àquela prevista para o trabalho autônomo. Enquanto continuam as discussões sobre esse terceiro gênero, a dicotomia codicista trabalho subordinado e trabalho autônomo ainda persiste em nosso ordenamento jurídico, levando a jurisprudência a se apegar a critérios práticos para definir a relação concreta. Logo, comprovado, na hipótese em exame, que a prestação de serviços não se desenvolveu com pessoalidade, tampouco sob a direção funcional e disciplinar do empregador, a relação estabelecida está fora da égide do direito do trabalho." (TRT, 3ª R., RO 17303/1999, 2ª Turma, Relatora Juíza Alice Monteiro de Barros, decisão em 04/04/2000 e publicação no DJMG em 26/04/2000)

¹²⁶ Veja-se que a atividade desenvolvida pelo trabalhador não é o elemento essencial para a diferenciação das figuras sob exame. Assim, por exemplo, uma profissional que trabalha em salão de beleza pode ser tanto empregada, quanto autônoma quanto parassubordinada. Será empregada se, por exemplo, recebe salário fixo, obedecendo a horário e trabalhando com os materiais fornecidos pelo empregador. Será autônoma se desempenha, dentro do salão, suas atividades com liberdade, sem necessidade de prestar contas sobre o horário e material utilizado, que são de sua propriedade, recebendo participação no valor dos tratamentos pagos pelos clientes, em cada um dos salões de beleza em que presta suas atividades especializadas. Será, entretanto, parassubordinada, se embora recebendo pagamento por comissão sobre os serviços prestados e arcando com as despesas dos tratamentos, obedece a horários ou critérios de serviço fixados pelo proprietário do salão, dependendo daquela relação de trabalho. Para esta situação intermediária o direito do trabalho brasileiro não apresenta uma solução satisfatória, pois ora é caracterizada como autônoma sem direitos trabalhistas ora como empregada com todos os direitos celetistas, havendo assim a necessidade de caracterização desse espaço intermédio, para a fixação do regime jurídico aplicável, o que é o objeto da presente tese.

casos, o trabalho é prestado por pessoa física; b) o trabalho é desenvolvido de forma não-eventual ou contínua; c) ocorre venda da força produtiva pelo trabalhador como forma de subsistência; d) existe a onerosidade da prestação laborativa; e) verifica-se a pessoalidade no desenvolvimento do labor; f) não há assunção dos riscos do empreendimento pelo trabalhador; g) ressalta-se, por fim, a hipossuficiência do trabalhador (ALVES, 2005, p. 111)

Por outro lado, há que se destacar as distinções. Nesse aspecto, o controle na subordinação é direto, exercido, em regra, por meio de chefias e fiscalização permanentes, enquanto na parassubordinação o controle da prestação laborativa é mais sutil. Na subordinação há a aplicação de sanções disciplinares, o que não ocorre na parassubordinação. Na subordinação há a direção das tarefas do empregado pelo empregador, enquanto na parassubordinação o que há é a coordenação do trabalho em conjunto com o contratante. Na subordinação o trabalho é prestado, geralmente, no ambiente do empregador, enquanto na parassubordinação o trabalho é desenvolvido, em regra, em ambiente externo aos domínios do contratante. Por fim, enquanto na subordinação clássica a estrutura da relação jurídica é vertical, na parassubordinação a relação tende a ser horizontal, com as tarefas e funções ordenadas por ambos os sujeitos contratantes (ALVES, 2005, p.111).

Há que se destacar, também, as várias similitudes existentes entre as relações trabalhistas parassubordinadas e as relações de trabalho autônomo. Em primeiro lugar, há a venda da força produtiva tanto pelo trabalhador autônomo quanto pelo trabalhador parassubordinado. Há onerosidade e pessoalidade na prestação laborativa, embora os trabalhadores autônomos não estejam sujeitos a sanções disciplinares. Por fim, pode a prestação laborativa desenvolver-se no ambiente do contratante ou fora dele (ALVES, 2005, p. 115).

Por sua vez, as distinções entre as relações parassubordinadas e as relações autônomas se destacam, primeiramente, porque o trabalho parassubordinado é não-eventual ou contínuo, enquanto o trabalho autônomo, em regra, possui caráter de eventualidade. Além disso, o trabalhador parassubordinado não assume os riscos do empreendimento, enquanto o autônomo é responsável pelo sucesso econômico de seu trabalho. A posição contratual do parassubordinado é de hipossuficiência, enquanto que o autônomo, pelo menos formalmente, está em condição de igualdade contratual com o contratante. O trabalho do parassubordinado é coordenado pelo contratante, enquanto o autônomo dirige, de forma independente, sua prestação laborativa. Finalmente, o trabalhador autônomo pode contratar outros profissionais para desenvolver as tarefas contratadas, enquanto o parassubordinado, regra geral, exerce pessoalmente seu labor (ALVES, 2005, p. 115).

Fixadas, as semelhanças e diferenciações entre empregados e parassubordinados e entre estes últimos e autônomos, passa-se, no item seguinte, à caracterização da dependência sem adjetivos.

3.8.5.2 Da subordinação jurídica à dependência sem adjetivos

Diante dos efeitos da globalização econômica no mundo do trabalho, acendeu-se uma forte controvérsia na doutrina trabalhista no sentido de descaracterizar a exigência de subordinação jurídica para o reconhecimento da relação de emprego. No caso brasileiro, ampliou-se a discussão sobre o conteúdo do art. 3º da CLT, para entendê-lo como protetivo das relações dependentes *lato sensu*. Alega-se que a dicotomia entre a subordinação jurídica e a autonomia não se mostraria suficiente frente à realidade atual do mundo do trabalho.

Neste aspecto, Otávio Pinto e Silva (2004, p. 130) destaca os problemas práticos resultantes da adoção de categorias estanques. Assim, ou se considera empregado porque preenche os requisitos da subordinação jurídica, ou se entende autônomo porque não preenche. Destaca o autor a contradição residente no fato de que as relações jurídicas próximas ao trabalho dependente, como a dos parassubordinados, podem ser excluídas do campo da proteção do direito do trabalho somente porque apresentam algumas características diferentes. Por outro lado, anota que prestações laborais com poucas semelhanças com o modelo típico, como é o caso, por exemplo, dos altos empregados, podem resultar na aplicação em bloco e sem graduação de todas as normas protetivas. (SILVA, 2004, p. 130).

Conforme assinala Andrián Goldin (2005, p. 63) a fórmula que constituía o pressuposto de aplicação da ordem de proteção, integrada pela conjunção do trabalho com a subordinação jurídico-pessoal é substituída por uma nova fórmula em que se conjugam os fatores trabalho e desigualdade contratual. Surgem, assim, as discussões em torno da caracterização da subordinação jurídica, em cotejo com a dependência em sentido amplo. Segundo Romita (2005, p. 140), neste aspecto, a crise que caracterizou os últimos decênios do século XX propiciou a revalorização da dependência econômica como critério legitimador da aplicação das leis trabalhistas a quem prestar serviços remunerados por conta de outrem, ainda que não juridicamente subordinado.

Sobre a retomada do critério da subordinação econômica, Supiot et al. (1999, p. 52) destacam que, atualmente, a submissão às ordens de outro na execução do trabalho importa menos que o fato de depender de outro para ganhar-se o sustento. Portanto, o critério da

dependência econômica pode conduzir à ampliação do campo de aplicação do direito social a todos aqueles que ocupam a posição da parte fraca na relação laboral.

Ressalte-se, também, a tendência apontada por Supiot et al. (1999, p. 48) em relação à complexidade cada vez maior na aplicação e reconhecimento do conteúdo da subordinação jurídica. Isso porque a noção teórica inicial sobre a subordinação jurídica foi forjada em uma sociedade capitalista, no contexto de um modelo fordista de produção, em que os elementos principais da subordinação jurídica eram bastante claros¹²⁷.

Supiot et al. (1999, p. 49) observam, porém, que, na atualidade, a subordinação não mais resultaria unicamente da submissão a ordens na execução propriamente dita do trabalho, mas também da integração do trabalhador em uma organização coletiva de trabalho estruturada por outrem. Nesse sentido, destacam a insegurança no manejo da subordinação jurídica. Demonstram também que, a partir do fato de o trabalhador ter autonomia na execução do seu trabalho, deve-se comprovar se existem outros indícios que revelem seu possível estado de subordinação. Essa técnica, com base na observação conjunta de indícios, tem sido, segundo esclarecem, uma constante nos países europeus. De acordo tal técnica, não é necessário que todos os elementos estejam presentes, extraindo-se da união de vários deles a existência do vínculo empregatício.

Esses indícios são assim apontados por Supiot et al (1999, p. 49): a) o interessado se compromete a executar pessoalmente o trabalho; b) ele mesmo realiza o trabalho na prática; c) o compromisso do trabalhador supõe uma disponibilidade para realizar tarefas futuras; d) a relação entre as partes tem certa permanência; e) a relação de trabalho tem certa exclusividade; e) o interessado está submetido a ordens ou a um controle da outra parte no que se refere ao método, ao lugar e ao tempo do trabalho; f) os meios de trabalho são fornecidos pela outra parte; g) os gastos profissionais estão a cargo da outra parte; g) o trabalho é remunerado.

Conforme se verifica, existe uma tendência em ampliar a conceituação da subordinação jurídica, tendo em vista a necessidade de se atribuir proteção aos trabalhadores engajados nas novas formas de produção. Nesse sentido, Weiss (2007, p. 1) aponta uma tendência na jurisprudência alemã, no sentido de estender a noção da categoria de empregados

¹²⁷ Resumindo esses elementos que permitem estabelecer tradicionalmente a existência de um vínculo de subordinação jurídica, Royo (2004, p. 5) assinala como mais característicos os seguintes: a continuidade e permanência dos serviços prestados; a obrigação de assistência do trabalhador; o cumprimento de um horário de trabalho; a sujeição a instruções ou ordens; a ausência de riscos econômicos vinculados aos resultados da atividade empresarial; o deslocamento ao lugar de trabalho; a vigilância o supervisão direta; a inserção na organização do empregador, a retribuição através de um salário. Além disso, o material e os equipamentos utilizados para desempenhar o trabalho não são de propriedade do trabalhador.

para ampliar a proteção fornecida pela legislação trabalhista. Em sentido contrário Cataldo (2005, p. 155) descarta as propostas que postulam a reconstrução do direito do trabalho a partir da substituição da subordinação jurídica pela dependência econômica. Sustenta o autor que a subordinação jurídica continuará sendo o feixe central de estruturação do direito do trabalho.

Pasarelli (2005, p. 105), por seu turno, entende que o direito do trabalho não pode continuar ocupando-se do trabalhador subordinado no sentido estrito. Deve estender seu campo de aplicação também a outros tipos de contratos de trabalho que se caracterizem pela dependência econômica do colaborador. Na mesma direção, Alves (2005, p. 105) acrescenta que, do mesmo modo que atualmente se entende a dependência do art.3º da CLT como subordinação, poderá haver, sem necessidade de clara previsão legal neste sentido, a extensão desse entendimento para algo mais amplo, como a parassubordinação.

Também com essa mesma percepção, Alice Monteiro de Barros (2005, p. 274) afirma que tanto a jurisprudência nacional como a estrangeira mostram uma tendência a redimensionar a orientação segundo a qual deve incluir-se no âmbito do direito do trabalho a relação jurídica incerta caracterizada pelos elementos compatíveis com o trabalho autônomo e com o trabalho subordinado.

Na Argentina, Rodolfo Capón Filas (2007, p.1) registra a necessidade de criação do Regime para Trabalhadores Informais (RTI), que deveria se inserir no conteúdo do direito do trabalho. Assim, para o autor, este último seria integrado pelo atual direito laboral (DL) das relações de emprego e, de *lege ferenda*, pelo Regime para Trabalhadores Informais (RTI), de acordo com a seguinte fórmula: $DT = DL + RTI$.

Já sob a ótica constitucional, Francisco Marques Meton Lima (2005, p. 395) afirma que como a Constituição utiliza sempre a palavra trabalhador e não empregado, o bem protegido é o trabalho na sua expressão mais larga, sob todas as formas de relação contratual.

Já Murilo Oliveira (2006, p. 187) destaca que o desbotamento da subordinação não significa seu fim, porque a idéia de dependência sem adjetivos aproxima-se do conceito de “subordinação objetiva”, que significa inserção no processo produtivo do tomador. Afirma, outrossim, que a ruptura seria com o monopólio doutrinário da idéia de subordinação jurídica como único ou principal critério definidor da proteção trabalhista.

Essa corrente, contudo, ao pugnar pelo reconhecimento da dependência desvinculada da subordinação jurídica, adapta os efeitos jurídicos decorrentes das peculiaridades de cada caso concreto. Assim, Oliveira (2006, p. 188) esclarece que cumpre aplicar ao parassubordinado o regime próprio trabalhista do trabalho em domicílio previsto no

art. 6º da CLT. Defende o autor, desta forma, que os trabalhadores parassubordinados devem receber tutela na medida de sua inserção no processo produtivo, o que requer tutelas diferenciadas. Considerando-se a complexidade das relações de trabalho do mundo atual, o direito do trabalho não poderia proteger os trabalhadores de forma homogênea, uma vez que a tutela deve ser diferenciada, com proteção em medida proporcional ao grau de dependência ou subordinação.

Nesse mesmo sentido, antes do fenômeno da globalização econômica e seus reflexos na relação de trabalho, Catharino (1982, p. 152) já indicava que a proteção trabalhista deveria ser na medida da dependência, “devendo ser maior ou menor em função do grau de suficiência dos resultados obtidos com o trabalho”. Afirma, ainda, o autor, que a proteção decresceria em função da “rarefação do elemento caracterizador”, já que quanto mais o empregado sobe na hierarquia da empresa, mais rarefeita seria a sua subordinação (CATHARINO, 1982, p. 210).

Assim, pode-se inferir que o critério definidor da relação de trabalho protegida seria a dependência, combinada com os demais critérios estabelecidos na lei consolidada. O sentido dessa dependência deve transitar entre a subordinação jurídica, quando a relação pode ser compreendida nos moldes tradicionais, e a dependência econômica, quando houver relação de coordenação entre o trabalhador e a empresa tomadora de serviços.

Outra grande questão consiste em caracterizar essa dependência econômica ou debilidade contratual capaz de caracterizar esse novo eixo do direito do trabalho. Neste aspecto, Pasarelli (2005, p. 102) indica, a título meramente ilustrativo, algumas condições caracterizadoras: a) a existência de condições gerais do contrato dispostas pelo tomador de serviços que excluem a possibilidade de tratativas; b) o caráter prevalecentemente pessoal da prestação de trabalho; c) a existência de cláusulas do contrato que limitam a faculdade de opção de parte do colaborador; d) a importância econômica dos valores recebidos do tomador de serviços, sem dispor o prestador de alternativa.

O adequado entendimento do conteúdo e características do trabalho economicamente dependente é importante para que se possa abrir uma discussão mais eficiente sobre as consequências de tal definição. A esse respeito, questiona-se: a identificação terceiro gênero conduz a mudanças na esfera dos direitos assegurados a tal espécie de trabalhadores? Essa pergunta se situa dentro da controvérsia operada, no sentido de se questionar se a identificação do fenômeno leva à concessão de tratamento jurídico especial - substancial e/ou processual - aos trabalhadores desse terceiro gênero.

Neste aspecto, pode-se admitir a aplicabilidade de um tratamento especial apenas no tocante às normas de direito processual do trabalho, sem extensão de efeitos e sem a proteção normativa material do ramo trabalhista a esses trabalhadores. Em outra linha de raciocínio, pode-se considerar a extensão do direito material do trabalho também ao trabalhador desse terceiro gênero. Por outro lado, pode-se defender aceitar como possível a extensão de alguns direitos trabalhistas aos trabalhadores economicamente dependentes, mas essa extensão não seria total. Nesse último aspecto, haveria sempre um conjunto de normas jurídicas que poderiam ser estendidas às relações do terceiro gênero. Seria fixado, assim, um patamar mínimo de direitos aos trabalhadores que, embora não subordinados, necessitam de proteção justrabalhista. Justamente nessa terceira vertente é que se posiciona a proposta da presente tese.

O assim chamado “direito do trabalho sem adjetivos”, na expressão de Carelli (2004, p.132) é o direito da atividade. Significa que passa a ser objeto desse novo direito somente o trabalho, sem a adjetivação de “subordinado”. Nessa linha de pensamento, o autor pugna pela aplicação de alguns direitos consagrados no art. 7º da Constituição Federal a esses trabalhadores “sem adjetivos”, quer sejam cooperados, autônomos, estagiários etc. Entre os direitos assinalados por ele, encontram-se as normas de segurança no trabalho, repouso semanal remunerado, limitação da jornada de trabalho etc.

Carelli (2004, p. 131), nesse aspecto, assinala a substituição dos critérios da “subordinação jurídica” pelo critério mais amplo da “subordinação econômica”. Embora ciente de que o reconhecimento do critério da subordinação jurídica foi um avanço histórico na configuração da relação de emprego, o autor destaca que na Europa o alargamento da abrangência do direito do trabalho já é uma realidade, com a adoção do critério da dependência econômica.

Dentro do contexto atual de desenvolvimento do direito do trabalho, é interessante também ressaltar a idéia do direito do trabalho enquanto garantia dos patamares mínimos de proteção. Discorrendo sobre o tema, Mannrich (2000, p. 571) demonstra que a expressão “patamares mínimos” compreende “o conjunto dos direitos e garantias fundamentais dos trabalhadores”. O conteúdo de tais patamares mínimos é variável, pois se vincula a valores cambiáveis conforme a época e também à própria economia.

Segundo Mannrich (2000, p. 585), o debate em torno dos patamares mínimos não pode significar a derrocada do direito do trabalho diante da crise do desemprego, mas representa a necessidade de remodelar o sistema das relações trabalhistas. Outrossim, destaca que a fixação de patamares mínimos não pode significar um retrocesso e abandono da

tradição do constitucionalismo social. Na verdade, significa rever o art. 7º da Constituição Federal para trocar o extenso rol ali inserto pelos direitos fundamentais dos trabalhadores. Ainda segundo Mannrich (2000, p. 583), esse patamar mínimo atenderia não apenas aos empregados subordinados, mas também aos parassubordinados. Exclui, porém, os autônomos em sentido estrito e os desempregados.

3.9 O panorama do direito do trabalho no mundo atual e o tratamento jurídico dos trabalhadores em sentido amplo

As perspectivas apontadas pelos autores abordados são essenciais para o desenvolvimento deste trabalho. Especificamente, as desenvolvidas neste capítulo são importantes para demonstrar o atual estágio de evolução do direito do trabalho dentro da sociedade pós-industrial. Desta forma, a partir da quebra do paradigma taylorista-fordista, o direito do trabalho passou a atravessar um momento de crise, sendo o desemprego estrutural crescente um dos pontos mais relevantes dessa situação traumática.

Conforme foi visto, várias são as soluções apontadas pelos estudiosos do direito do trabalho, as quais têm como base linhas ideológicas diversas. Por um lado, evidenciam-se todas as tentativas de desregulamentação e flexibilização da legislação trabalhista. Por outro lado, surge a idéia no sentido de se estabelecer um patamar mínimo de proteção, abrangendo não apenas os empregados, mas também de uma categoria intermediária de trabalhadores. É nesta última linha que se orienta o presente trabalho, na medida em que procura fixar os direitos fundamentais trabalhistas que seriam aplicados não apenas aos empregados tradicionais, mas também aos trabalhadores que, embora não se caracterizem como subordinados juridicamente dentro do conceito clássico do direito do trabalho, possuem dependência do tomador de mão-de-obra capaz de ensejar a necessidade de proteção.

Sabe-se que, historicamente, o critério da dependência econômica foi superado pelo da subordinação jurídica, em termos de doutrina do direito do trabalho, forjada num modelo fordista de produção. Porém, a retomada do critério da subordinação econômica surge no momento em que têm destaque as formas pós-fordistas de produção, como o teletrabalho, trabalhadores em domicílio e uma série de profissionais tecnicamente autônomos, mas economicamente dependentes. Diante desse novo panorama do mundo do trabalho, ressurgiu a discussão em torno da retomada da subordinação econômica, não para igualá-la à subordinação jurídica, mas para atribuir ao trabalhador autônomo economicamente dependente os direitos pertinentes.

Dentre as diversas soluções indicadas para o direito do trabalho e analisadas neste capítulo, esta linha merece destaque, porque, ao invés de flexibilizar e diminuir direitos trabalhistas, busca ampliar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. Nessa direção é que se desenvolve o presente trabalho. Busca-se, a partir do ponto de vista da necessidade de ampliação da eficácia dos direitos fundamentais, busca apontar como solução para o direito do trabalho na sociedade pós-industrial não apenas eventual alteração legislativa, mas principalmente a máxima aplicação dos preceitos da própria Constituição Federal.

Conforme foi visto neste capítulo, o debate em torno das relações de trabalho em sentido amplo vem ganhando força no direito europeu. Esse tema que será analisado de forma específica no capítulo seguinte, que discorrerá sobre o tratamento jurídico dos trabalhadores *lato sensu* no direito estrangeiro.

4 AS RELAÇÕES DE TRABALHO NA SOCIEDADE PÓS-INDUSTRIAL: UMA ANÁLISE DO TRATAMENTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES NÃO EMPREGATÍCIAS EM PORTUGAL, ESPANHA, ITÁLIA E ALEMANHA

Esta tese ocupa-se de uma proposta de novo tratamento jurídico trabalhista para os trabalhadores em sentido amplo. Portanto, é necessário trazer a lume as contribuições do direito estrangeiro sobre o tema, particularmente de países de raiz romano-germânica que apresentam tratamento específico sobre o trabalho autônomo.

O presente capítulo pretende analisar a evolução dos conceitos da subordinação jurídica em direção à subordinação econômica, a partir da verificação do tratamento jurídico das relações de trabalho não-empregatícias no direito estrangeiro. Para tanto, procede-se, numa primeira parte, à análise das características centrais da tradição jurídica romano-germânica e do direito comunitário europeu para, em seguida, verificar-se o tratamento jurídico atribuído em Portugal, Espanha, Itália e Alemanha.

4.1 A tradição jurídica romano-germânica

Neste item, analisa-se o sistema jurídico romano-germânico, raiz dos sistemas jurídicos estudados na segunda parte do capítulo. As três principais tradições jurídicas¹²⁸ (MERRYMAN, 1999) ou sistemas jurídicos (DAVID, 1998) são o romano-germânico (*civil law*), o anglo-americano (*common law*) e o socialista¹²⁹. De acordo com Merryman (1999, p. 2) a importância de tais tradições¹³⁰ se justifica porque elas são utilizadas em nações desenvolvidas e avançadas, além do fato de terem sido exportadas, com maior ou menor efeito, para outras partes do mundo.

¹²⁸ Merryman (1999, p. 2) distingue os sistemas jurídicos das tradições jurídicas, diferenciando o que chama de *legal traditions* do *legal system*. Aduz que não existe o sistema da *civil law* ou da *common law*, mas sim uma tradição jurídica de *civil law* ou *common law*. Afirma que a tradição jurídica não é simplesmente uma junção de leis sobre contratos, corporações, crimes etc., mas, ao contrário, o termo é relacionado às raízes profundas e históricas e atitudes sobre a natureza da lei, sobre o papel da lei na sociedade e a política, sobre a organização e operação de um sistema legal e sobre a forma que a lei é ou deve ser feita, aplicada, estudada e ensinada.

¹²⁹ Merryman (1999, p. 4) afirma que a tradição socialista considera o direito como um instrumento da política econômica e social e que a *common* e a *civil law* são um reflexo do governo e sociedades capitalistas, burguesas e imperialistas.

¹³⁰ Dentre essas três tradições, Merryman (1999, p. 3) destaca a romano-germânica como a mais relevante, mais antiga e mais difundida. Ressalta, outrossim, que, antes da Revolução Socialista, era a tradição romano-germânica que predominava nos países que depois se tornaram socialistas

É preciso lembrar que este estudo busca tão somente analisar o tratamento jurídico trabalhista de países da tradição da *civil law*. Assim, no presente item, apresentam-se as linhas mestras caracterizadoras do direito na família romano-germânica, desde a sua formação histórica às suas características principais. É importante salientar que essa família jurídica em muito difere da concepção anglo-americana do direito¹³¹.

4.1.1 - Formação histórica do sistema romano-germânico

A primeira e mais importante família ou tradição do direito contemporâneo é romano-germânica, que se estende pela América Latina, grande parte da África, pelos países do Oriente Próximo, Japão e Indonésia. De acordo com René David (1998, p.34), essa expansão deveu-se em parte à colonização e, em parte, às facilidades que foram dadas pela técnica jurídica da codificação, geralmente adotada pelos sistemas românicos no século XIX. O sistema de direito romano-germânico formou-se na Europa Continental, onde ainda hoje conserva o seu principal centro, muito embora numerosos países extra-europeus tenham aderido a esse sistema ou extraído dele alguns dos seus elementos.

Antes do século XIII, o direito europeu era essencialmente consuetudinário, de forma que a criação da família de direito romano-germânica, está ligada ao renascimento que se produz nos séculos XII e XIII no Ocidente europeu (DAVID, 1998, p. 39). Segundo o citado autor, o sistema romano-germânico, nestes séculos, é fundado sobre uma comunidade de cultura, independentemente de qualquer intenção política. Acrescenta que, nesse aspecto,

¹³¹ A estrutura do direito inglês não é a mesma que a do direito romano-germânico, diferenciando-se, como refere David (2002, p. 381-383) nas grandes divisões, nos conceitos e nas regras de direito. Com efeito, no nível das grandes divisões do direito, não existe, no direito anglo americano, nem a distinção do direito público e do direito civil, do comercial, do administrativo ou do direito da previdência social; em lugar destas grandes classificações, existem outras como a distinção da *common law* e da *equity*. No nível dos conceitos, não se encontra no direito Inglês nem o conceito de poder paternal, nem o do reconhecimento dos filhos naturais, nem o do usufruto etc. Existem, pelo contrário, conceitos novos de *trust*, *trespass*, etc. No nível da regra de direito também não se encontra no direito inglês, o tipo de regra familiar da família romano-germânica. No direito inglês, elaborado pela jurisprudência, a *legal rule* representa algo diferente da regra de direito, sistematizada pela doutrina ou enunciada pelo legislador. Tradicionalmente, o interesse dos juristas do continente europeu volta-se para as regras substanciais do seu direito (*substantive law*). Já o direito inglês não é um direito de universidades nem um direito de princípios; é um direito de processualistas e de práticos. O processo inglês vem se tornando cada vez mais simples, ao tempo em que o direito material enriqueceu-se consideravelmente quanto à sua essência. Uma outra diferença de estrutura ente direitos da família romano-germânica e a *common law* ressaltada por David é que o direito inglês, proveniente dos processos da *common law*, é essencialmente um direito jurisprudencial (*case law*); as suas regras são, fundamentalmente, as regras que se encontram na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos tribunais superiores da Inglaterra. Na medida em que faz declarações que não são estritamente necessárias para a solução do litígio, emite opiniões que podem ser sempre postas em causa e discutidas, porque não constituem regras de direito (*obiter dictum*). Já os direitos da família romano-germânica constituem conjuntos coerentes, em que toda a espécie de questões pode e deve, pelo menos em teoria, ser resolvida pela “interpretação” de uma regra jurídica existente (*règle de droit*).

as universidades não eram escolas práticas de direito, pois este era ligado à filosofia, à teologia e à religião.

Outro ponto assinalado por David (1998, p. 42) é o prestígio do direito romano. Neste aspecto, destaca-se a importância de Santo Tomás de Aquino que, no início do século XIII, retomou os estudos de Aristóteles e demonstrou que a filosofia pré-cristã, assente na razão, era conforme a lei divina. Nesse contexto, a base do ensino do direito no século XIII era, em todas as universidades da Europa, o direito romano¹³² e o direito canônico.

Surge, então, o *jus commune* do sistema romano-germânico. Trata-se de um monumento edificado por uma ciência européia que, ao fornecer aos juristas modelos, vocabulário e métodos, busca orientá-los na procura de soluções de justiça. Difere, porém, da *common law*, que representa um direito uniforme aplicado pelos tribunais reais na Inglaterra, que, de tão rígido, necessitou da criação das regras de *equity*, destinadas a completá-lo e corrigi-lo.

O direito ensinado nas universidades desde a época dos pós-glosadores afastou-se cada vez mais do direito romano, para se tornar um direito sistemático, fundado sobre a razão, com vocação para a universalidade. Consoante ressalta David (1998, p. 46), surge a escola do direito natural, com grande relevância nos séculos XVII e XVIII, a qual abandona o método escolástico e eleva a um alto grau a sistematização do direito¹³³.

Acrescenta David (1998, p. 71) que passou a existir, de um modo permanente, certo afastamento entre os diferentes direitos da família romano-germânica, que podem encontrar-se defasados, uns em relação aos outros. Existiam, no próprio ensino das universidades, diferenças de escolas: um *mos gallicus*, de tendência histórica, opôs-se a um *mos italicus* mais orientado para uma adaptação à prática das regras de direito; um *mos germanicus*, mais ousado e mais inovador, esteve na base do surgimento da escola dos pandectistas. Essas tendências regionais pareciam pôr constantemente em perigo a existência do direito continental europeu. Porém, este continuou a existir, sendo restaurada a sua unidade pelo

¹³² O ensino do direito romano nas universidades, por seu turno, sofreu uma evolução com sucessão de várias “escolas” apontadas por David (1998, p. 44) : uma primeira escola, a dos *glosadores*, procurou reencontrar e explicar o sentido originário das leis romanas. A escola dos pós-glosadores, no século XIV, inaugura uma nova tendência de distorções do direito romano. Dessa forma, nos séculos XIV e XV, ensina-se, sob o nome de *usus modernus pandectarum*, um direito romano profundamente deformado, especialmente sob a influência das concepções do direito canônico.

¹³³ A escola do direito natural, segundo David (1998, p. 65), obteve dois êxitos: em primeiro lugar, fez reconhecer que o direito devia estender-se à esfera das relações entre os governantes e os governados, o que levou à construção do direito público. Em segundo lugar, trouxe a codificação que, de modo metódico, expunha o direito que convinha à sociedade moderna e que deveria ser aplicado pelos tribunais.

triunfo da escola do direito natural, que resolveu as divergências através de uma superação das diversas tendências.

Ressalta David (1998, p. 77) que a colonização de vastos territórios de além-mar propiciou a expansão da família de direito romano-germânica fora da Europa. A fórmula da codificação, adotada nos séculos XIX e XX, favoreceu, por outro lado, essa expansão em numerosos outros países, como as colônias espanholas, portuguesas, francesas e holandesas da América, bem como na África negra e em Madagascar.

4.1.2 - Estrutura dos direitos

Os direitos da família romano-germânica diferem consideravelmente uns dos outros quanto à substância. Tais distinções são claras particularmente no direito público, considerando os sistemas políticos e o maior ou menor grau de centralização de poder em cada país. A característica comum, contudo, é que nos países de tradição romano-germânica a ciência jurídica agrupa as regras do direito em duas grandes categorias: direito público e direito privado. Esta distinção se baseia na idéia de que as relações entre governantes e governados dão lugar a problemas específicos e tornam necessárias normas diversas das que regulam as relações das pessoas entre si.

No direito público, como no direito privado, encontram-se, nos países da família romano-germânica, os mesmos ramos fundamentais: direito constitucional, direito administrativo, direito internacional público, direito criminal, direito processual, direito civil¹³⁴, direito comercial, direito do trabalho, etc. A mesma correspondência encontra-se, em um nível inferior, nas instituições e nos conceitos. Porém, David (1998, p. 95) ressalta que a semelhança de estrutura entre os direitos que fazem parte da família romano-germânica não é perfeita, enfatizando que diferentes categorias ou noções podem existir num direito e inexistir em outros direitos.

As semelhanças ou diferenças de estrutura entre os direitos da família romano-germânica não devem ser vistas somente quando se consideraram as grandes divisões do direito e os conceitos. Nesse aspecto, David (1998, p. 101) destaca a importância de se saber o

¹³⁴ Dois fatos significativos se verificaram no domínio do direito privado que, segundo David (1998, p. 96), muito retiveram a atenção dos comparatistas. O primeiro é a nova técnica do Código Civil alemão que comporta, diferentemente dos códigos anteriores, uma parte geral na qual estão agrupadas disposições que podem interessar aos diferentes ramos do direito civil: regras relativas à capacidade das pessoas, aos atos jurídicos, à contagem dos prazos, à prescrição etc. O segundo fato é a fusão do direito civil e do direito comercial, que passaram a ser disciplinados num código único.

modo como é concebida a própria regra de direito. Na família romano-germânica, a regra de direito deixou de ser entendida, fundamentalmente, como uma regra própria para assegurar a solução de um caso concreto, elevando-se a um nível superior. Chega-se a concebê-la como uma regra de conduta, dotada de certa generalidade, situando-se acima das aplicações que dela podem ter de fazer os tribunais ou os práticos num caso concreto.

A concepção de regra de direito é, assim, a base fundamental da codificação, tal como se concebe na Europa Continental. Um código, na concepção romano-germânica, não deve procurar a solução de todas as questões concretas que se apresentarão na prática. Sua função é formular regras, suficientemente gerais, ordenadas em sistema, que se tornem acessíveis à descoberta e ao conhecimento. A partir dessas regras, juízes e cidadãos podem deduzir facilmente o modo como esta ou aquela dificuldade concreta deve ser resolvida.

A regra de direito romano-germânica situa-se a meio caminho entre a decisão do litígio, considerada como uma aplicação concreta da regra, e os princípios dotados de uma elevada generalidade, de que pode, ela própria, ser considerada como uma aplicação. Para David (1998, p. 105), a concepção comum que se tem da regra de direito e do nível onde ela se deve situar em relação aos princípios, por um lado, e a solução dos casos concretos, por outro, é um dos pontos fundamentais que estabelecem uma estreita comunhão entre os modos de ver e de raciocinar dos juristas em todos os países que aderem à família romano-germânica¹³⁵.

4.1.3 Fontes do direito romano-germânico

Sobre as fontes do direito na tradição romano-germânica, afirma David (1998, p. 111) que a lei, considerada *lato sensu*, é aparentemente a fonte primordial do direito nos países da família romano-germânica. Neste aspecto, demonstra Edivaldo Boaventura (2004, p. 121) que acentuaram a tendência de codificação tanto a tradição romano-germânica, quanto o direito canônico, além da Revolução Francesa e da filosofia do direito natural.

É importante frisar, contudo, que o direito, na tradição romano-germânica, comporta outras fontes importantes que não só a lei. Para David (1998, p. 116) quer nos países da

¹³⁵ Porém, observa David (1948, p. 108) que a regra de direito formulada pelo legislador não é mais que um centro à volta do qual gravitam as regras de direito secundárias. Assim, o direito encontra-se nos países de família romano-germânica, não só nas regras de direito, tal como são formuladas pelo legislador, mas também na interpretação que os juízes fazem destas fórmulas. As regras de direito secundárias elaboradas pela jurisprudência conservam uma maior generalidade que a regra de direito à qual chega o juiz quando não é guiado pelo legislador. Ressalta o autor que nos países da família romano-germânica tem-se muito “menos direito” que nos países em que a regra de direito resulta diretamente de formação judiciária

família romano-germânica, quer nos países de *common law*, perfilha-se a mesma concepção do direito ligada à descoberta e realização da Justiça¹³⁶. A diferença reside unicamente no fato de, no âmbito da família romano-germânica, buscou-se descobrir as soluções de justiça do direito pelo recurso a uma técnica que tem como ponto de partida a lei. Já na família anglo americana, se pretende o mesmo resultado, utilizando uma técnica que toma prioritariamente em consideração as decisões judiciais.

David (1998, p. 130) ressalta a importância da interpretação das leis, mencionando que a aplicação da lei supõe um processo de interpretação, cuja relevância é sublinhada atualmente pela doutrina. Grandes possibilidades são concedidas aos juízes, no pleno respeito ao texto da lei, de tal modo que o próprio legislador emprega muitas vezes, deliberadamente ou não, expressões desprovidas de precisão, como as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados¹³⁷.

¹³⁶ Segundo Abbagnano (2000, p. 593), podem-se distinguir dois significados principais na palavra “justiça”: a) Justiça como conformidade da conduta a uma norma; b) justiça como eficiência de uma norma. De acordo com o autor, no primeiro significado, a justiça é a conformidade de um comportamento a uma norma, sendo que esta última pode ser uma norma natural, divina ou positiva. Já no segundo conceito, justiça não se refere ao comportamento ou à pessoa, mas à norma. A justiça das normas é medida tomando-se como referência a sua eficiência em garantir um objetivo considerado fundamental, este último geralmente associado às idéias de felicidade, utilidade, liberdade e paz. Neste sentido, em imagem feliz, Reale (1977, p. 288) refere que a justiça seria um “valor franciscano” ou seja, aquele que vale em razão de outrem, porque o justo outra coisa não seria senão “permitir a realização de valores distintos”. Neste aspecto, Flóscolo da Nóbrega (1981, p. 23) afirma que podemos apenas alcançar a justiça como valor através da via emotiva, não sendo possível, pois, sua definição racional precisa, pois como todo conceito limite, escapa à formulação lógica. Contrariamente, porém, Recaséns Siches (1977, p. 202) defende que a justiça não é um mecanismo psicológico de caráter sentimental, embora reconheça que é habitual o fenômeno de que na consciência humana se dá espontaneamente um sentimento de justiça. Nesse sentido, aponta Siches que o que o sentimento de justiça tem de justo não é o que tem de sentimento ou de mero fenômeno psíquico, senão a coincidência do conteúdo de tal fato psíquico com uma pauta objetiva de justiça. Por outro lado, no conceito de justiça há que se separar suas diversas modalidades, que foram sendo teoricamente construídas no decorrer da história. Desta forma, pode-se falar em justiça distributiva, que se relaciona à repartição dos benefícios entre os membros da sociedade; justiça Comutativa, que governa as relações entre particulares; justiça Geral, que disciplina o dever das partes para com o todo e constitui a outra face da justiça distributiva e justiça social, que se relaciona à correção das distorções sociais.

¹³⁷ Além de prever uma situação em caráter abstrato e genérico, a lei é constituída por elementos prescritivos que precisam ter seu conteúdo esclarecido. Até mesmo a mera dicção legal, em si, é formada por um conjunto de símbolos (nomes e predicadores), os quais são, muitas vezes, vagos e ambíguos. É essa indeterminação semântica que constitui os conceitos jurídicos indeterminados. Engisch (1979, p.173) define os conceitos jurídicos indeterminados como “um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”. Faz, assim, a oposição entre os conceitos jurídicos determinados e indeterminados, apresentando, ainda, a noção de cláusula geral. Esta consiste na cláusula que procura evitar a elaboração casuística das hipóteses legais. Trata-se de um expediente utilizado pelo legislador para abranger em uma formulação, em termos genéricos, um expressivo número de casos a um determinado tratamento jurídico. O autor conceitua a cláusula geral como “uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete tratamento jurídico a todo um domínio de casos” (ENGISCH, 1979, p. 189). As cláusulas gerais, desta forma, constituem em formulações legais de caráter genérico e abstrato, com natureza de diretriz, cujos valores serão preenchidos pelo juiz na análise do caso concreto. Têm a função de dotar o Código de maior mobilidade, mitigando regras mais rígidas. Ademais, têm função de integração dos diferentes princípios e direitos adotados em nossa sociedade pluralista, consistindo na possibilidade de o juiz aplicar a lei com ampla liberdade axiológica, ponderando os interesses em conflito no caso concreto. Têm, ainda, função de instrumentalizar as normas jurídicas aos fins teleologicamente considerados pelo legislador. Segundo Costa (2000), as cláusulas gerais, mais do que um “caso” da teoria do direito pois revolucionam a tradicional teoria das fontes - constituem as

Segundo David (1998, p. 131) para que as leis que estão em vigor num país constituam um sistema coerente, é necessário que todas sejam interpretadas dentro de um mesmo espírito, sem se atender às circunstâncias nas quais, em épocas diferentes, foram promulgadas. A intenção do legislador é, na maioria das vezes, particularmente difícil de descobrir nas condições da democracia moderna, quando a lei se apresenta como obra de uma vontade coletiva, muito complexa na sua formação.

David (1998, p. 134) aponta um método que pode ser utilizado para adaptar o direito às circunstâncias não previstas pelo legislador, sem modificar o sentido das disposições que este formulou. Esse método consiste em utilizar prescrições de alcance geral enunciadas pelo legislador, para neutralizar disposições particulares contidas na lei. Acrescenta o autor que, nos países da família romano-germânica, o ponto de partida de todo o raciocínio jurídico encontra-se nos conteúdos de direito escrito, mas por toda a parte esses textos apenas constituem materiais de base que cabe ao intérprete completar.

Dentro de uma concepção sociológica do direito, o costume desempenha um papel preponderante. Constitui a infra-estrutura sobre a qual o direito é edificado e dirige a maneira pela qual é aplicado e desenvolvido pelo legislador, pelos juízes e pela doutrina. A lei tem, muitas vezes, a necessidade do suplemento introduzido pelo costume para ser compreendida. Isso porque as noções às quais recorre o legislador devem ser esclarecidas do ponto de vista do costume.

Saliente-se também a importância da jurisprudência, que, na França e na Alemanha, assume, em certos domínios, um papel de primeiro plano na evolução do direito. Porém, o papel da jurisprudência nos países da família romano-germânica apenas pode evidenciar-se em ligação com o da lei. Há certa propensão dos juristas no sentido de procurarem apoio num texto de lei. Desse modo, o papel criador da jurisprudência dissimula-se atrás da aparência da interpretação da lei. Assim, só excepcionalmente os juristas se afastam desse hábito e os juízes reconhecem francamente o seu poder criador de regras de direito. Aponte-se, ainda, a

janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo. Enfatiza a autora que a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, de forma proposital, uma linguagem de tessitura "aberta", "fluida" ou "vaga". Esta disposição é dirigida ao juiz para que, diante do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas. Este poderá fazer uso de elementos que estejam fora do sistema, o que evidencia a importância da fundamentação das decisões.

doutrina, que, durante muito tempo, foi fonte fundamental do direito na família romano-germânica. Somente numa época recente o primado da lei substituiu ao da doutrina.

Tais noções tradicionais da família romano-germânica, porém, não podem ser analisadas sem se fazer referência no movimento neoconstitucionalista. Este, de acordo com Merryman (1999, p. 24), vem provocando sensíveis modificações na aplicação do direito, tendo em vista seu ideário de superioridade e máxima efetividade da constituição.

A concepção do neoconstitucionalismo se identifica com um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional. Além da idéia da força normativa da constituição, Barroso (2005, p. 2) assinala os seguintes marcos do neoconstitucionalismo. Inicialmente, como marco histórico, destaca o autor a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX. Como marco filosófico, aponta o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre direito e ética. Finalmente, como marco teórico, enfatiza o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

O neoconstitucionalismo se caracteriza por uma série de estudos teóricos que levam à compreensão e inserção dos valores na constituição, bem como o surgimento e a resolução de conflitos entre as opções normativas e valorativas inscritas na Constituição (BARCELOS, 2006, p. 4). Segundo Commanducci (2006, p. 100) pode-se entender o neoconstitucionalismo sob o ponto de vista teórico, metodológico e ideológico. Sob o ponto de vista teórico, equivale ao pós-positivismo jurídico¹³⁸. Sob o aspecto ideológico, põe em segundo plano a idéia de limitação dos poderes do Estado, dando primazia à efetivação dos direitos fundamentais. Já sob o ponto de vista metodológico, aproxima direito e moral, dá maior força aos princípios e pugna pelo método de interpretação diferenciado para a Constituição. Por

¹³⁸ A partir da segunda guerra mundial, com a verificação de que a decisão judicial, para ser justa, não poderia limitar-se à lógica dedutiva tradicional, os teóricos passaram a buscar novas perspectivas para a problemática da decisão. Teve início, assim, o terceiro momento do raciocínio judicial, consoante esquematização já assinalada no capítulo 1 da tese. Essa fase mereceu o seguinte comentário de Perelman (1998, p. 185): Faz algumas décadas que assistimos a uma reação que, sem chegar a ser um retorno ao direito natural, ao modo próprio dos séculos XVII e XVIII, ainda assim confia ao juiz a missão de buscar, para cada litígio particular, uma solução equitativa e razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo em que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito. Mas é-lhe permitido para realizar a síntese buscada entre a equidade e a lei tornar esta mais flexível graças à intervenção crescente das regras de direito não escritas, representadas pelos princípios gerais do direito e pelo fato de se levar em consideração os tópicos jurídicos. Essa nova concepção acresce a importância do direito pretoriano, fazendo do juiz o auxiliar e o complemento indispensável do legislador: inevitavelmente, ela aproxima a concepção continental do direito da concepção anglo-saxã, regida pela tradição da *common law*. Assiste-se, portanto, a um período de maior aproximação entre direito e moral, muito embora não se trate propriamente de retorno ao jusnaturalismo.

fim, do ponto de vista das fontes do direito, o neoconstitucionalismo busca a aplicação dos valores, quer por via dos princípios de direito, quer pela tópica jurídica¹³⁹.

Fixadas as premissas metodológicas básicas para o desenvolvimento do capítulo, passa-se à análise do direito comunitário europeu e das diretrizes fundamentais da União Européia para as relações de trabalho.

4.2 O direito comunitário europeu: diretrizes fundamentais da União Européia

O direito comunitário não se desenvolve no território de determinado país, mas sim no espaço de integração. Por esse motivo, é muitas vezes chamado de direito da integração. Conforme assinala José Souto Maior Borges (2005, p. 58), não se trata de um ramo do direito, mas do ordenamento jurídico comunitário, que por sua vez pode ser seccionado em campos materiais, como por exemplo, as normas comunitárias ligadas ao direito ambiental, comercial, trabalhista etc.

Quando se fala em direito comunitário, é muito comum utilizar-se o termo como sinônimo do direito europeu. A esse respeito, Borges (2005, p. 62) esclarece que, em especial entre os juristas alemães, as expressões são vistas como sinônimas. Porém, ressalta o autor que o direito comunitário não é só europeu, mas sim “direito comum dos Estados integrados em qualquer espaço comunitário e não apenas na Europa”.

A associação das denominações surge da importância e do caráter histórico do direito comunitário europeu. Com efeito, a história da União Européia é caracterizada pela seqüência de tratados que paulatinamente a instituíram e tem mais de meio século. Conforme destaca Maria Teresa de Carcomo Lobo (2007, p. 46), primeiramente foi aprovado o Tratado de Paris, de 1951, que fundou a Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA). Em 1957 foi assinado o Tratado de Roma, que englobou o tratado constitutivo da Comunidade Econômica Européia (CEE) e da Comunidade Européia da Energia Atômica (EURATOM), incluindo a Alemanha, França, Itália, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo. Em 17 de

¹³⁹ Tal perspectiva pós-positivista é caracterizada por diversos elementos, assim descritos por Bonavides (2001, p. 265): A passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da ciência jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero normas e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.

fevereiro de 1986 deu-se a assinatura do ato único europeu, que formalizou o Conselho Europeu, deu maior ênfase à política social e inscreveu a criação da União Européia como objetivo fundamental da integração.

A idéia da União Européia, em substituição à Comunidade Européia, foi lançada pelo Tratado de Maastricht, de fevereiro de 1992. Esse documento superou o objetivo econômico inicial da Comunidade Européia, que era de constituir um mercado comum e deu-lhe um contorno de unidade política. Ressalta Lobo (2007, p. 47) que o Tratado de Maastricht institui a União Econômica e Monetária, criou um banco central e política cambial única, além de instituir a cidadania européia.

Em 1997, a assinatura do Tratado de Amsterdã consolidou a União Européia e reorganizou as disposições dos tratados anteriores. Separou, por um lado, os tratados institutivos da CECA, CEE e EURATOM e, por outro, o tratado institutivo da União Européia. O Tratado de Amsterdã fortaleceu a União Européia como entidade econômica e política e estabeleceu novas áreas de competência comunitária nos domínios da saúde, trabalho e segurança social (LOBO, 2007, p. 47).

Ressalte-se que, em 18 de fevereiro de 2000, foi assinada a carta dos direitos fundamentais da União Européia, que deu conteúdo efetivo à cidadania européia em termos de direitos políticos, econômicos e sociais, constituindo elemento fundamental para dotar a União Européia de uma constituição (LOBO, 2007, p. 47). Merece também destaque o Tratado de Nice, de 2001, que entrou em vigor em fevereiro de 2003 e abriu espaço para a reforma institucional necessária à ampliação da União Européia, que ocorreu em maio de 2004, com a entrada de dez novos países.

Em 29 de outubro de 2004, foi assinado o Tratado Constitucional, que formalizou a constituição européia¹⁴⁰. Trata-se de extenso documento que consolidou vários tratados anteriores, mas ficou sujeito à ratificação pelos Estados-membros¹⁴¹. A constituição foi

¹⁴⁰ O art. 1º do Tratado Constitucional já enuncia os fundamentos e objetivos da União Européia: “A presente Constituição, inspirada na vontade dos cidadãos e dos Estados da Europa de construir o seu futuro comum, estabelece a União Européia, à qual os Estados-membros atribuem competências para atingirem os seus objetivos comuns. A União coordena as políticas dos Estados-membros que visam a atingir esses objetivos e exerce em moldes comunitários as competências que eles lhe atribuem. Mais adiante, art. I- 7 fixa que “a União tem personalidade jurídica”: o art. I-8 declara os símbolos da União: A bandeira da União é constituída por um círculo de doze estrelas douradas sobre fundo azul; O hino da União é extraído do «Hino à Alegria» da Nona Sinfonia de Ludwig van Beethoven; O lema da União é: “Unida na diversidade”; A moeda da União é o euro; o Dia da Europa é comemorado a 9 de maio em toda a União”.

¹⁴¹ A questão da necessidade ou não do marco constitucional europeu foi objeto de intensos debates, tendo, a esse respeito, Habermas (2002, p. 947) defendido a posição favorável, afirmando que os objetivos políticos imediatos suscetíveis de justificar a adoção do projeto europeu perderam boa parte de sua significação, mas foram substituídos por um programa político mais ambicioso. Esses motivos iniciais foram superados, segundo o autor, porque a primeira geração de eurofederalistas tinha como objetivo terminar com a história de guerras

dividida em quatro partes: parte I – Definição e objetivos, cidadania, competências, instituições, vida democrática, finanças, Estados vizinhos e qualidade de membro da União; parte II – Carta dos direitos fundamentais da União Européia; parte III – Políticas e funcionamento da União; Parte IV – Disposições gerais e finais. Finalmente, em 19 de outubro de 2007 foi assinado o Tratado de Lisboa que reformou a constituição européia de 2004.

O direito comunitário europeu apresenta como fontes primárias os tratados e a constituição européia e como fontes secundárias tanto atos do Parlamento, como do Conselho Europeu e Comissão Européia. Esses atos podem se revestir da natureza de regulamentos, diretivas, decisões, recomendações ou pareceres. Conforme ressalta Elaine Martins (2004, p. 1) o regulamento tem caráter geral, sendo obrigatório em todos os seus elementos e diretamente aplicável em todos os estados-membros. A diretiva, por seu turno, vincula o estado-membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais, a competência quanto à forma e aos meios. A decisão é obrigatória em todos os seus elementos para os destinatários designados. Entretanto, as recomendações e os pareceres não são vinculativos, por serem declarações unilaterais manifestadas de forma interna ou entre os órgãos comunitários, no exercício de funções administrativas, produzindo efeitos de forma indireta.

Além dos atos unilaterais mencionados, também são fontes secundárias do direito comunitário europeu os atos convencionais elaborados entre os estados-membros e os acordos firmados entre a Comunidade Européia e terceiros. São, igualmente, a jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu e das regras jurídicas não escritas, comuns e aceitas pelos sistemas jurídicos, constituindo os suportes estruturais do sistema normativo, ou seja, os princípios gerais do direito (MARTINS, 2004, p. 1).

A União Européia é formada por cinco instituições básicas, além de uma série de órgãos consultivos e auxiliares para o exercício das competências próprias das Comunidades:

sangrentas entre nações européias e deter o poder potencialmente ameaçador da República Federal da Alemanha rapidamente recuperada da guerra. A superação de tal objetivo se sustenta porque a União Européia passou a atuar como uma só voz em matéria de política exterior e de defesa, havendo estabilidade crescente na Alemanha, em especial após a reunificação. Demonstra, porém, que outras razões se substituíram às primeiras, defendendo a tese de que os governos nacionais estão cada vez mais envolvidos em redes transnacionais e, seja qual for a política que elejam, estão obrigados a adaptar-se às restrições dos mercados mundiais desregulados. Assim, o que está em jogo é se os países europeus podem conservar, cada um de maneira separada, a capacidade de escapar ao destino de adaptar-se em maior medida ao modelo social hoje imposto pelo regime econômico dominante em escala mundial. Como a resposta era negativa, defendia o autor a necessidade do marco constitucional europeu.

A Comissão Europeia, o Parlamento Europeu, o Conselho de Ministros Europeu, o Tribunal de Justiça Europeu e o Tribunal de Contas Europeu.

A Comissão Europeia é órgão Executivo da União Europeia, sendo composta por um Presidente e vinte e cinco Comissários representando todos os países que integram a União. A Comissão desempenha três funções principais: a) compete-lhe elaborar propostas legislativas; b) atua como guardiã dos tratados, velando pela correta aplicação da legislação comunitária por parte dos Estados-membros; c) age como o órgão executivo da União, responsável pela execução e gestão das diferentes políticas comunitárias¹⁴².

O Parlamento Europeu é composto por seiscentos e vinte e seis deputados, eleitos por sufrágio universal pela população dos estados-membros para um mandato de cinco anos. No Parlamento Europeu, os deputados se organizam em bancadas definidas por afinidades políticas e não pelos países de origem¹⁴³.

¹⁴² Artigo I-26. do Tratado Constitucional Europeu, Comissão Europeia 1. A Comissão promove o interesse geral da União e toma as iniciativas adequadas para esse efeito. A Comissão vela pela aplicação da Constituição, bem como das medidas adotadas pelas instituições por força desta. Controla a aplicação do direito da União, sob a fiscalização do Tribunal de Justiça da União Europeia. A Comissão executa o Orçamento e gere os programas. Exerce funções de coordenação, de execução e de gestão em conformidade com as condições estabelecidas na Constituição. Com exceção da política externa e de segurança comum e dos restantes casos previstos na Constituição, a Comissão assegura a representação externa da União. Toma a iniciativa da programação anual e plurianual da União com vista à obtenção de acordos interinstitucionais. 2. Os atos legislativos da União só podem ser adotados sob proposta da Comissão, salvo disposição em contrário da Constituição. Os demais atos são adotados sob proposta da Comissão nos casos em que a Constituição o determinar. 3. O mandato da Comissão é de cinco anos. 4. Os membros da Comissão são escolhidos em função da sua competência geral e do seu empenhamento europeu de entre personalidades que ofereçam todas as garantias de independência. 5. A primeira Comissão nomeada nos termos da Constituição será constituída por um nacional de cada Estado-Membro, incluindo o seu Presidente e o Ministro dos Negócios Estrangeiros da União, que será um dos Vice-Presidentes. 6. Após o termo do mandato da Comissão a que se refere o n.o 5, a Comissão será composta por um número de membros, incluindo o seu Presidente e o Ministro dos Negócios Estrangeiros da União, correspondente a dois terços do número dos Estados-membros, a menos que o Conselho Europeu, deliberando por unanimidade, decida alterar esse número. Os membros da Comissão são escolhidos de entre os nacionais dos Estados-membros, com base num sistema de rotação igualitária entre os Estados-membros. Este sistema é estabelecido por decisão europeia do Conselho Europeu, adotada por unanimidade, com base nos seguintes princípios: a) Os Estados-membros devem ser tratados em rigoroso pé de igualdade no que respeita à determinação da seqüência dos seus nacionais como membros da Comissão e ao período em que se mantêm neste cargo; assim sendo, a diferença entre o número total de mandatos exercidos pelos nacionais de dois Estados-membros nunca pode ser superior a um; b) Sob reserva da alínea a), a composição de cada uma das sucessivas Comissões deve refletir de forma satisfatória a posição demográfica e geográfica relativa dos Estados-membros no seu conjunto. 7. A Comissão exerce as suas responsabilidades com total independência. Sem prejuízo do n.o 2 do artigo I-28.o, os membros da Comissão não solicitam nem aceitam instruções de nenhum Governo, instituição, órgão ou organismo. Os membros da Comissão abstêm-se de toda e qualquer ação que seja incompatível com os seus deveres ou com o exercício das suas funções.

8. A Comissão, enquanto colégio, é responsável perante o Parlamento Europeu. O Parlamento Europeu pode votar uma moção de censura à Comissão em conformidade com o artigo III-340.o. Caso tal moção seja adotada, os membros da Comissão devem demitir-se coletivamente das suas funções e o Ministro dos Negócios Estrangeiros da União deve demitir-se das funções que exerce na Comissão.

¹⁴³ Artigo I-20 do Tratado Constitucional Europeu: O Parlamento Europeu - 1. O Parlamento Europeu exerce, juntamente com o Conselho, a função legislativa e a função orçamental. O Parlamento Europeu exerce funções de controlo político e funções consultivas em conformidade com as condições estabelecidas na Constituição. Compete-lhe eleger o Presidente da Comissão. 2. O Parlamento Europeu é composto por representantes dos

O Conselho de Ministros Europeu é formado pelos vinte e cinco ministros dos Estados-membros da pasta específica de que se trate em cada reunião do órgão (agricultura, indústria, economia, pesca, cultura, etc.). Os assuntos gerais e a coordenação ficam a cargo do Conselho de Ministros de Assuntos Exteriores. A Presidência do Conselho é rotativa, por períodos de seis meses¹⁴⁴.

O Conselho Europeu é formado pelos Chefes de Estado e de Governo dos Estados-membros. Reúne-se, pelo menos, uma vez a cada seis meses. É presidido pelo Chefe de Estado ou de Governo do país em exercício da presidência semestral e tem a missão de definir as grandes linhas políticas e objetivos da União¹⁴⁵.

O Tribunal de Justiça Europeu é órgão de natureza jurisdicional, integrado por vinte juizes encarregados de aplicar o direito comunitário e elucidar as questões sobre sua aplicação entre os Estados-membros da União Européia, as instituições comunitárias ou mesmo entre particulares¹⁴⁶.

cidadãos da União. O seu número não pode ser superior a setecentos e cinquenta. A representação dos cidadãos é decessivamente proporcional, com um limiar mínimo de seis membros por Estado-Membro. A nenhum Estado-Membro podem ser atribuídos mais do que noventa e seis lugares. O Conselho Europeu adota por unanimidade, por iniciativa do Parlamento Europeu e com a aprovação deste, uma decisão europeia que determine a composição do Parlamento Europeu, na observância dos princípios referidos no primeiro parágrafo.

3. Os membros do Parlamento Europeu são eleitos, por sufrágio universal direto, livre e secreto, por um mandato de cinco anos. 4. O Parlamento Europeu elege de entre os seus membros o seu Presidente e a sua Mesa.

¹⁴⁴ Artigo I-23 do Tratado Constitucional Europeu Conselho de Ministros 1. O Conselho exerce, juntamente com o Parlamento Europeu, a função legislativa e a função orçamental. O Conselho exerce funções de definição das políticas e de coordenação em conformidade com as condições estabelecidas na Constituição. 2. O Conselho é composto por um representante de cada Estado-Membro ao nível ministerial, com poderes para vincular o Governo do respectivo Estado-Membro e exercer o direito de voto. 3. O Conselho delibera por maioria qualificada, salvo disposição em contrário da Constituição

¹⁴⁵ Artigo I-21 do Tratado Constitucional Europeu - Conselho Europeu- 1. O Conselho Europeu dá à União os impulsos necessários ao seu desenvolvimento e define as orientações e prioridades políticas gerais da União. O Conselho Europeu não exerce função legislativa. 2. O Conselho Europeu é composto pelos Chefes de Estado ou de Governo dos Estados-membros, bem como pelo seu Presidente e pelo Presidente da Comissão. O Ministro dos Negócios Estrangeiros da União participa nos trabalhos do Conselho Europeu. 3. O Conselho Europeu reúne-se uma vez por trimestre, por convocação do seu Presidente. Quando a ordem de trabalhos o exigir, os membros do Conselho Europeu podem decidir que cada um será assistido por um ministro e, no caso do Presidente da Comissão, por um membro da Comissão. Quando a situação o exigir, o Presidente convocará uma reunião extraordinária do Conselho Europeu. 4. O Conselho Europeu pronuncia-se por consenso, salvo disposição em contrário da Constituição.

¹⁴⁶ Artigo I-29 do Tratado Constitucional Europeu Tribunal de Justiça da União Européia 1. O Tribunal de Justiça da União Européia inclui o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e tribunais especializados. O Tribunal de Justiça da União Européia garante o respeito do direito na interpretação e aplicação da Constituição. Os Estados-membros estabelecem as vias de recurso necessárias para assegurar uma tutela jurisdicional efetiva nos domínios abrangidos pelo direito da União. 2. O Tribunal de Justiça é composto de um juiz por cada Estado-Membro. O Tribunal de Justiça é assistido por advogados-gerais. O Tribunal Geral é composto de, pelo menos, um juiz por cada Estado-Membro. Os juizes e os advogados-gerais do Tribunal de Justiça e os juizes do Tribunal Geral são escolhidos de entre personalidades que ofereçam todas as garantias de independência e reúnam as condições estabelecidas nos artigos III-355.o e III-356.o São nomeados de comum acordo pelos Governos dos Estados-membros, por seis anos. Os juizes e os advogados-gerais cujo mandato tenha chegado a seu termo podem ser de novo nomeados. 3. O Tribunal de Justiça da União Européia decide, nos termos do disposto na Parte III: a) Sobre os recursos interpostos por um Estado-Membro, por uma instituição ou por pessoas singulares ou coletivas; b) A

O Tribunal de Contas Europeu é órgão fiscalizador da execução do orçamento da União Européia, encaminhando anualmente ao Parlamento um relatório sobre as contas do exercício encerrado, podendo, ainda, apresentar relatórios específicos sobre assuntos pontuais¹⁴⁷.

Além dessas cinco instituições principais, a União Européia conta com uma série de órgãos consultivos que emitem pareceres prévios às decisões sobre os temas de sua competência. Há que se frisar, ainda, o Banco Central Europeu¹⁴⁸, responsável pela gestão dos assuntos em matéria de política monetária da União Européia. Por fim, a União Européia conta com uma série de agências especializadas, criadas com o objetivo de regulamentar a atuação no espaço comunitário em setores como o meio ambiente, marcas e patentes, formação profissional e diversos outros.

Após essas considerações sobre o histórico, a estrutura básica e as fontes do direito comunitário, convém dar especial destaque à Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia¹⁴⁹. Este tratado consagra, logo em seu capítulo I, o direito à dignidade do ser humano, que é inviolável e deve ser respeitada e protegida. Consagra também o direito à vida e à integridade do ser humano, bem como a proibição de tortura, escravidão e trabalhos

título prejudicial, a pedido dos órgãos jurisdicionais nacionais, sobre a interpretação do direito da União ou sobre a validade dos atos adotados pelas instituições; c) Nos demais casos previstos pela Constituição.

¹⁴⁷ Artigo I-31 do Tratado Constitucional Europeu Tribunal de Contas 1. O Tribunal de Contas é uma instituição. Efetua a fiscalização das contas da União. 2. O Tribunal de Contas examina as contas da totalidade das receitas e despesas da União e garante a boa gestão financeira.

3. O Tribunal de Contas é composto por um nacional de cada Estado-Membro. Os seus membros exercem as suas funções com total independência, no interesse geral da União.

¹⁴⁸ Artigo I-30. do Tratado Constitucional Europeu Banco Central Europeu 1. O Banco Central Europeu e os bancos centrais nacionais constituem o Sistema Europeu de Bancos Centrais. O Banco Central Europeu e os bancos centrais nacionais dos Estados-membros cuja moeda seja o euro, que constituem o Eurossistema, conduzem a política monetária da União. 2. O Sistema Europeu de Bancos Centrais é dirigido pelos órgãos de decisão do Banco Central Europeu. O objetivo primordial do Sistema Europeu de Bancos Centrais é a manutenção da estabilidade dos preços. Sem prejuízo deste objetivo, o Sistema Europeu de Bancos Centrais dá apoio às políticas económicas gerais na União para contribuir para a realização dos objetivos desta. Cumpre também as outras missões de um banco central, em conformidade com a Parte III e com o Estatuto do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu. 3. O Banco Central Europeu é uma instituição. Tem personalidade jurídica. Só ele tem o direito exclusivo de autorizar a emissão do euro. É independente no exercício dos seus poderes e na gestão das suas finanças. As instituições, órgãos e organismos da União, bem como os Governos dos Estados-membros, respeitam esta independência. 4. O Banco Central Europeu adota as medidas necessárias ao desempenho das suas atribuições nos termos dos artigos III-185.o a III-191.o e III-196.o e em conformidade com as condições estabelecidas no Estatuto do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu. Nos termos dos mesmos artigos, os Estados-membros cuja moeda não seja o euro, bem como os respectivos bancos centrais, conservam as suas competências no domínio monetário. 5. Nos domínios das suas atribuições, o Banco Central Europeu é consultado sobre qualquer projeto de ato da União, bem como sobre qualquer projeto de regulamentação ao nível nacional, e pode apresentar pareceres. 6. Os órgãos de decisão do Banco Central Europeu, a sua composição e as suas regras de funcionamento são definidos nos artigos III-382.o e III-383.o, bem como no Estatuto do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu.

¹⁴⁹ Em inteiro teor no anexo desta tese.

forçados¹⁵⁰. Em especial, no que se refere às relações capital e trabalho, a Carta dos direitos Fundamentais da União Européia estabelece, no seu art. 15, a liberdade profissional e o direito de trabalhar¹⁵¹, bem como fixa, nos artigos 16 e 17, a liberdade de empresa¹⁵² e o direito de propriedade¹⁵³.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia também estabelece, em seu capítulo IV, os direitos de solidariedade. Especificamente, o art. 27 assegura o direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa¹⁵⁴, enquanto o art. 28 assegura o direito de negociação e de ação coletiva¹⁵⁵. O art. 29 estabelece que “todas as pessoas têm direito de acesso gratuito a um serviço de emprego” enquanto que o art. 30 prescreve que “todos os trabalhadores têm direito a proteção contra as despedidas sem justa causa, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais”. Por sua vez, o art. 31 estabelece a obrigatoriedade de condições justas e equitativas¹⁵⁶, enquanto o art. 32 proíbe o trabalho infantil e promove a proteção dos jovens no trabalho¹⁵⁷.

¹⁵⁰ Capítulo I da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia: Artigo 1. Dignidade do ser humano. A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida. Artigo 2. Direito à vida. 1. Todas as pessoas têm direito à vida. 2. Ninguém pode ser condenado à pena de morte, nem executado. Artigo 3. Direito à integridade do ser humano 1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental. 2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente: o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei, a proibição das práticas eugénicas, nomeadamente das que têm por finalidade a seleção das pessoas, a proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro, a proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos. Artigo 4. Proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes Ninguém pode ser submetido à tortura, nem a tratos ou penas desumanos ou degradantes. Artigo 5. Proibição da escravidão e do trabalho forçado 1. Ninguém pode ser sujeito à escravidão nem a servidão. 2. Ninguém pode ser constrangido a realizar trabalho forçado ou obrigatório. 3. É proibido o tráfico de seres humanos

¹⁵¹ Artigo 15. Liberdade profissional e direito de trabalhar. 1. Todas as pessoas têm o direito de trabalhar e de exercer uma profissão livremente escolhida ou aceite. 2. Todos os cidadãos da União têm a liberdade de procurar emprego, de trabalhar, de se estabelecer ou de prestar serviços em qualquer Estado-Membro. Os nacionais de países terceiros que sejam autorizados a trabalhar no território dos Estados-membros têm direito a condições de trabalho equivalentes àquelas de que beneficiam os cidadãos da União.

¹⁵² Artigo 16. Liberdade de empresa. É reconhecida a liberdade de empresa, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais

¹⁵³ Artigo 17. Direito de propriedade. 1. Todas as pessoas têm o direito de fruir da propriedade dos seus bens legalmente adquiridos, de os utilizar, de dispor deles e de os transmitir em vida ou por morte. Ninguém pode ser privado da sua propriedade, exceto por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstos por lei e mediante justa indenização pela respectiva perda, em tempo útil. A utilização dos bens pode ser regulamentada por lei na medida do necessário ao interesse geral

¹⁵⁴ Art. 27 Deve ser garantida aos níveis apropriados, aos trabalhadores ou aos seus representantes, a informação e consulta, em tempo útil, nos casos e nas condições previstos pelo direito comunitário e pelas legislações e práticas nacionais

¹⁵⁵ Art. 28 Os trabalhadores e as entidades patronais, ou as respectivas organizações, têm, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais, o direito de negociar e de celebrar convenções coletivas, aos níveis apropriados, bem como de recorrer, em caso de conflito de interesses, a ações coletivas para a defesa dos seus interesses, incluindo a greve

¹⁵⁶ Artigo 31. Condições de trabalho justas e equitativas. 1. Todos os trabalhadores têm direito a condições de trabalho saudáveis, seguras e dignas. 2. Todos os trabalhadores têm direito a uma limitação da duração máxima do trabalho e a períodos de descanso diário e semanal, bem como a um período anual de férias pagas.

¹⁵⁷ Artigo 32 Proibição do trabalho infantil e proteção dos jovens no trabalho É proibido o trabalho infantil. A idade mínima de admissão ao trabalho não pode ser inferior à idade em que cessa a escolaridade obrigatória, sem

O art. 33 consagra a conciliação da vida familiar e profissional, o que, entretanto, é apenas detalhado em relação à proteção à maternidade¹⁵⁸. O art. 34 assegura a segurança social e assistência social, estabelecendo que todas as pessoas que residam e que se desloquem legalmente no interior da União têm direito às prestações de segurança social e às regalias sociais nos termos do direito comunitário e das legislações e práticas nacionais¹⁵⁹.

Em relação às demais políticas estabelecidas na União Europeia quanto às relações de trabalho, é importante ressaltar o livro verde da comissão das comunidades europeias. Com efeito, a União Europeia edita, periodicamente, livros verdes sobre diferentes temas, sempre com o objetivo de promover a atualização das discussões sobre cada um deles.

O livro verde aqui focado foi formulado em 22 de novembro de 2006, em Bruxelas, pela Comissão das Comunidades Europeias, cujo inteiro teor consta do anexo da tese. O objetivo maior do livro é lançar um debate público na União Europeia, a fim de analisar a evolução do direito do trabalho no sentido de criar estratégia de crescimento sustentável com mais e melhores empregos. Conforme estabelece, a modernização do direito do trabalho constitui um fator importante para o sucesso da adaptabilidade dos trabalhadores e das empresas. Esse objetivo deve ser atingido à luz dos fins da Comunidade, de pleno emprego, produtividade laboral e coesão social.

O livro ressalta, igualmente, que a procura da flexibilidade no mercado de trabalho conduziu a uma diversidade crescente das formas dos contratos de trabalho, que podem significativamente divergir do modelo clássico de contrato. Destaca ainda que as orientações integradas para o crescimento e o emprego estabelecem a necessidade de adaptar a legislação em matéria de trabalho e emprego, buscando promover a flexibilidade em articulação com a segurança do emprego e reduzir a segmentação do mercado de trabalho.

prejuízo de disposições mais favoráveis aos jovens e salvo derrogações bem delimitadas. Os jovens admitidos ao trabalho devem beneficiar de condições de trabalho adaptadas à sua idade e de uma proteção contra a exploração econômica e contra todas as atividades susceptíveis de prejudicar a sua segurança, saúde ou desenvolvimento físico, mental, moral ou social ou ainda de pôr em causa a sua educação.

¹⁵⁸ Artigo 33. Vida familiar e vida profissional 1. É assegurada a proteção da família nos planos jurídico, econômico e social. 2. A fim de poderem conciliar a vida familiar e a vida profissional, todas as pessoas têm direito a proteção contra o despedimento por motivos ligados à maternidade, bem como a uma licença por maternidade paga e a uma licença parental pelo nascimento ou adoção de um filho.

¹⁵⁹ Artigo 34. Segurança social e assistência social 1. A União reconhece e respeita o direito de acesso às prestações de segurança social e aos serviços sociais que concedem proteção em casos como a maternidade, doença, acidentes de trabalho, dependência ou velhice, bem como em caso de perda de emprego, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais. 2. Todas as pessoas que residam e que se desloquem legalmente no interior da União têm direito às prestações de segurança social e às regalias sociais nos termos do direito comunitário e das legislações e práticas nacionais. 3. A fim de lutar contra a exclusão social e a pobreza, a União reconhece e respeita o direito a uma assistência social e a uma ajuda à habitação destinadas a assegurar uma existência condigna a todos aqueles que não disponham de recursos suficientes, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais

O livro verde reflete sobre o papel que poderia desempenhar o direito do trabalho na promoção da flexissegurança, na ótica de um mercado de trabalho mais justo e inclusivo e que contribua para uma Europa mais competitiva. Procura, assim, identificar os principais desafios ainda sem resposta adequada e que constituem o reflexo de um nítido déficite entre os quadros jurídicos e contratuais vigentes, por um lado, e as realidades do mundo do trabalho, por outro. Pretende também promover a discussão em um debate aberto, destinado a refletir sobre como pode o direito do trabalho contribuir para promover a flexibilidade em articulação com a segurança do emprego, independentemente da forma do contrato de trabalho. Busca contribuir, em última análise, para a criação de emprego e para a redução do desemprego.

Acrescente-se que o livro verde tem por objetivo estimular o debate sobre a possibilidade de diferentes tipos de relações contratuais, bem como de direitos na esfera laboral aplicáveis a todos os trabalhadores. O propósito é fazer com que esses diferentes tipos de relações contratuais possam favorecer a criação de empregos e beneficiar tanto trabalhadores como empresas, facilitando as transições no mercado do trabalho, apoiando a aprendizagem e desenvolvendo a criatividade da mão de obra. Tem, ainda, o objetivo final de incentivar a modernização do direito do trabalho, levando em consideração os benefícios e custos globais em causa, de modo a permitir que trabalhadores e empresas possam compreender melhor os seus direitos e as suas obrigações.

Mencionadas algumas diretrizes fundamentais do direito comunitário, passa-se, no item seguinte, a analisar propriamente o regime jurídico aplicável às relações de trabalho em sentido amplo em Portugal, Espanha, Itália e Alemanha.

4.3 Relações de trabalho não empregatícias: tratamento no direito estrangeiro

Neste tópico, procura-se analisar o tratamento jurídico das relações de trabalho não-empregatícias no direito estrangeiro, procurando-se dar especial atenção ao trabalhador parassubordinado e ao trabalhador autónomo economicamente dependente.

A análise será centrada na Itália, Espanha, Portugal e Alemanha, tendo em vista tratar-se de países da tradição jurídica romano-germânica, que possuem características similares que permitem uma melhor aproximação dos seus conteúdos. Ademais, os países foram escolhidos tendo em vista terem regulamentação especial sobre o trabalho autónomo economicamente dependente. Nesse sentido, a Itália foi precursora na análise da parassubordinação, Portugal apresenta a figura dos trabalhadores equiparados, a Alemanha os

quase empregados e a Espanha possui um estatuto do trabalhador autônomo, promulgado em 2007.

4.3.1 O direito espanhol e a figura do trabalhador autônomo economicamente dependente

A Espanha é um país da Europa meridional localizado na Península Ibérica. Além da porção ibérica, possui os arquipélagos das Baleares no Mediterrâneo e das Canárias no Atlântico além de ilhotas junto à costa africana e o enclave de Llívia.

O país está dividido em comunidades autônomas, algumas com língua própria como a Galícia e o País Basco. A Constituição de 1978 divide o país em dezessete comunidades autônomas e as duas cidades autônomas de Ceuta e Melilla. Das dezessete comunidades autônomas, quatro delas (Galiza, País Basco, Andaluzia e Catalunha) gozam da condição de "nacionalidade histórica" reconhecida na constituição, juntamente com um "estatuto de autonomia", o que confere um maior poder e capacidade de decisão e soberania com respeito às outras comunidades.

Não há religião oficial, embora a maioria da população seja católica. A população estrangeira na Espanha, em 2007, chegava a 4.144.166, cerca de 9,3% dos 44.708.964 de habitantes no país. A Espanha é uma nação industrial, cuja economia é a quinta mais forte da Europa com um PIB de \$ 1,109 trilhão.

Voltando ao campo do direito, é importante salientar que, na Espanha, o direito do trabalho tem fundamento constitucional a partir do art. 35 da Constituição Espanhola. É interessante assinalar que, de acordo com esse dispositivo, todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho. Isso já demonstra a preocupação da carta política com a promoção social através do trabalho, o que vem expresso no item 1 do citado art. 35 da Constituição Espanhola¹⁶⁰.

A idéia do direito ao trabalho como elemento do progresso social vem expressa também no art. 40. Estabelece o artigo que os poderes públicos devam promover condições favoráveis para o progresso social e econômico e para uma distribuição da renda regional e pessoal mais equitativa, no marco de uma política de estabilidade econômica orientada ao

¹⁶⁰ Artículo 35 1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

pleno emprego¹⁶¹. No art. 37, a Constituição prevê também a garantia do direito à negociação coletiva entre os representantes de trabalhadores e empresários, assim como a força vinculante das normas coletivas daí advindas e a possibilidade de greve¹⁶².

Consoante assinala Margarita Martín (2006, p. 33) a forma mais relevante de expansão do direito do trabalho na Espanha consiste em equiparar a técnica protetiva do direito do trabalho a pessoas que não são empregadas em sentido estrito. Assim, pode ser citado, por exemplo, na legislação espanhola, o art. 3º, item 1, da Lei Orgânica da Liberdade Sindical¹⁶³ que estabelece a possibilidade de sindicalização dos trabalhadores por conta própria.

Outro exemplo de regra expansiva, na legislação espanhola, de direitos trabalhistas aos não-empregados é o art. 3º, item 1, da Lei de Prevenção de Riscos Laborais (Lei 31/95)¹⁶⁴. Tem por objeto promover a segurança e saúde dos trabalhadores mediante a aplicação de medidas no desenvolvimento das atividades necessárias para a prevenção de riscos derivados do trabalho. Cumpre, ainda, mencionar a disposição final sexta da Lei nº53/2002, que cuida de medidas fiscais, administrativas e sociais e que prevê a possibilidade de criação de um fundo de garantia para os trabalhadores autônomos¹⁶⁵.

¹⁶¹ Art. 40 1. Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo. 2. Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales, velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados.

¹⁶² Artículo 37 1. La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios. 2. Se reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo. La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecer, incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.

¹⁶³ Art.º 3. 1. Lei nº 11/85 No obstante lo dispuesto en el artículo 1.2 los trabajadores por cuenta propia que no tengan trabajadores a su servicio, los trabajadores en paro y los que hayan cesado en su actividad laboral, como consecuencia de su incapacidad o jubilación, podrán afiliarse a las organizaciones sindicales constituidas con arreglo a lo expuesto en la presente Ley, pero no fundar sindicatos que tengan precisamente por objeto la tutela de sus intereses singulares, sin perjuicio de su capacidad para constituir asociaciones al amparo de la legislación específica.

¹⁶⁴ Art.º 3. 1. Lei nº 31/95, com a redação dada pela lei 31/06: Esta Ley y sus normas de desarrollo serán de aplicación tanto en el ámbito de las relaciones laborales reguladas en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, como en el de las relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal al servicio de las Administraciones Públicas, con las peculiaridades que, en este caso, se contemplan en la presente Ley o en sus normas de desarrollo. Ello sin perjuicio del cumplimiento de las obligaciones específicas que se establecen para fabricantes, importadores y suministradores, y de los derechos y obligaciones que puedan derivarse para los trabajadores autónomos. Igualmente serán aplicables a las sociedades cooperativas, constituidas de acuerdo con la legislación que les sea de aplicación, en las que existan socios cuya actividad consista en la prestación de un trabajo personal, con las peculiaridades derivadas de su normativa específica.

¹⁶⁵ Lei nº. 53/2002, Disposição Final Sexta: En el primer semestre del año 2003, el Gobierno emitirá informe relativo a la situación de los trabajadores autónomos que dependen económicamente de uno o varios empresarios, estudiando el establecimiento de un fondo de garantía en caso de cese por causas objetivas.

Da mesma forma que no Brasil, também na Espanha há dificuldade de fixação dos limites do contrato de trabalho a partir das novas relações ocorridas na pós-modernidade, quando as fronteiras entre as relações de emprego e as figuras afins ficaram bastante tênues e passaram a dar margem a diversas tentativas de fraude. A esse respeito, Alejandra Selma Penalva (2007, p. 113) ressalta as tênues diferenças entre contratos de natureza civil e trabalhista. Afirma, por exemplo, que é cada vez mais freqüente, na casuística espanhola, encontrar casos de relações produtivas de caráter civil com tendência de duração continuada no tempo, nas quais existe o pacto de exclusividade. É também cada vez mais freqüente a contratação laboral temporária ou em tempo parcial. Segundo esclarece a autora, para se poder reconhecer o verdadeiro significado de cada tipo de pacto, há que se entenderem os limites de conceitos como continuidade, periodicidade, autonomia, exclusividade e dependência. Só assim, é possível transitar de uma para outra relação de trabalho.

O governo espanhol tem financiado inúmeras pesquisas a respeito do mundo do trabalho, especificamente sobre o aumento do número de autônomos, bem como o funcionamento e financiamento da economia social. Consoante assinala Begoña Cueto Iglesias (2006, p. 46), o aumento do número de autônomos e sócios de empresas de economia social ocorrido nos últimos anos é um fenômeno que desperta interesse. Acrescenta que aproximadamente uma quinta parte do trabalho na Espanha corresponde a essa fórmula autônoma.

No tocante ao tratamento jurídico das relações trabalhistas não-empregatícias, é preciso analisar, de forma mais destacada, a lei nº. 20/2007 de 11 de julho de 2007, que criou o estatuto do trabalhador autônomo, criando, também, a figura do *trade* - trabalhador autônomo economicamente dependente. A lei é fruto de intensos debates havidos na Espanha, no âmbito político. Teve também como base inúmeros trabalhos e artigos especializados sobre o tema, grande parte deles financiados pelo próprio Ministério do Trabalho e Assuntos Sociais da Espanha.

Com efeito, em outubro de 2004, esse Ministério constituiu uma comissão de *experts* e encomendou uma dupla tarefa: de um lado, efetuar um diagnóstico e avaliação sobre a situação econômica do trabalho autônomo na Espanha e, de outro, analisar o regime jurídico e de proteção social dos trabalhadores autônomos, elaborando uma proposta de estatuto do trabalhador autônomo (VILLALON et al, 2006, p. 19).

A lei contém vinte e nove artigos, reunidos em cinco títulos. O título I delimita o âmbito subjetivo de aplicação da lei, estabelecendo a definição genérica de trabalhador autônomo. Neste aspecto, a lei não se limita ao trabalhador autônomo tradicional, ou seja,

àquele titular de um empreendimento comercial, profissional ou rural que desenvolve seus projetos de forma autônoma. Mais do que isso, a lei amplia sua regulação a outras figuras heterogêneas e trata de estabelecer uma regulação comum, respeitando algumas de suas peculiaridades. Assim, a lei cuida da figura do empreendedor, que é aquele que se encontra numa fase inicial de atividade profissional, a figura do trabalhador autônomo economicamente dependente que, não obstante sua autonomia funcional, trabalha sob dependência econômica de um único ou preponderante cliente. Cuida também dos sócios trabalhadores de cooperativas e sociedades laborais e dos administradores de sociedades mercantis¹⁶⁶.

O art. 2º da lei nº. 20/2007 trata dos excluídos do regime. São aquelas hipóteses de prestação de serviços que não atendem aos requisitos do art. 1º da lei e em especial as relações de trabalho por conta alheia, de que cuida o art. 1º do Estatuto dos Trabalhadores¹⁶⁷. São também excluídas as atividades que se limitam ao mero desempenho do cargo de conselheiro ou membro de órgãos de administração de sociedades, além das relações de trabalho subordinado de caráter especial referidas no art. 2º do Estatuto dos Trabalhadores¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Art. 1º lei nº. 20/2007 La presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena. También será de aplicación esta Ley a los trabajos, realizados de forma habitual, por familiares de las personas definidas en el párrafo anterior que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, conforme a lo establecido en el artículo 1.3.e) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. Se declaran expresamente comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, siempre que cumplan los requisitos a los que se refiere el apartado anterior: Los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias. Los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común. Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla, en los términos previstos en la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el Capítulo III del Título II de la presente Ley. Cualquier otra persona que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 1.1 de la presente Ley. Las inclusiones a las que se refiere el apartado anterior se entenderán sin perjuicio de la aplicación de sus respectivas normas específicas. la presente Ley será de aplicación a los trabajadores autónomos extranjeros que reúnan los requisitos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

¹⁶⁷ Art 1. Estatuto dos Trabalhadores Âmbito de aplicação. 1. La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

¹⁶⁸ Art. 2, Estatuto dos Trabalhadores; 1. Se considerarán relaciones laborales de carácter especial: a) La del personal de alta dirección no incluido en el artículo 1.3 c).b) La del servicio del hogar familiar.c) La de los penados en las instituciones penitenciarias.d) La de los deportistas profesionales.e) La de los artistas en espectáculos públicos.f) La de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas.g) La de los trabajadores minusválidos que presten sus servicios en los centros especiales de empleo.h) La de los estibadores portuarios que presten servicios a través de sociedades estatales o de los sujetos que desempeñen las mismas funciones que éstas en los puertos gestionados por las Comunidades Autónomas.i) Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral

Já o regime profissional do trabalhador autónomo é estabelecido no título II, que, por seu turno, divide-se em três capítulos. O capítulo I estabelece as fontes das obrigações para os trabalhadores autónomos, deixando clara a natureza civil ou mercantil da prestação de serviços. O capítulo II do título II dispõe sobre o regime profissional comum para todos os trabalhadores e estabelece um catálogo de direitos e deveres, assim como as normas em matéria de prevenção de riscos laborais, proteção dos menores e garantias económicas.

Segundo o art. 3º da Lei 20/2007, o regime profissional do trabalhador autónomo se regerá pelas disposições contempladas na Lei, salvo quando houver norma específica aplicável a uma atividade. São fontes do regime jurídico aplicável ao trabalhador autónomo, ainda nos termos do art. 3º, todas as normas regulamentares da lei, a legislação comum relativa à contratação civil, mercantil ou administrativa, os pactos estabelecidos individualmente com o trabalhador autónomo, os usos e costumes locais e profissionais, bem como os acordos de interesse profissional. Esses acordos são firmados pelos sindicatos ou organizações de trabalhadores autónomos. Estabelece ainda o art. 3º que qualquer cláusula do contrato individual que contrarie o disposto no acordo de interesse profissional que seja de aplicação ao trabalhador que firmou o pacto individual, será nula de pleno direito.

A partir do capítulo II do título II, a lei fixa o regime profissional comum do trabalhador autónomo. Nesse sentido, o art. 4º fixa os direitos profissionais, estabelecendo que os trabalhadores autónomos têm direito ao exercício dos direitos fundamentais e liberdades públicas reconhecidas na constituição espanhola e nos tratados e acordos internacionais firmados pela Espanha sobre a matéria.

Na realidade, a disposição referida é inócua, uma vez que a aplicação dos direitos fundamentais dá-se não por força do disposto no art. 4º da Lei nº. 20/2007, mas sim em razão da própria hierarquia das normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais e liberdades públicas. Porém, a norma tem o condão de deixar explícita tal aplicação, razão pela qual se justifica sua expressa menção no texto da lei.

O art. 4º prescreve ainda que o trabalhador autónomo tem direito ao trabalho e à livre escolha de sua profissão ou ofício, à liberdade de iniciativa económica e ao direito de livre concorrência, bem como o direito de propriedade intelectual sobre suas obras ou prestações laborais protegidas. Especificamente no que tange ao exercício da atividade profissional do trabalhador autónomo, a lei determina que são direitos individuais dessa

categoria de trabalhador a igualdade diante da lei e o direito de não ser discriminado por qualquer condição pessoal ou social.

O art. 4º estabelece, também, dentre outros direitos, o respeito à intimidade e proteção da dignidade do trabalhador, bem como a proteção à sua integridade física, segurança e saúde no trabalho. Fixa, além disso, o direito à formação e readaptação profissionais, recebimento pontual da contraprestação salarial e conciliação da vida pessoal, familiar e laboral.

O art. 5º, por sua vez, cuida dos deveres profissionais do trabalhador autônomo, tais como cumprir com as obrigações decorrentes dos contratos celebrados, bem como as obrigações em matéria de segurança e saúde laborais. Devem, ainda, filiar-se ao regime da seguridade social, assumindo as obrigações tributárias e correlatas estabelecidas pela legislação própria.

O art. 7º estabelece a forma e duração do contrato, que poderá ser celebrados de forma oral ou escrita, para execução de uma obra ou de uma série delas, tendo a duração acordada pelas partes. O art. 9º, por seu turno, dispõe sobre a proteção dos menores de dezesseis anos, que não poderão executar trabalho autônomo nem atividade profissional, nem mesmo para seus familiares, salvo em relação aos espetáculos públicos, que são regidos por regras específicas.

A figura do trabalhador autônomo economicamente dependente é regulada no capítulo III do título II da Lei nº. 20/2007. Trata-se de um trabalhador que, não obstante sua autonomia funcional, desenvolve sua atividade com uma forte e quase exclusiva dependência econômica do empresário ou cliente que o contrata. A intenção do legislador, com isso, é de tentar eliminar as zonas fronteiriças entre as categorias de trabalhador autônomo, subordinado e economicamente dependente. Assim, o conceito de trabalhador autônomo economicamente dependente constante do art. 11 da lei é bastante rígido, delimitando, a partir de critérios objetivos, as características da relação:

Art. 11. 1 - Os trabalhadores autônomos economicamente dependentes a que se refere o artigo 1.2 da presente Lei são aqueles que realizam uma atividade econômica ou profissional a título lucrativo e de forma habitual, pessoal, direta e predominante para uma pessoa física ou jurídica, denominada cliente, da qual dependem economicamente por perceber deste último, ao menos, 75% de seus ingressos por rendimentos de trabalho e de atividades econômicas.

2 - Para o desempenho da atividade econômica ou profissional como trabalhador autônomo economicamente dependente, este deverá reunir simultaneamente as seguintes condições: a) Não utilizar o serviço remunerado de outras pessoas para o exercício da atividade contratada com o cliente objeto da mesma. b) Não executar sua atividade de maneira conjunta e indiferenciada com os trabalhadores que prestem serviços sob qualquer forma contratual por conta do cliente. c) dispor de

infra-estrutura produtiva e material próprio necessários para o exercício da atividade e independentemente de seus clientes quando em dita atividade sejam relevantes economicamente. d) desenvolver sua atividade sob critérios organizativos próprios, sem prejuízo das indicações técnicas de caráter geral que possam receber de seus clientes. e) perceber uma contraprestação econômica em função do resultado de sua atividade, de acordo com o pactuado com o cliente e assumindo o risco e sucesso daquela atividade.

3- Os titulares de estabelecimento ou locais comerciais e industriais e de oficinas e espaços abertos ao público não terão em nenhum caso a caracterização de trabalhadores autônomos economicamente dependentes. (Tradução nossa) ¹⁶⁹.

Diferentemente do trabalhador autônomo comum, que poderá celebrar contrato oral ou escrito, o contrato do trabalhador autônomo economicamente dependente deverá ser celebrado sempre por escrito, nos termos do art. 12 da lei nº. 20/2007. Além disso, deverá ser registrado no órgão público correspondente, sendo tal registro de caráter público.

A lei estabelece uma regulação garantista para o trabalhador autônomo economicamente dependente, o que é previsto em diversos dispositivos. Por exemplo, o art. 14 da lei estabelece:

Art. 14 O trabalhador autônomo economicamente dependente terá direito a uma interrupção de sua atividade anual de 18 dias úteis sem prejuízo que dito regime possa ser melhorado mediante contrato entre as partes ou mediante acordos de interesse profissional. 2 – Mediante contrato individual ou acordo de interesse profissional se determinará o regime de descanso semanal e o correspondente aos feriados, a quantia máxima de jornada de atividade e no caso de que a mesma se compute por mês ou ano, sua distribuição semanal. A realização de atividade por tempo superior ao pactuado contratualmente será voluntária em todo caso, não podendo exceder o incremento máximo estabelecido mediante acordo de interesse profissional. Em ausência de acordo de interesse profissional, o incremento máximo não poderá exceder 30% do tempo ordinário de atividade individualmente acordado. O horário de atividade procurará adaptar-se aos efeitos de poder conciliar a vida pessoal, familiar e profissional do trabalhador autônomo economicamente dependente. (Tradução nossa) ¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Texto original: Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2.d) de la presente Ley son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas. 2- Para el desempeño de la actividad económica o profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente, éste deberá reunir simultáneamente las siguientes condiciones: a) No utilizar el servicio remunerado de otras personas para el ejercicio de la actividad contratada con el cliente objeto de la misma. b) No ejecutar su actividad de manera conjunta e indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier forma contractual por cuenta del cliente. Disponer de infraestructura productiva y material propio necesarios para el ejercicio de la actividad e independientemente de los de su cliente cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente. c) Desarrollar su actividad bajo criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas de carácter general que pueda recibir de su cliente. d) Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo el riesgo y ventura de aquélla. 3 Los titulares de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas y despachos abiertos al público no tendrán en ningún caso la consideración de trabajadores autónomos económicamente dependientes.

¹⁷⁰ Texto original: El trabajador autónomo económicamente dependiente tendrá derecho a una interrupción de su actividad anual de 15 días hábiles, sin perjuicio de que dicho régimen pueda ser mejorado mediante contrato entre las partes o mediante acuerdos de interés profesional. Mediante contrato individual o acuerdo de interés

De acordo com o art. 15 da lei, a relação contratual entre as partes poderá ser extinta tanto por mútuo acordo, como por causas validamente consignadas no contrato morte, aposentadoria ou invalidez incompatíveis com a atividade. Também poderá ser encerrada por vontade de qualquer das partes, quer com justa causa, quer sem justa causa, sendo nesse último caso necessário o pré-aviso à parte contrária.

A competência para a análise das pretensões judiciais do trabalhador autônomo economicamente dependente é dos órgãos jurisdicionais da ordem social. A tais órgãos compete também decidir sobre as questões derivadas da aplicação e interpretação dos acordos de interesse profissional, na forma do art. 17. Porém, de acordo com o art. 18, é requisito prévio para a tramitação de ações judiciais em relação ao regime profissional do trabalhador autônomo economicamente dependente a intenção de conciliação ou mediação ante o órgão administrativo que assuma estas funções.

O Título III da Lei regula os direitos coletivos dos trabalhadores autônomos, definindo a representatividade de suas associações e criando o conselho estatal do trabalho autônomo como órgão consultivo do governo em matérias socioeconômica e profissional relativas ao setor.

O título IV estabelece os princípios gerais em matéria de proteção social, consagrando normas gerais sobre filiação e ação protetiva. Nesse aspecto, o art. 23 estabelece o direito à seguridade social, na forma do art. 41 da Constituição Espanhola. Tal dispositivo estabelece que as pessoas que exerçam uma atividade profissional ou econômica por conta própria ou autônoma têm direito a um regime público de seguridade social, que é regulado pelo regime especial da seguridade social dos trabalhadores por conta própria ou autônomos.

Finalmente, o título V trata do fomento e promoção do trabalho autônomo, estabelecendo medidas direcionadas a promover a cultura empreendedora, reduzir os custos do início de uma atividade, estimular a formação profissional e favorecer o trabalho autônomo mediante uma política fiscal específica.

profesional se determinará el régimen de descanso semanal y el correspondiente a los festivos, la cuantía máxima de la jornada de actividad y, en el caso de que la misma se compute por mes o año, su distribución semanal. La realización de actividad por tiempo superior al pactado contractualmente será voluntaria en todo caso, no pudiendo exceder del incremento máximo establecido mediante acuerdo de interés profesional. En ausencia de acuerdo de interés profesional, el incremento no podrá exceder del 30 por ciento del tiempo ordinario de actividad individualmente acordado. El horario de actividad procurará adaptarse a los efectos de poder conciliar la vida personal, familiar y profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente.

Abordada a regulação jurídica do trabalhador autônomo economicamente dependente na Espanha, passa-se à análise do sistema jurídico italiano que, desde a década de 70, cuida do problema através da tradicional figura da parassubordinação.

4.3.2 O direito italiano: da parassubordinação ao contrato de trabalho a projeto

A Itália é um país europeu, localizado no sul do continente, ocupando a quase totalidade da Península Itálica, mais as ilhas da Sardenha e Sicília. Foi terra de convivência de muitas civilizações europeias, especialmente os etruscos, os gregos e os romanos.

A economia da Itália é hoje a 7ª maior do mundo, sendo também a 4ª maior economia da Europa, quando medida pelo seu produto interno bruto. É altamente diversificada, embora o país permaneça dividido entre um norte altamente industrializado e desenvolvido, dominado por empresas privadas; e um sul menos desenvolvido, com uma taxa de desemprego de 20%.

A Constituição Italiana, em vigor desde 1948, apesar das sucessivas alterações, reconhece o direito do trabalho em seu corpo. Já no art. 4º, estabelece que a República reconhece a todos os cidadãos o direito ao trabalho e promove as condições que tornem efetivo esse direito. Por outro lado, cada cidadão tem o dever de desenvolver uma função que concorra para o progresso material ou espiritual da sociedade italiana¹⁷¹.

Por outro lado, o art. 35 dispõe sobre a proteção ao trabalho e a todas as suas formas de aplicação¹⁷². A constituição, fixa, a partir do art. 36, o direito à retribuição proporcional à quantidade e qualidade do trabalho do cidadão e, em qualquer caso, suficiente para assegurar a si e a sua família uma existência livre e digna. Assegura também o direito à limitação da jornada de trabalho, ao repouso semanal remunerado bem como a impossibilidade de renúncia

¹⁷¹ Art. 4. Constituição Italiana. Texto original: La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, una attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società

¹⁷² Art. 35. Constituição Italiana. Texto original: La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni. Cura la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori. Promuove e favorisce gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro. Riconosce la libertà di emigrazione, salvo gli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale, e tutela il lavoro italiano all'estero.

a esses direitos¹⁷³. Estabelece, além disso, em seu art. 37, regras sobre a proteção do trabalho do menor e da mulher¹⁷⁴. Cuida também da assistência social¹⁷⁵ e da liberdade sindical¹⁷⁶.

Quando se fala no tratamento jurídico das relações de trabalho *lato sensu* no direito italiano, impõe-se ressaltar o desenvolvimento do conceito da parassubordinação. O trabalho parassubordinado teve seu primeiro tratamento legislativo na Lei Vigorelli (Lei nº. 741/1959), que tratava da extensão *erga omnes* do contrato coletivo. Já em seu art. 2º, assegurava a extensão da regra determinada em seu art. 1º¹⁷⁷ aos que desempenhavam atividade continuativa e coordenada¹⁷⁸. Apesar de sua dicção ampla, o dispositivo em realidade, referia-se aos contratos de agencia e de representação comercial.

Assim, a lei Vigorelli não chegou a produzir a construção doutrinária da figura específica da “colaboração continuativa e coordenada”, o que foi levado a efeito somente em 1973, com a promulgação da lei nº. 533, que estabelecia uma reforma no processo do trabalho. Dois dispositivos devem ser destacados na lei em exame. O primeiro, relativo ao

¹⁷³ Art. 36. . Constituição Italiana Texto original: Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa. La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge. Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi.

¹⁷⁴ Art. 37. . Constituição Italiana Texto original: La donna lavoratrice ha gli stessi diritti e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni che spettano al lavoratore. Le condizioni di lavoro devono consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare e assicurare alla madre e al bambino una speciale adeguata protezione. La legge stabilisce il limite minimo di età per il lavoro salariato. La Repubblica tutela il lavoro dei minori con speciali norme e garantisce ad essi, a parità di lavoro, il diritto alla parità di retribuzione.

¹⁷⁵ Art. 38. . Constituição Italiana Texto original: Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale. I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria. Gli inabili ed i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale. Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato. L'assistenza privata è libera.

¹⁷⁶ Art. 39. . Constituição Italiana Texto original: L'organizzazione sindacale è libera. Ai sindacati non può essere imposto altro obbligo se non la loro registrazione presso uffici locali o centrali, secondo le norme di legge. È condizione per la registrazione che gli statuti dei sindacati sanciscano un ordinamento interno a base democratica. I sindacati registrati hanno personalità giuridica. Possono, rappresentati unitariamente in proporzione dei loro iscritti, stipulare contratti collettivi di lavoro con efficacia obbligatoria per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce.

¹⁷⁷ Art. 1º da Lei Vigorelli: o governo é obrigado a emanar normas jurídicas, com força de lei, com o propósito assegurar inderrogabilidade de tratamento econômico e normativo a todos os que pertencem a uma mesma categoria (tradução nossa). “il governo è delegato ad emanare norme giuridiche, aventi forza di legge, al fine di assicurare minimi inderogabili di trattamento economico e normativo nei confronti di tutti gli appartenenti ad una medesima categoria. Nella emanazione delle norme il governo dovrà uniformarsi a tutte le clausole dei singoli accordi economici e contratti collettivi, anche intercategoriale, stipulati dalle associazioni sindacali anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge”.

¹⁷⁸ Art. 2º da Lei Vigorelli: As normas devem ser emanadas para todas as categorias para as quais resultados estipularam acordos econômicos ao artigo 1 e contratos coletivos que interessam a uma ou mais categorias para a disciplina das relações de trabalho, das relações de associação agrária, de arrendamento para dirigir o cultivador e das relações de colaboração que ocorre o desempenho de trabalho contínuo e coordenado (tradução nossa). le norme di cui all'articolo 1 dovranno essere emanate per tutte le categorie per le quali risultino stipulati accordi economici e contratti collettivi riguardanti una o più categorie per la disciplina dei rapporti di lavoro, dei rapporti di associazione agraria, di affitto a coltivatore diretto e dei rapporti di collaborazione che si concretino in prestazione d'opera continuativa e coordinata

processo do trabalho, estabeleceu o procedimento especial também aos trabalhadores em relações continuativas e coordenadas, consoante art. 409, n. 3 do CPC, com a nova redação dada pela lei n.º 533/73:

Art. 409 (controvérsia individual de trabalho) Aplicam-se as disposições do presente capítulo às controvérsias relativas a:

- 1 - relações de trabalho subordinado privado, ainda que não inerentes ao exercício de uma empresa;
 - 2 - relações de meação, parceria, de divisão de lucros agrários, de arrendamento, como também relações decorrentes de outros contratos agrários, salvo a competência das seções agrárias especializadas;
 - 3 - relações de agência, de representação, relações comerciais e outras de colaboração em que esteja incorporado o desempenho de um trabalho contínuo e coordenado, principalmente pessoal, mesmo não subordinado;
 - 4 - relações de trabalho dos empregados de pessoa jurídica de direito público que desenvolve atividade exclusivamente ou principalmente econômica;
 - 5 - relações de trabalho dos empregados pessoa jurídica de direito público e outras relações de trabalho público, sempre que não submetido pela lei a outro juiz.
- (tradução nossa)¹⁷⁹

A partir de tal disposição legal, acesa controvérsia se desenvolveu no tocante à extensão do conceito de subordinação e parassubordinação. Neste aspecto, Amauri Alves (2005, p. 88) aponta como características da parassubordinação a continuidade, a coordenação, a pessoalidade e a fragilidade contratual do trabalhador em relação ao contratante. Porém, segundo Sferrazza (2004, p. 22), a Suprema Corte Italiana aponta que para a configuração da relação de trabalho de natureza subordinada, para efeito de inserção na previsão do art. 409, item 3 do CPC italiano, basta a ocorrência concomitante de apenas três requisitos: continuidade, coordenação e pessoalidade.

Por continuidade entende-se a atividade desenvolvida de forma não meramente ocasional, embora possa ser a prestação laborativa de curta duração. Nesse sentido, Sferrazza (2004, p. 22) esclarece que a prestação deve perdurar no tempo e o trabalho do prestador deve ser constante a favor do tomador de serviços.

A coordenação, por seu turno, é entendida como a sujeição do trabalhador às diretrizes do contratante acerca da modalidade da prestação, sem que haja subordinação no

¹⁷⁹ Redação original: Art.409. - (controversie individuali di lavoro). - si osservano le disposizioni del presente capo nelle controversie relative a: 1) rapporti di lavoro subordinato privato, anche se non inerenti all'esercizio di una impresa; 2) rapporti di mezzadria, di colonia parziaria, di compartecipazione agraria, di affitto a coltivatore diretto, nonché rapporti derivanti da altri contratti agrari, salva la competenza delle sezioni specializzate agrarie; 3) rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato; 4) rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici che svolgono esclusivamente o prevalentemente attività economica; 5) rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici ed altri rapporti di lavoro pubblico, semprechè non siano devoluti dalla legge ad altro giudice.

sentido clássico. Seria, assim, a atividade empresarial de coordenar o trabalho sem subordinar o trabalhador, ou ainda, a conexão funcional entre a atividade do prestador do trabalho e a organização do contratante. Pode significar também a organização conjunta da prestação laborativa entre contratante e contratado, cabendo exclusivamente ao primeiro a responsabilidade sobre o empreendimento (ALVES, 2005, p. 89).

A pessoalidade da prestação está relacionada à exigência de o trabalhador prestar o seu labor pessoalmente e como pessoa física, sem características empresariais, mormente em forma de sociedade. Porém, pode-se ampliar o conceito para admitir-se a prevalência pessoal da prestação, ainda quando o contratado seja um pequeno empreendedor, pessoa física, que trabalha para o contratante, valendo-se do auxílio de colaboradores por contratados (ALVES, 2005, p. 90).

Além desses três requisitos exigidos pela Suprema Corte Italiana, outro aspecto apontado por Alves (2005, p. 90) é a fraqueza contratual do trabalhador. É justamente essa fragilidade a principal razão do estudo da parassubordinação, pois o contratado é a parte economicamente mais fraca no contrato de trabalho, estando, normalmente, em condição de sujeição econômica ante o seu contratante.

A parassubordinação, segundo Sferrazza (2004, p. 21), é uma peculiar conotação do contrato de obra, pela qual o trabalhador colabora continuamente com o tomador de serviços, coordenando a própria atividade com as exigências da organização do empreendedor. Entretanto, o autor entende que não se trata de um terceiro gênero, entre o contrato subordinado e o autônomo. Ao contrário, para ele, trata-se de uma particular variante da disciplina do trabalho autônomo.

Sferrazza (2004, p. 43) destaca, porém, que a concreta delimitação da área das colaborações coordenadas e continuativas, por causa da genérica definição do código, é fruto da interpretação exegética feita pela doutrina que tem acompanhado a relativa reconstrução operada pela jurisprudência¹⁸⁰.

¹⁸⁰ A jurisprudência procura distinguir os contratos de trabalho subordinado e autônomo através de diversos fatores, dentre os quais destaca a busca dos fins próprios do tomador de serviços. Dessa forma, o trabalhador subordinado coloca à disposição do tomador de serviços a própria energia laborativa e a emprega com continuidade, fidelidade e diligência, segundo as diretivas de ordem geral, bem como para atingimento dos fins próprios do tomador de serviços: “Distinzione tra rapporto di lavoro subordinato e rapporti di lavoro autonomo - l'accertamento dell'obbligo contrattuale - il perseguimento dei fini propri del datore di lavoro. Ai fini della distinzione, tra rapporto di lavoro subordinato e rapporti di lavoro autonomo, assume valore determinante l'accertamento dell'obbligo contrattuale di porre a disposizione del datore le proprie energie lavorative e di impiegarle con continuità, fedeltà e diligenza, secondo le direttive di ordine generale impartite dall'imprenditore e in funzione dei programmi cui è destinata la produzione, per il perseguimento dei fini propri del datore di lavoro”. (Cassazione sez. lavoro del 26 febbraio 2002, sentenza n. 2842)

O segundo dispositivo alterado pela Lei nº. 533/73 a ser destacado é o que reformulou o art. 2113 do Código Civil, que passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 2.113 A renúncia e a transação que tenham como objeto direitos do prestador do trabalho derivados das disposições inderrogáveis da lei e do contrato ou acordo coletivo concernentes às relações das quais trata o artigo 409 do código de processo civil, não são válidas (tradução nossa)¹⁸¹.

A partir das alterações empreendidas pela Lei nº. 533 de 1973, muito se discutiu sobre a amplitude da regulação trabalhista das relações de trabalho parassubordinado. Já em relação à proteção previdenciária dos trabalhadores parassubordinados, trata-se de preocupação recente. Com efeito, apenas em 1993, com a Lei nº. 537, e, posteriormente, com a reforma Dini, de 1995, os trabalhadores parassubordinados passaram a ter uma proteção previdenciária.

Em 1998 foi estipulado o primeiro contrato coletivo para regulação dos contratos de colaboração coordenada e continuativa. Esse contrato foi publicado pelo DPL nº. 24, de 1998, cuja maior novidade foi o fato de individualizar a regulamentação coletiva dos contratos de colaboração.

O contrato coletivo nacional foi celebrado em 08 de abril de 1998, em Roma, tendo como partes: CNAI - Coordinamento Nazionale Associazioni Imprenditori; UCICT - Unione Cristiana Italiana Commercio Turismo; UNAPI – Unione Nazionale Dell’artigianato e Della Piccola Impresa; ANILF – Associazione Nazionale Imprese a Lavorazione i a Façon; ANTI – Associazione Nazionale Teleradio Indipendenti; CISAL – Confederazione Italiana Sindacati Autonomi Lavoratori e SAPE – Sindacato Attività Professioni Emergenti.

O contrato coletivo disciplinava de maneira unitária, em todo o território italiano, os contratos de colaboração coordenada e continuativa, tanto por tempo determinado quanto indeterminado. De forma exemplificativa, o contrato aponta, logo em seu art. 1º, como atividades de colaboração coordenada e continuativa, entre outras: administração em geral, participação em colegiados e comissões, colaborações a jornais, revistas, livros e similares etc.¹⁸² A esse primeiro contrato coletivo, seguiram-se outros que continuaram a regular a atividade de colaboração coordenada e continuada.

¹⁸¹ Art. 2113: Le rinunzie e le transazioni, che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti o accordi collettivi concernenti i rapporti di cui all' articolo 409 del codice di procedura civile ,non sono valide.

¹⁸² *Collaborazioni coordinate e continuative in attività del mercato* :1. Amministratori in genere; 2. Sindaci e revisori di società e di enti in genere; 3. Partecipazioni a collegi e commissioni;4. Collaborazioni a giornali, riviste, enciclopedie e libri e similari(traduttori, correttori di bozze, sbobinatori, articolisti ecc.);5. Collaborazioni ad attività r adiotelevisive;6. Collaborazioni ad attività sportive;7. Collaboratori e procacciatori di agenzia d'affari, agenzia d'affari, multiproprietà uffici residence;8. Collaboratori e procacciatori di agenzie di assicurazioni in gestione libera;9. Collaboratori e procacciatori di agenzie di brocheraggio assicurativo e

Pasarelli (2005, p.99) demonstra que as noções de parassubordinação e trabalho coordenado são distintas. Neste aspecto, assinala que a parassubordinação era uma proposta do fim dos anos setenta, de tipo concessivo. Destinava-se a estender a tutela própria do trabalho subordinado aos não-subordinados, mas contratualmente frágeis, num período histórico em que não existiam tipos normativos intermediários como o trabalho interino. Assim, só excepcionalmente se poderia recorrer ao contrato por prazo determinado, não existindo, ainda, o contrato por tempo parcial.

Pasarelli (2005, p. 99) acrescenta que o trabalho coordenado, ao contrário, é uma modalidade inspirada em uma lógica de redução de tutela específica do trabalhador subordinado. Surge num período em que existe, no ordenamento, uma vasta gama de contratos a tempo parcial, por prazo determinados. Em sua essência, a proposta do trabalho coordenado não atribui relevância aos indícios, como a debilidade contratual ou a dependência econômica do prestador. Em consequência, a coordenação e a modalidade de execução da prestação passam a ser o único critério de identificação do terceiro gênero entre o trabalho subordinado e o autônomo.

O Decreto Legislativo nº. 276 de 10 de setembro de 2003, por seu turno, criou a tipologia contratual a projeto e ocasional. A partir do art. 61 do referido diploma legal, são estabelecidos a definição e o campo de aplicação do contrato da projeto. O mencionado decreto teve por objetivo, dentre outros apontados por Sferrazza (2004, p. 65) a abertura de um mercado de trabalho mais transparente e eficaz, bem como a consagração de uma ampla flexibilidade. Esse objetivo seria atingido especialmente através da introdução de tipologias contratuais úteis à causa do surgimento do trabalho informal, mas que desenvolvam também a função de “estimular” a empresa no sentido de um crescimento ocupacional e criação de novos postos de trabalho. Com o objetivo de cumprir tais critérios, o ordenamento jurídico italiano introduziu e reconheceu tipologias trabalhistas novas já praticadas pelo mercado,

finanziario;10. Collaboratori e procacciatori di finanziarie, promotori finanziari, società d’intermediazione;11. Collaboratori e procacciatori di pratiche auto; autoscuole;12. Collaboratori informatici, telematici, eidonistici;13. Collaboratori a istituti d’informazione in genere;14. Collaborazioni in istituti di ricerca di mercato; ricerche economiche; ricerche motivazionali; 15. Collaborazioni in attività di formazione del personale;16. Collaborazioni in attività pubblicitaria; 17. Collaborazioni in attività in campo della moda;18. Collaborazioni in realizzazioni di fiere, mostre, convegni, congressi;19. Collaborazioni per agenzie di mediazioni pubbliche e private;20. Collaboratori e procacciatori di commissionarie in genere;21. Collaborazioni in attività di marketing; 22. Collaborazioni alla promozione alla vendita e all’immagine;23. Collaborazioni nel recupero dei crediti;24. Collaborazioni per centri ed elaboratori di ricerca, di collaudi, di certificazioni, della qualità, della certificazione in genere;25. Collaborazioni per vendite a domicilio.*Collaborazioni coordinate e continuative in istituzioni sociali e sanitarie* 26. Collaborazioni ad attività, iniziative organiche nel campo educativo, sociale- assistenziale sanitario, nonché nelle attività di assistenza e beneficenza;27.Collaborazioni in enti non profit in genere;28.Collaborazioni prestate ad attività in fondazioni, associazioni, movimenti in genere, organizzazioni sindacali, partiti politici;29. Collaborazioni ad enti di patronato.

como o trabalho intermitente, os estágios de verão, o trabalho ocasional, o contrato de trabalho a prestações divididas, além da “revisitação” da *fatispecie* já conhecida pelas colaborações coordenadas e continuativas, objeto do presente estudo.

A tipologia contratual a projeto insere-se na pretensão legislativa de “tipicização” das relações trabalhistas. Segundo Sferrazza (2004, p. 65), esse tipo de foi projetado como tipologia “fechada”, com base em indicadores, elementos e requisitos positivos, com o objetivo de evitar o surgimento de *fatispecies* que abarcassem todas as outras que não seriam reconduzíveis a um determinado esquema contratual.

O item 1 do art. 61 do Decreto Legislativo n.º 276/03 estabelece que, permanecendo a disciplina para os agentes e representantes comerciais, a relação de colaboração coordenada e continuativa, prevalentemente pessoal e sem vínculo de subordinação prevista no art. 409 do Código de Processo Civil, deve ser agregada a um ou mais projetos específicos ou programas de trabalho ou fase deles. Esses projetos ou programas devem ser determinados pelo tomador de serviço e geridos autonomamente pelo colaborador em função do resultado, observada a coordenação com a organização do tomador de serviços e independentemente do tempo empregado para a execução da atividade laborativa.

Para o entendimento da tipologia, é preciso conceituar o que seja projeto, programa ou fase deste. Sferrazza (2004, p. 76) esclarece que o programa se distingue do projeto por consistir na enunciação particular de que se quer atuar, na exposição de um percurso, de uma linha de conduta a ser seguida. Desta forma, o programa se caracteriza, mais especificamente, pela produção de um resultado parcial, destinado a ser integrado para o alcance de um resultado final por outros programas ou processos de trabalho. Assim, o programa de trabalho consiste em um tipo de atividade que não é diretamente reconduzível a um resultado final.

O projeto, por seu turno, ainda segundo Sferrazza (2004, p. 76) é a exposição de uma idéia a realizar, mas que se diferencia do plano de atuação de tal idéia, que consiste justamente no programa. Esse último, por seu turno, pode ser dividido em fases de trabalho, que compõem uma articulação da atividade trabalhista, segundo segmentos que são divisíveis entre eles. Lunnardon (2004, p. 24) destaca, por seu turno, que o projeto ou programa não deve se limitar a atividades de alta qualificação, podendo, ao contrário, ser atribuível a atividades das mais variadas especializações.

Sferrazza (2004, p. 75) enfatiza que o caráter temporalmente definido do projeto ou do programa ou de fase deste não prejudica a possibilidade de renovar o contrato de trabalho a projeto, sempre que a renovação não constitua elemento excludente da disciplina. O contrato a projeto deve ter duração determinada ou determinável. Mas isso não significa, consoante

ressalva o citado autor, que esse tipo de contrato seja assimilável ao contrato por prazo determinado da relação de emprego.

Porém, o mesmo art. 61 do Decreto Legislativo n.º 276 indica as exclusões do sistema de trabalho a projeto. Nesse sentido, em seu item 2, estabelece que, das disposições do contrato a projeto, são excluídas as prestações ocasionais. São aquelas relações de duração compassiva, por prazo não superior a trinta dias no curso do ano, com o mesmo tomador de serviços, salvo se o pagamento recebido no mesmo ano seja superior a cinco mil euros, hipótese na qual se aplicam as disposições do contrato a projeto.

São também excluídas do campo de aplicação do contrato a projeto as profissões intelectuais para o exercício das quais é necessária a inscrição nas organizações profissionais. Excluem-se, igualmente, as relações e atividades de colaboração coordenada e continuativa em associações e sociedades esportivas amadoras em geral. São, por fim, excluídos do campo de aplicação desse tipo de contrato os membros de órgãos de administração e controle de sociedade e participantes de conselhos e comissões, bem como aquelas pessoas recebem aposentadoria. O mesmo art. 61 consagra a regra geral do princípio da proteção, ao estabelecer que as disposições constantes do contrato a projeto não prejudicam a aplicação de cláusulas de contrato individual ou de acordo coletivo mais favoráveis ao trabalhador.

A jurisprudência italiana, referida por Sferrazza (2004, p. 12), chama especial atenção para a caracterização do elemento da subordinação¹⁸³ como critério diferenciador do contrato a projeto das figuras afins¹⁸⁴. Por outro lado, onde o elemento da subordinação não

¹⁸³ Essa subordinação é caracterizada pelos julgados (cass 16.1.1996, n. 326; Cass 29.3.1995, n. 3745; Cass 11.8.94, n. 1219) como aquele vínculo de natureza pessoal que, mediante a inserção do prestador de trabalho na organização empresarial do tomador de serviços para o alcance dos fins produtivos deste, submete o mesmo trabalhador a um poder diretivo do tomador de serviço com conseqüente limitação da sua liberdade. Destaca Sferrazza (2004, p. 13) que a característica preeminente da relação de trabalho subordinado, é o vínculo de sujeição do trabalhador ao poder diretivo, organizativo e disciplinar do tomador de serviços, que se exhibe através da emanação de ordens ou diretivas. Porém, o requisito pode modificar-se de acordo com o conteúdo da prestação e, ainda na esteira da jurisprudência (Cass 8.11/6.7.2001, n.9167) “deve ser concretamente apreciado com respeito às especificidades do papel conferido ao trabalhador e à forma de sua atuação” (Cass. 85 06/1993). Desta forma, as ordens específicas e o exercício de uma atividade de vigilância e de controle na execução das prestações laborativas, nas quais se manifesta o poder organizativo e disciplinar do tomador de serviço, se comportam diversamente em relação à peculiaridade das prestações acima indicadas (Cass 29.3.1995, n. 3745, Cass 26.10.1994, n. 8804.) Além disso, não é necessário que as ordens sejam contínuas, detalhadas e estritamente vinculantes, considerado, outrossim, que a subordinação pode realizar-se também com referência a diretivas programáticas só escritas na estrutura empresarial (Cass 14.4.1987, n. 3716; 14.10.1985, n 5024).

¹⁸⁴ Podem-se citar dois julgados emblemáticos, em inteiro teor no anexo, que desconsideraram o “projeto” formal firmado entre as partes, para, a partir da realidade da prestação laboral, considerar que o trabalhador enquadrava-se na qualificação de empregado. O primeiro, do Tribunal Ordinário de Turim, de 10. 05.06, menciona que a realidade do contrato celebrado permite constatar que o prestador de serviços se obrigou a prestações de meio e sem nenhuma individualização do resultado, mesmo que parcial. Assim, concluiu o Tribunal que a prestação privada de qualquer referência a resultado, ainda que parcial, traduz-se em mera disposição da energia laborativa com ônus de diligência tal como é característico do trabalho subordinado. Desta forma, o Tribunal desconsiderou o contrato a projeto e reconheceu a existência de relação subordinada por prazo

seja imediatamente relevante na clara identificação da relação, há que se destacar alguns critérios subsidiários, mencionados por Sferrazza (2004, p. 14), quais sejam: inserção do trabalhador na organização estrutural e produtiva da empresa; o objeto da prestação no sentido de sua concretização não em obra, mas no desprendimento de energias físicas e intelectivas para a realização das finalidades econômico-produtivas da empresa; a falta, em concreto, de uma organização de empresa; a participação ou não no risco relacionado ao exercício da atividade produtiva; a continuidade da prestação laborativa; a forma da retribuição; o pagamento em períodos fixos; a observância de um horário; a observância de ordens; a coordenação da atividade laborativa pela base organizativa empresarial; a organização do trabalho dentro das estruturas da empresa com materiais, equipamentos próprios da organização produtiva, etc.

A respeito de requisitos de forma, Sferrazza (2004, p. 81) afirma que a forma escrita não é requerida *ad substantiam*, sendo, unicamente utilizada como prova da relação de colaboração. Assim, a redação em forma escrita do contrato de trabalho a projeto faz presumir, até prova em contrário, a sua conformidade ao modelo legal. A ausência da escrita, portanto, não atinge nem a existência e efetividade da relação, nem a sua validade e eficácia.

O art. 62 do Decreto Legislativo 276 estabelece o conteúdo mínimo do contrato, com fins de especificação da finalidade probatória. Inicialmente, é preciso estabelecer a duração da prestação de trabalho. Depois, deve-se apontar o projeto ou programa de trabalho, ou a fase dele, bem como a contraprestação e os critérios para sua determinação, a periodicidade e as modalidades de pagamento, e ainda a regulamentação dos reembolsos de despesas. Além disso, deverá determinar as formas de coordenação do trabalhador a projeto ao tomador de serviço sobre a execução – também temporária - da prestação laborativa, além das eventuais medidas pela tutela da saúde e da segurança do trabalhador e aquelas previstas no artigo 66, inciso 4, do decreto legislativo.

Em relação ao regime jurídico aplicável ao trabalhador a projeto, de acordo com o art. 63, o pagamento realizado é proporcional à quantidade e qualidade do trabalho executado. Leva-se em conta, nesse caso, o salário normalmente pago por prestações de serviços autônomos análogas quanto ao local da prestação dos serviços. No contrato a projeto, em regra, de acordo com o art. 64, inexistente o requisito da exclusividade, podendo o colaborador desenvolver sua atividade para mais de um tomador de serviços. Porém, o colaborador a

indeterminado. O segundo, do Tribunal de Milão, de 05.02.07, de igual forma, desconsidera o projeto formalizado na documentação acostada aos autos a partir do cotejo com a realidade fática apurada através de prova testemunhal, relativa ao trabalho de uma operadora de Call Center, declarando a ilegitimidade do contrato a projeto e considerando-o como subordinado.

projeto não deve desenvolver atividade em concorrência com o tomador de serviços, nem tampouco difundir informações sobre a organização do tomador.

O art. 65 estabelece que o trabalhador a projeto tem direito de ser reconhecido autor das invenções elaboradas no desenvolvimento da relação, o que é regulamentado por lei especial. Comentando esse dispositivo, Sferazza (2004, p. 103) destaca que deve haver a separação do direito moral do autor, que permanece com o trabalhador parassubordinado, e os direitos patrimoniais decorrentes das invenções, que são de propriedade da empresa.

É importante salientar que, de acordo com o art. 66, em casos de gravidez, doença ou infortúnio do colaborador a projeto, ocorre a suspensão do contrato, sem qualquer pagamento ao trabalhador. O prazo de suspensão, salvo no caso de gravidez, não resulta em prorrogação da duração do contrato, que se extingue no vencimento. No caso de gravidez, o contrato é prorrogado por cento e oitenta dias, salvo norma mais favorável do contrato individual. Por outro lado, o tomador de serviços pode rescindir o contrato se a suspensão se protraí por um período superior a um sexto da duração estabelecida no contrato.

A extinção do contrato a projeto ocorre no momento da realização do projeto ou do programa, ou fase deste, que constitui seu objeto. As partes, contudo, podem rescindir o contrato antes do término do prazo por justa causa, segundo diversas causas ou modalidades previstas no contrato individual de trabalho.

O art. 69 do Decreto Legislativo estabelece que as relações de colaboração coordenada e continuativa instaurada sem a individuação de um específico projeto, programa de trabalho ou fase deste são consideradas relações de trabalho a tempo indeterminado desde a data de constituição da relação laborativa.

Ainda o mesmo dispositivo limita a apreciação judicial das relações de trabalho a projeto, na medida em que afirma que o controle judicial é limitado, exclusivamente, ao accertamento da existência do projeto, programa de trabalho, ou fase deste. Portanto, não pode ser estendido até o ponto de entrar no mérito da avaliação das escolhas técnicas, organizativas ou produtivas, pois estas cabem ao tomador.

Sobre os limites da apreciação judicial, dispõe o inciso 3 do art. 69 do referido diploma legal:

Para fins do juízo de que trata o inciso 2, o controle judicial é limitado exclusivamente, em conformidade aos princípios gerais do ordenamento, à comprovação da existência do projeto, programa de trabalho, ou fase dele, não pode ser estendido a tal ponto de entrar no mérito de avaliações e escolhas técnicas, organizativas ou produtivas, que cabem ao tomador de serviços (tradução nossa).

Sferrazza (2004, p. 96) destaca que o artigo citado parece, por um lado, ter a intenção de garantir a liberdade constitucional de iniciativa econômica do empresário. Mas, por outro lado, poderia também ser considerado inconstitucional, na medida em que parece atribuir ao juiz somente a possibilidade de comprovar a existência ou não do projeto. Subtraísse, assim, ao judiciário a possibilidade de fazer uma diferente qualificação da relação, nos casos onde se comprove a formal existência do projeto ou programa.

Esta última leitura, contudo, não pode prevalecer. Salientando Sferrazza (2004, p. 76) que a norma deve ser mais eficazmente interpretada no sentido mais próximo do ditame constitucional, dos princípios justrabalhistas e da função própria e típica da magistratura do trabalho. Nesse aspecto, deve-se considerar que a única interpretação admissível da disposição em comento seja aquela de atribuir à subsistência do projeto um valor não decisivo, mas somente indicativo, embora relevante, especialmente com o fim de prova e do relativo ônus.

Conclui Sferrazza (2004, p. 96) que a predisposição e a identificação de um projeto, cujas prestações trabalhistas se referem a um colaborador, não serão suficientes para garantir a exclusão de possíveis diferentes qualificações jurisdicionais da relação, nas hipóteses em que a execução das mesmas prestações seja substancialmente distinta daquelas pactuadas.

Visto, em linhas gerais, o regime jurídico na Itália, passa-se, no item seguinte à análise do regime jurídico da Alemanha.

4.3.3 O tratamento jurídico na Alemanha: os quase-empregados

A Alemanha é um país localizado na Europa central, membro fundador da União Européia. Desde a reunificação, em 1990, é uma república federal parlamentarista com dezesseis Estados. Sua população é de aproximadamente 82 milhões de habitantes. É um dos países de maior densidade populacional da Europa e a principal potência econômica do continente. A Alemanha tem um setor industrial forte e uma economia diversificada, sendo a primeira produtora mundial de fibras artificiais, segunda em automóveis, quarta em navios, quinta em papel, pneus e bicicletas (TERRA; COELHO, 2005, p. 307).

A Constituição alemã não prevê direitos sociais, pois o legislador constituinte optou por não regular os direitos fundamentais sociais, limitando-se à consolidação do princípio do Estado Social. Assim, o único direito social constante da Lei Fundamental está previsto no art. 6º, segundo o qual toda mãe tem direito à proteção e assistência da comunidade. Porém, consoante ressalta Romita (2005), o princípio do Estado Social, como princípio de

determinação do objetivo do Estado, consagrado no art. 20 da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, ampara a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito do direito do trabalho, já que se orienta para a meta da justiça e garantia sociais no Estado Liberal Democrático.

O mesmo procedimento, contudo, segundo verifica Romita (2005, p. 168), não é observado pelas constituições estaduais, já que diversas delas incorporam catálogos mais ou menos extensos de direitos fundamentais econômicos e sociais. Observa, ainda, o autor que a incorporação de direitos fundamentais sociais foi especialmente marcante nas constituições de novos Estados-membros, após a reunificação ocorrida em 1990. Receberam ênfase especial os direitos ao trabalho, à habitação, à educação e formação profissional, à proteção da vida e da saúde, bem assim à remuneração adequada e férias pagas. Portanto, a proteção social encontra, na legislação alemã, consagração compatível com o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º da Constituição. Cabe ressaltar ainda que a jurisprudência do Tribunal Constitucional torna efetiva a conexão entre dignidade do homem e direitos de liberdade e igualdade.

Em análise específica, Ari Possidônio Beltran (2006) afirma que o direito do trabalho na Alemanha é o conjunto de regras jurídicas que se aplicam às pessoas que exercem um trabalho subordinado. A esse respeito, acrescenta que as condições gerais de evolução do direito do trabalho apresentam três tendências básicas: a) a existência de uma regulamentação protetora que evoluiu progressivamente, desde a industrialização, tornando-se mais complexa com o desenvolvimento técnico; b) o exercício e o desenvolvimento das negociações coletivas; c) o desenvolvimento de um direito da constituição social da empresa e da co-gestão que encontra suas origens nas comissões de trabalhadores das fábricas e nos conselhos obreiros.

Afirma ainda Beltran (2006) com base na obra de Kaufmann, Kessler e Köhler, que o direito do trabalho alemão é protetor, decorrente da situação de dependência pessoal, bem como de dependência econômica do empregado ante o empregador. Destaca também que a questão de saber em que medida o Estado deve intervir nas relações de trabalho para a elaboração de regras de direito foi regulada pela Lei Fundamental, no sentido de que as partes detêm um poder normativo autônomo (art. 9º, 3). Assim, parte-se da idéia fundamental de uma denominada "parceria social", devendo o Estado manter a neutralidade nas hipóteses de conflitos coletivos.

Nesse contexto, Beltran (2006) esclarece que a empresa moderna alemã desempenha uma função social, tendo por objetivo a democratização da vida econômica e social em reação

ao anonimato do trabalho e à mecanização do processo produtivo. Para tanto, o assalariado deve passar de um estatuto de subordinado ao de colaborador, em pé de igualdade com o empregador, podendo intervir no processo de tomada de decisão das empresas. Sobre as fontes do direito do trabalho, assinala o referido autor que muito embora o direito do trabalho esteja no domínio da legislação concorrente entre Estado Federal e local, faz parte, essencialmente, do direito federal. Porém, não se tem um Código do Trabalho. A formação de um direito autônomo decorrente das negociações, ao lado do direito decorrente da lei, tem relevante importância, tanto quanto as prescrições dos organismos de gestão de seguros de acidente do trabalho, os acordos de empresa e os acordos de serviço.

Na Alemanha, ainda segundo Beltran (2006) as autoridades administrativas competentes em matéria de direito do trabalho são, fundamentalmente: a) o Ministro Federal do Trabalho e dos Assuntos Sociais, que é a suprema instância administrativa; b) no nível de um Estado (*Land*) o Ministro do trabalho local é a suprema autoridade administrativa. Existe, ainda, as organizações profissionais dos assalariados e as organizações patronais. Embora não sejam instâncias estatais, na defesa dos interesses dos seus membros, essas organizações participam da vida econômica e social. As entidades de empregadores são organizadas por categorias e no âmbito do *Land*, sendo reagrupadas como Federações. Há, também, entidades patronais, por profissão, subdivididas em blocos regionais. Todas as organizações profissionais de empregadores pertencem à Confederação das Associações Patronais Alemãs.

Entre os extremos do trabalho com relação de emprego e o trabalho autônomo, existem diversas formas intermediárias de trabalho, expostas por Däubler (2003, p. 223). Entre elas, uma das que chama mais atenção é a do trabalhador a domicílio. Essa categoria possui uma legislação específica (HAG) que prevê, especialmente, a fixação de um piso salarial e de condições mínimas de trabalho. A necessidade de proteção prevista na lei de trabalho a domicílio, segundo o autor, baseia-se na dependência econômica.

Däubler (2003, p. 224) destaca ainda a categoria das pessoas que trabalham em situação análoga à relação de emprego. A existência dessa categoria de trabalhadores, segundo o autor, é reconhecida pela própria lei processual do trabalho, que estabelece a competência dos Tribunais do Trabalho para análise de tais casos.

Manfred Weiss (2007, p. 1), por sua vez, enfatiza que a dicotomia entre os trabalhadores autônomos excluídos da lei trabalhista e os empregados protegidos pelo direito do trabalho nunca foi bem aceita pela doutrina alemã, sendo criada a figura dos assemelhados a empregados. Estes, por um lado, de acordo com a tradicional definição de empregado,

seriam indubitavelmente autônomos, mas, por outro, sua dependência econômica demonstra serem mais parecidos a empregados do que autônomos.

A noção dos quase-empregados, conforme indica Manfred Weiss (2007, p. 1) foi desenvolvida pelos tribunais alemães levando em conta os seguintes critérios: a) os assemelhados a empregados devem cumprir seus deveres contratuais de forma pessoal, essencialmente sem a ajuda de empregos; b) a maior parte do seu trabalho deve ser feita para uma pessoa ou instituição ou mais da metade de seu sustento¹⁸⁵ deve ser pago por uma pessoa ou instituição.

Weiss (2007, p. 1) assinala, porém, a controvérsia na caracterização dos assemelhados a empregados, existindo critérios bastante fluidos. Nesse contexto, o legislador alemão, tendo em vista a necessidade de recuperar o sistema previdenciário, fez uma tentativa de integrar aqueles trabalhadores que eram juridicamente independentes mas economicamente dependentes do tomador de serviço. Tal medida foi levada a efeito em 1998, que integrou os assemelhados ao sistema da seguridade social, mas acabou sendo revogada¹⁸⁶.

Segundo Wolfgang Däubler (2003, p. 225), na verdade, o legislador não regulamentou o direito das pessoas em situação análoga à relação de emprego de modo sistematizado. Porém, existe uma série de normas esparsas sobre essa matéria, como, por exemplo, a igualdade no direito legal de férias (§2 da Lei Federal de Férias, BUrtG) e igualdade no direito à proteção no trabalho (§, Abs.1 n. 3 da Lei de Proteção ao Trabalho, ArbSchG). O autor ressalta, ainda, a igualdade na inclusão nos planos de aposentadoria das empresas, permitida pela Lei de Planos de Aposentadoria Complementar (§17, I S.2, BetrAVG) e na Lei de Negociações Coletiva (§12^a TVG), que permite a celebração de contratos coletivos, excetuando-se apenas os representantes comerciais.

Daubler (2003, p. 2205) afirma, também, que o Tribunal Federal do Trabalho aplica os preceitos relativos à proibição de concorrência de modo análogo à necessidade de proteção. Assim, sempre que se apresente uma necessidade de proteção semelhante à do trabalhador

¹⁸⁵ Weiss (2007, p. 1) ressalta que em relação aos artistas, jornalistas e escritores, as cortes alemãs criaram um critério diferenciado, sendo suficiente que mais de um terço de seu sustento seja pago pela mesma pessoa ou instituição.

¹⁸⁶ É interessante assinalar, como faz Weiss (2007), os critérios adotados pela legislação previdenciária posteriormente revogada. De acordo com a lei, a pessoa deveria ser integrada ao sistema da seguridade social se preenchesse três de cinco critérios: a) a pessoa não utiliza empregados que trabalhem quinze horas ou mais por semana, que ganhem mais de 320,00 euros; b) a pessoa trabalha permanentemente e primariamente para um parceiro contratual; c) o serviço desempenhado pelo trabalhador é normalmente elaborado por empregados do tomador de serviços; d) o trabalho não mostra características típicas de atividades empresariais; e) a atividade corresponde à atividade anteriormente desenvolvida pelo trabalhador na condição de empregado. Assim, se três dos cinco critérios fossem preenchidos, haveria uma presunção legal que levaria à inserção no regime da seguridade social, havendo possibilidade, contudo, de prova em contrário.

assalariado, devem ser aplicados os princípios do direito do trabalho, tanto os que protegem o trabalhador, quanto aqueles que estabelecem o dever de fidelidade e não concorrência ao empregador.

Supiot et al (1999, p. 53) acrescentam que uma parte da doutrina alemã propõe ampliar a noção de trabalho por conta alheia. Assim, a necessidade de proteção não estaria vinculada à sujeição, mas ao fato de o trabalhador depender economicamente de apenas um empresário. Essa dependência econômica poderia ser caracterizada pelo seguintes elementos: a) trabalho realizado pessoalmente, sem ajuda de colaboradores; b) trabalho realizado por conta de um só empresário; c) trabalho realizado sem capitais próprios; d) trabalho integrado em uma organização alheia¹⁸⁷.

4.3.4 A dependência econômica como critério para aplicação de princípios do Código do Trabalho em Portugal

Portugal, oficialmente República Portuguesa, é um país continental situado no sudoeste da Europa, na zona Ocidental da Península Ibérica e no Atlântico Norte, sendo a nação mais ocidental da Europa. O território de Portugal compreende a parte continental e as regiões autônomas: os arquipélagos dos Açores e da Madeira. Sua área total é de 92.391 km².

Desde 1985, o país entrou num processo de modernização, num ambiente bastante estável, tendo ingressado na União Européia em 1986. O crescimento econômico português esteve acima da média da União Européia na maior parte da década de 1990. Portugal costuma ser referido como um país em que o mercado de trabalho é bastante regulado. Nesse sentido, Kóvacs (2004, p. 63) afirma que as formas flexíveis de emprego são ainda minoritárias se comparadas com a proporção de empregos com contratos de duração indeterminada. Contudo, atualmente, constituem uma via de acesso normal para a integração no mercado de trabalho.

¹⁸⁷ Supiot et al (1999, p. 53) apontam que essa tese foi acolhida por alguns tribunais alemães, em especial pelo Tribunal Laboral de Apelação de Colônia, em uma decisão de 1996. Segundo os termos desta decisão, a noção tradicional de trabalho assalariado utilizada pelo Tribunal Federal do Trabalho, que se baseia sobretudo no grau de subordinação do trabalhador e tem em consideração, principalmente, o fato de ter um horário de trabalho determinado pelo empresário já não pode bastar para garantir o respeito aos direitos fundamentais. Os autores acrescentam que o Tribunal do Trabalho de Nuremberg também adotou o critério da subordinação econômica em um caso relativo a uma empregada de seguros, em 31 de Julho de 1996. Considerando que essa empregada não estava em condições de operar no mercado com seu capital e sua própria organização, o Tribunal a qualificou como trabalhadora assalariada.

A Constituição da República Portuguesa garante a todos os trabalhadores os direitos insculpidos no seu art. 59. Nesse sentido, dá especial destaque à necessidade de observância da dignidade da pessoa humana. Com esse objetivo, determina a alínea a do item 1 do art. 59 que é direito do trabalhador a retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que, para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna. A alínea b, por sua vez, dispõe sobre a organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, de forma propiciar a realização pessoal e a permitir a conciliação da atividade profissional com a vida familiar.

O mesmo art. 59 estabelece o direito à prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde, bem como ao repouso e ao lazer, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas. Prevê também a assistência material em situação de desemprego e o direito à assistência e justa reparação, quando os trabalhadores são vítimas de acidente de trabalho ou de doença profissional.

Tal caráter protecionista, expresso na constituição, vem refletir na normativa infraconstitucional pertinente às relações de trabalho. O Código do Trabalho Português (Lei nº. 99/2003) estabelece, em seu art. 12º, que se presume a existência de um contrato de trabalho sempre que o prestador esteja na dependência e inserido na estrutura organizativa do beneficiário da atividade. Além disso, deve realizar a sua prestação sob ordens, direção e fiscalização deste último, mediante retribuição¹⁸⁸. Conforme ressalta Mannrich (2007, p. 160), a presunção da existência de contrato de trabalho resulta do preenchimento cumulativo de todos os requisitos, ou seja, da inserção do trabalhador na estrutura organizativa do beneficiário, do trabalho realizado na empresa beneficiária ou em local por ela controlado e que os instrumentos de trabalho sejam essencialmente controlados pelo beneficiário da atividade.

¹⁸⁸ O artigo 12.º Código do Trabalho Português, com a redação dada pela Lei nº. 9/2006, estabelece que “presume-se que existe um contrato de trabalho sempre que o prestador esteja na dependência e inserido na estrutura organizativa do beneficiário da atividade e realize a sua prestação sob ordens, direção e fiscalização deste último, mediante retribuição. A redação originária, muito criticada, dispunha que presume-se que as partes celebraram um contrato de trabalho sempre que, cumulativamente: a) o prestador de trabalho esteja inserido na estrutura organizativa do beneficiário da atividade e realize a sua prestação sob as orientações deste; b) o trabalho seja realizado na empresa beneficiária da atividade ou em local por esta controlado, respeitando um horário previamente definido; c) o prestador de trabalho seja retribuído em função do tempo despendido na execução da atividade ou se encontre numa situação de dependência econômica face ao beneficiário da atividade; d) os instrumentos de trabalho sejam essencialmente fornecidos pelo beneficiário da atividade; e) a prestação de trabalho tenha sido executada por um período, ininterrupto, superior a 90 dias. Em razão das críticas sofridas, foi, consoante ressalta Gomes (2007, p. 143) o primeiro dispositivo do código, no âmbito das relações individuais, a ser alterado.

Trata-se, porém, conforme observa o citado autor, de presunção relativa, portanto passível de elisão pelo empregador. Por outro lado, o art. 5º do Decreto-Lei nº. 328/93, que estabelece o Regime Geral da Segurança Social dos Trabalhadores, presume-se sem subordinação a atividade prestada quando presente uma das seguintes circunstâncias: a) o trabalhador tenha a faculdade de escolher os processos e meios a utilizar, sendo estes, total ou parcialmente de sua propriedade; b) o trabalhador não se encontre sujeito a horário ou a períodos mínimos de trabalho, salvo quando tal resulte da direta aplicação das normas do trabalho; c) o trabalhador possa subcontratar outros para a execução do trabalho; d) a atividade do trabalhador não se insira na estrutura do processo produtivo, na organização do trabalho ou na cadeia hierárquica da empresa; e) a atividade do trabalhador constitua elemento accidental na organização e no desenvolvimento dos objetivos da atividade empregadora.

Comentando o art. 12º do Código do Trabalho Português, Pedro Romano Martinez (2007, p. 320) afirma que, na realidade, o dispositivo não trata de presunção, mas sim de reiteração dos requisitos para configuração da relação de emprego. Apenas acrescenta a previsão de inserção do trabalhador na estrutura organizativa e dependência econômica. Esses últimos requisitos são entendidos pelo autor como indícios da existência de subordinação jurídica.

Com efeito, a leitura do art. 12º do Código do Trabalho demonstra que se exige, para que a presunção tenha efeito, um critério probatório quase idêntico ao reconhecimento do vínculo empregatício em si. Assim, considerando-se que as presunções são geralmente concebidas como um meio de facilitar a prova de determinados fatos, tem-se que, no caso sob análise, a dicção do art. 12º do Código do Trabalho Português é uma reiteração mais explicitada e didática dos próprios requisitos para configuração da relação de emprego.

Há que se ressaltar, porém, na esteira de Júlio Gomes (2007, p. 144), a necessidade de se fazer uma leitura do art. 12º do Código do Trabalho Português que não esvazie o seu sentido útil. Assim, a demonstração da subordinação jurídica seria mais quantitativa do que qualitativa, bastando comprovar, além dos outros requisitos da dependência econômica, da retribuição e da inserção na estrutura organizativa do beneficiário da atividade, que o trabalhador está sujeito a ordens na execução da sua prestação e ao controle e fiscalização da sua atividade para se presumir a existência de um contrato de trabalho. Dessa forma, embora se continue a exigir um esforço significativo de prova, dá-se um conteúdo útil ao dispositivo legal analisado, para facilitar a produção da prova.

Já em seu art. 13º, o Código do Trabalho Português determina que ficam sujeitos aos princípios nele definidos, em especial quanto a direitos de personalidade, igualdade e não-

discriminação, segurança, higiene e saúde no trabalho, os contratos que tenham por objeto a prestação de trabalho, sem subordinação jurídica, sempre que o trabalhador deva considerar-se na dependência econômica do beneficiário da atividade¹⁸⁹. Nesse sentido, a legislação estabelece a noção de contrato equiparado ao de emprego, que é justamente o contrato de prestação de serviços no qual o prestador é economicamente dependente.

Discorrendo sobre o referido dispositivo, Júlio Manoel Vieira Gomes (2007, p. 191) esclarece que o escopo do art. 13º do Código do Trabalho Português não é criar um terceiro gênero, ou seja, uma categoria intermediária entre o trabalhador subordinado e os contratos de prestação de serviços. Na visão do autor, a lei estabelece apenas que certos contratos de prestação de serviços ou de trabalho, em razão da dependência econômica do prestador do serviço, podem ficar sujeitos aos princípios definidos no código. Acrescenta o citado autor que a menção aos específicos direitos mencionados no art. 13º é meramente exemplificativa. Dessa forma, deverão ser aplicados aos contratos em que o prestador de serviços é economicamente dependente todos os princípios gerais do direito do trabalho.

No contexto da igualização de direitos dos trabalhadores, embora relacionada à discriminação étnica e racial, merece destaque a Lei nº. 18/2004, de 11 de maio de 2004, que transpõe para a ordem jurídica portuguesa a Diretiva nº. 2000/43 do Conselho da Comunidade Européia, de 29 de junho, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica. Tem, portanto, por objetivo estabelecer um sistema jurídico para o combate à discriminação baseada em motivos de origem racial ou étnica¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Tal dispositivo vem gerando críticas por parte da classe patronal, devendo ser destacada a posição comum das confederações patronais sobre a revisão da legislação do trabalho em Portugal, que vem compilada no anexo desta tese. Especificamente sobre o tema dos contratos de trabalho equiparados, foi expressa a posição empresarial sobre o art. 13 do Código do Trabalho nos seguintes termos: “As constantes mutações a que está atualmente sujeita a atividade econômica determinam a necessidade de as empresas adotarem formas flexíveis de contratação. Neste contexto, a equiparação a contrato de trabalho, e a conseqüente sujeição aos princípios do Código, de todos os contratos que tenham por objeto a realização de prestações, sem subordinação jurídica, ainda que o trabalhador se deva considerar na dependência econômica do beneficiário da atividade, não obedece a um mínimo de razoabilidade, antes se revelando absolutamente desajustada e inconveniente. Com tal equiparação, fica totalmente esbatida a fronteira entre o contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviços, inibindo-se o recurso a este último tipo de contrato e, assim, se privando as empresas de um instrumento eficaz e flexível para a respectiva gestão. É indispensável, por isso, a revogação desta equiparação”.

¹⁹⁰ Estabelece o art. 2º da Lei nº. 18/2004 que :“A presente lei é aplicável, tanto no sector público como no privado: a) à proteção social, incluindo a segurança social e os cuidados de saúde; b) aos benefícios sociais; c) à educação; d) ao acesso e fornecimento de bens e prestação de serviços postos à disposição do público, incluindo a habitação. 2 - A matéria relativa à não discriminação no contrato de trabalho, nos contratos equiparados e na relação jurídica de emprego público, independentemente de conferir a qualidade de funcionário ou agente da Administração Pública, é regulada em diploma próprio. 3 - A aplicação da presente lei não prejudica as diferenças de tratamento baseadas na nacionalidade ou nas disposições e condições que regulam a entrada e residência de nacionais de países terceiros e de apátridas no território nacional nem qualquer tratamento que decorra do respectivo estatuto jurídico”.

Os direitos dos trabalhadores equiparados ou economicamente dependentes vêm estabelecidos em diversos dispositivos do Código do Trabalho Português. Entre eles, pode-se citar a liberdade de expressão e de opinião. Nesse aspecto, o art. 15º estabelece que é reconhecida no âmbito da empresa a liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião, com respeito dos direitos de personalidade do trabalhador e empregador e do normal funcionamento da empresa. O Código assegura, também, no art. 16º, a reserva da intimidade da vida privada, pois o empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes guardar reserva quanto à intimidade da vida privada. Esse direito à reserva da intimidade da vida privada abrange tanto o acesso como a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes.

No que tange à proteção contra a discriminação, dentre outras regras, o tomador de serviços, a teor do art. 23º do Código do Trabalho, não pode praticar qualquer discriminação, direta ou indireta, baseada, nomeadamente, na ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, patrimônio genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crônica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical.

Quanto à segurança, higiene e saúde no trabalho, o Código do Trabalho, a partir do art. 272º, estabelece que o trabalhador tem direito à prestação de trabalho em condições de segurança, higiene e saúde asseguradas pelo empregador. Estabelece também que o empregador é obrigado a organizar as atividades de segurança, higiene e saúde no trabalho que visem à prevenção de riscos profissionais e a promoção da saúde do trabalhador.

Em relação a acidentes de trabalho, a Lei nº. 2.127/65 estabelece que têm direito à reparação os trabalhadores por conta de outrem, em qualquer atividade, seja ou não explorada com fins lucrativos. Consideram-se trabalhadores por conta de outrem os vinculados por contrato de trabalho ou contrato legalmente equiparado. São, também, desde que devam considerar-se na dependência econômica da pessoa servida, os aprendizes, os tirocinantes e os que, em conjunto ou isoladamente, prestem determinado serviço. Especificamente em relação à dependência econômica, o art. 12º, item 3, do Decreto-Lei 143/99 estabelece que, quando a lei não impuser tratamento diferente, presume-se que o trabalhador encontra-se na dependência econômica da pessoa em proveito da qual presta serviços.

O art. 13 do Código do Trabalho Português é regulamentado pelo capítulo III da Lei nº. 35/04. A partir do art. 14 da citada lei, tem-se a definição de que o ali disposto aplica-se aos contratos que tenham por objeto a prestação de atividade realizada, sem subordinação jurídica, no domicílio ou em estabelecimento do trabalhador. Aplica-se também aos contratos

em que o trabalhador compra as matérias-primas e fornece por certo preço ao vendedor delas o produto acabado, sempre que num ou noutro caso o trabalhador deva considerar-se na dependência econômica do beneficiário da atividade.

A definição do contrato de trabalho equiparado abrange também, nos termos do item 3 do art. 14 da Lei 35/04 a situação em que, para um mesmo beneficiário da atividade, vários trabalhadores, sem subordinação jurídica nem dependência econômica entre si, até o limite de quatro, executam as respectivas incumbências no domicílio de um deles. É interessante notar que a regulamentação traz regra específica sobre a pessoalidade da prestação dos serviços, na medida em que estabelece no item 5 do art. 14º que é vedada ao trabalhador no domicílio ou estabelecimento a utilização de ajudantes, salvo tratando-se de membros do seu agregado familiar.

O art. 15º prescreve que o beneficiário da atividade deve respeitar a privacidade do trabalhador e os períodos de descanso e de repouso do agregado familiar. Assim, a visita ao local de trabalho pelo beneficiário da atividade apenas deve ter por objeto o controle da atividade laboral do trabalhador e do respeito das regras de segurança, higiene e saúde, bem como dos respectivos equipamentos. Essa visita apenas pode ser efetuada em dia normal de trabalho, entre as nove e as dezenove horas, com a assistência do trabalhador ou de pessoa por ele designada. Para que seja feita, nos termos do item 3 do art. 15º, o beneficiário da atividade deve informar o trabalhador sobre a visita ao local de trabalho, com a antecedência mínima de vinte e quatro horas.

O art. 15º também fixa deveres para o trabalhador, que está obrigado a guardar segredo sobre as técnicas e modelos que lhe estejam confiados, bem como a observar as regras de utilização e funcionamento dos equipamentos. Além disso, no exercício da sua atividade, o trabalhador não pode dar às matérias-primas e equipamentos fornecidos pelo beneficiário da atividade uso diverso do inerente ao cumprimento da sua prestação de trabalho. Por outro lado, a formação profissional, nos termos do artigo 17º da Lei 35/04, deve ser propiciada pelo beneficiário da atividade de forma similar à dada a trabalhador que realize idêntica atividade na empresa em cujo processo produtivo se insere a atividade.

A atividade dos trabalhadores em domicílio deve ser registrada, nos termos do art. 19º da Lei nº. 35/04. Nesse sentido, exige que o beneficiário da atividade deve manter no estabelecimento em cujo processo produtivo se insere a atividade, permanentemente atualizado, um registro dos trabalhadores no domicílio. Nesse registro, devem constar, obrigatoriamente, dados como o nome e endereço do trabalhador, o local do exercício da atividade, o número de beneficiário da segurança social, o número da apólice de seguro de

acidentes de trabalho, a data de início da atividade, o tipo da atividade exercida, bem como as incumbências e respectivas datas de entrega e das importâncias pagas.

O art. 20º da Lei nº. 35/99 estabelece que se deve atender ao tempo médio de execução do bem ou do serviço e à retribuição estabelecida em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho aplicável a idêntico trabalho subordinado prestado no estabelecimento em cujo processo produtivo se insere a atividade realizada ou, na sua falta, à retribuição mínima mensal garantida. Esse tempo médio é conceituado pela própria lei como aquele que normalmente seria despendido na execução de idêntico trabalho prestado no estabelecimento em cujo processo produtivo se insere a atividade.

Nos termos do art. 22º da citada lei, a suspensão do contrato ou a redução da atividade prevista, por motivo imputável ao beneficiário da atividade, que não seja recuperada nos três meses seguintes confere ao trabalhador o direito a uma compensação pecuniária. Essa compensação deve equivaler à metade da remuneração correspondente ao período em falta ou, não sendo possível a sua apuração, à metade da remuneração média, calculada levando-se em conta a média das remunerações auferidas nos últimos 12 meses ou nos meses de execução do contrato, caso seja de duração inferior.

Nos termos do art. 23º, n. 3, qualquer das partes pode, mediante comunicação escrita, rescindir o contrato, por motivo de descumprimento, sem aviso prévio. Por outro lado, o beneficiário da atividade pode, mediante comunicação escrita, resolver o contrato por motivo justificado que não lhe seja imputável nem ao trabalhador. Nesse caso, deve conceder o prazo mínimo de aviso prévio de sete, trinta ou sessenta dias, conforme a execução do contrato tenha durado até seis meses, até dois anos ou por período superior, respectivamente.

Ainda de acordo com o art. 23º, n. 5, o trabalhador no domicílio pode, mediante comunicação escrita, denunciar o contrato, desde que conceda o prazo mínimo de aviso prévio de sete ou quinze dias, consoante o contrato tenha durado até seis meses ou mais de seis meses, respectivamente. Excetua-se, porém, a hipótese de trabalho pendente de execução, caso em que prazo é fixado para o termo da execução com o máximo de trinta dias.

A inobservância do prazo de aviso prévio por qualquer das partes confere à outra, nos termos do art. 24, o direito a uma indenização equivalente à remuneração correspondente ao período de aviso prévio em falta. Por outro lado, a insubsistência dos motivos alegados pelo beneficiário da atividade para resolução do contrato confere ao trabalhador o direito a uma indenização igual a sessenta ou cento e vinte dias de remuneração, consoante o contrato tenha durado até dois anos ou mais de dois anos, respectivamente. Essa indenização é

calculada levando-se em conta a média das remunerações auferidas nos últimos doze meses ou nos meses de execução do contrato, caso seja de duração inferior.

Outra disposição que merece destaque é aquela inserida no artigo 26º da Lei nº35/04. Esse dispositivo prescreve que o trabalhador no domicílio e o beneficiário da atividade ficam abrangidos, como beneficiário e contribuinte, respectivamente, pelo regime geral de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem, nos termos previstos em legislação especial.

Por fim, a competência para o julgamento dos dissídios decorrentes dos contratos equiparados ao de trabalho é, no ordenamento jurídico português, da mesma forma que no brasileiro, dos Tribunais do Trabalho, consoante está disposto no art. 85, alínea f, da Lei nº. 3/99, que cuida da organização e funcionamento dos Tribunais Judiciais em Portugal.

4.4 O direito estrangeiro enquanto fonte de inspiração para o tratamento jurídico do trabalhador autônomo economicamente dependente

Conforme foi visto, procurou-se, no presente capítulo, pesquisar o tratamento jurídico concedido ao trabalhador em sentido amplo nos países analisados. Essa abordagem foi empreendida com dois objetivos principais: a) buscar subsídios para individualizar a categoria jurídica que deve merecer atenção específica; b) extrair elementos para estabelecer o regime jurídico de tal categoria.

O exame efetivado permite demonstrar que a dependência econômica vem sendo utilizada como fator importante para individualização da categoria classificada como trabalhador autônomo economicamente dependente. Isto permite verificar que o primeiro objetivo pretendido encontra-se alcançado pela delimitação de tal categoria. Por outro lado, várias soluções adotadas pelos países podem ser compatibilizadas com o direito brasileiro. Significa dizer que servirão de fonte de inspiração para elaboração da proposta de anteprojeto de regulamentação do trabalho autônomo economicamente dependente, justamente o segundo objetivo ao qual este capítulo pretendeu chegar.

Assim, no capítulo 6, várias soluções aqui apresentadas serão utilizadas para a elaboração do anteprojeto ali exposto. Antes, porém, é importante analisar o tratamento constitucional brasileiro sobre a matéria, através da fixação dos direitos fundamentais trabalhistas, o que se empreende no capítulo seguinte.

5 HERMENÊUTICA CONCRETIZADORA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A PROTEÇÃO AOS TRABALHADORES AUTÔNOMOS ECONOMICAMENTE DEPENDENTES

Após as análises empreendidas no capítulo anterior, relativas ao tratamento jurídico estrangeiro atribuídos aos contratos de trabalho de natureza não empregatícia, verificam-se semelhanças entre os sistemas, que procuram conceder um regime protetivo intermediário às categorias não abrangidas pela relação de emprego clássica.

Considerando-se que, no Brasil, inexistente legislação regulamentadora sistematizada de direitos intermediários a tais categorias e levando-se em conta, também, a necessidade de pronta proteção a essas categorias, esta tese procura, a partir desses subsídios, apresentar uma proposta de tratamento jurídico para os contratos de trabalho não enquadrados na relação de emprego. E o faz com base na interpretação dos próprios direitos e princípios fundamentais da Constituição de 1988. Independentemente da proposta de alteração legislativa a ser elaborada no capítulo seguinte, o que se pretende é fixar a possibilidade de reconhecimento imediato dos direitos fundamentais trabalhistas aos trabalhadores sem vínculo empregatício.

À primeira vista, poderia parecer que, se os direitos fundamentais já são extraídos da constituição, não teria sentido a elaboração de uma lei específica para o tratamento da categoria intermediária entre os empregados e os autônomos. Ocorre que uma lei com esse objetivo é essencial por vários motivos. Em primeiro lugar, porque vários direitos fundamentais necessitam da adequada regulamentação, a ser procedida mediante lei. Ademais, sabe-se que a criação de estatuto próprio facilita a aplicação, mesmo dos direitos já bastantes em si da constituição, já que num país de tradição positivista como o nosso a explicitação legal dos direitos fundamentais funciona como instrumento para assegurar sua aplicabilidade. Por fim, existe o fato de a constituição estabelecer apenas os direitos fundamentais, que podem ser ampliados via legislação ordinária.

Por tais motivos, o anteprojeto de lei, constante do anexo e explicado no capítulo 6 desta tese, é essencial, muito embora vários direitos fundamentais possam ser extraídos diretamente da constituição, independentemente de qualquer alteração legislativa, conforme será visto neste capítulo. Assim, a grande contribuição a ser apresentada é a fixação do núcleo essencial dos direitos fundamentais trabalhistas. Tais direitos seriam aplicáveis a todas as categorias, não apenas ao empregados subordinados juridicamente.

O capítulo divide-se em seis partes. Na primeira, apontam-se os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e as relações de trabalho. Na segunda e terceira abordam-se, respectivamente, os princípios fundamentais insertos nos art. 1º e 5º da Constituição Federal. Na quarta, analisa-se pormenorizadamente o art. 7º, enquanto na quinta cuida-se do artigo 8º e seguintes, precisamente dos direitos fundamentais trabalhistas de índole coletiva. Na última, procede-se à análise da aplicação dos direitos fundamentais trabalhistas ao trabalhador autônomo economicamente dependente.

5.1 Direitos trabalhistas fundamentais

Os direitos trabalhistas fundamentais estão previstos em diversos instrumentos supranacionais¹⁹¹, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais da Organização Internacional do Trabalho e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, celebrada em 1948, estabelece, em seu art. 23, que toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego. Prevê, ainda, a igualdade de condições salariais, bem como uma remuneração equitativa e satisfatória, que permita ao trabalhador e à sua família uma existência digna. Ainda no mesmo dispositivo, a Declaração estabelece que toda pessoa tem o direito de fundar, com outras pessoas, sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses. Já no art. 24, a Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê que “toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas”.

¹⁹¹ Tratado internacional, na definição de Saulo José Casali Bahia (2000, p. 3) é um “acordo de vontades entre pessoas de direito internacional, regido pelo direito das gentes”. É bastante comum, porém, o uso de diversas expressões correspondendo ao vocábulo, de forma que a palavra é entendida como um termo genérico. Aponta que “deve-se preferir o vocábulo convenção para designar os tratados do tipo normativo, que estabeleçam normas gerais em determinado campo”. O autor demonstra diversas outras denominações: o termo “acordo”, “ajuste” ou “convênio” é utilizado quando o objeto do tratado encontra-se no campo cultural, comercial, financeiro ou econômico. Já “acordo de sede” refere-se a “tratados que cuidem da instalação de uma organização internacional no território de um Estado qualquer”. Acordos executivos, por seu turno, são “os tratados celebrados de modo unifásico, sem participação do Legislativo nos países onde a mesma é, a princípio, exigida”. Concordatas, por outro lado, são os “tratados firmados com a Santa Sé cujo objeto tenha cunho religioso”. O termo “Declaração”, por sua vez, embora existam exceções, “é reservado ao tratado que signifique manifestação de acordo sobre certas questões. Enumerando muitas vezes princípios, é bastante discutível o valor jurídicos desses tratados. Pode também servir para o fim de interpretar algum tratado anteriormente celebrado, notificar um acontecimento ou certas circunstâncias ou servir de anexo a um tratado”. Protocolo, por seu turno, trata-se de um tratado complementar ou suplementar a outro, termo que também pode significar a ata de uma conferência. Os termos “pacto”, “carta”, “constituição” ou “estatuto”, por seu turno, são aqueles utilizados “quando se trata de criar ou estruturar uma organização internacional” (BAHIA, 2000, p. 8-10)

Ainda tratando de direitos trabalhistas fundamentais, o art. 25 da Declaração afirma que toda pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar. Tem também direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou em outros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade.

Cumpra, ainda, destacar a Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho¹⁹², publicada em 1998. Trata-se de declaração que se aplica a todos os países membros daquela organização internacional, entendendo-se que ditos países têm um compromisso que se deriva de sua mera filiação à Organização. Por esse compromisso, os Estados signatários devem respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais. Especificamente, a Declaração da OIT estabelece, no seu item 2, os seguintes direitos fundamentais trabalhistas: a) liberdade de associação e a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; b) eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; c) abolição efetiva do trabalho infantil; d) eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Por sua vez, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁹³ - aprovado na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova York, em 19 de dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil, em 24 de janeiro de 1992 - estabelece, em especial em seus arts. 6º a 9º, uma série de direitos fundamentais trabalhistas¹⁹⁴.

¹⁹² O inteiro teor da Declaração encontra-se no anexo desta tese.

¹⁹³ Ver conteúdo do pacto no anexo desta tese.

¹⁹⁴ Art. 6º - 1. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito. 2. As medidas que cada estado-parte no presente Pacto tomará, a fim de assegurar o pleno exercício desse direito, deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguadem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais. Art. 7º - Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente: a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: i) um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles, por trabalho igual; ii) uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto; b) Condições de trabalho seguras e higiênicas; c) A igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo, de trabalho e de capacidade; d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados. Art. 8º - 1. Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir: a) O direito de toda pessoa de fundar com outros sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública ou para proteger os direitos e as liberdades alheias; b) O direito dos sindicatos de

A esse respeito, Piovesan (2007, p. 175) anota que o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece direitos endereçados aos Estados, os quais, contudo, seriam em tese programáticos. Porém, adverte a autora que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tem enfatizado o dever dos Estados-partes de assegurar, ao menos, o núcleo essencial mínimo relativamente a cada direito enunciado no pacto, cabendo ao Estado o dever de respeitar, proteger e implementar tais direitos (PIOVESAN, 2007, p. 177).

Outro diploma a ser destacado é a Declaração Sociolaboral do Mercosul¹⁹⁵, firmada em 10 de dezembro de 1998. Nela foram estabelecidos os princípios e direitos na área do trabalho, que se configuram como direitos fundamentais a serem respeitados pelos estados signatários. A Declaração estabelece, inicialmente, o princípio da não-discriminação. Seu art. 1º prescreve que todo trabalhador tem garantida a igualdade efetiva de direitos, tratamento e oportunidades no emprego e ocupação, sem distinção ou exclusão por motivo de raça, origem nacional, cor, sexo ou orientação sexual, idade, credo, opinião política ou sindical, ideologia, posição econômica ou qualquer outra condição social ou familiar, em conformidade com as disposições legais vigentes.

A partir do art. 2º, a Declaração cuida da promoção de igualdade, inicialmente relativa às pessoas portadoras de necessidades especiais para que tenham a possibilidade de desempenhar uma atividade produtiva. Estabelece, em seguida, a igualdade de tratamento e oportunidades entre mulheres e homens e entre trabalhadores nacionais e migrantes. Cuida, ainda, da eliminação do trabalho forçado, bem como das medidas para se coibir o trabalho infantil. Garante, além disso, os direitos coletivos, em especial a liberdade de associação, liberdade sindical e negociação coletiva, sendo, também, assegurado o direito de greve.

Em seu art. 7º, estabelece que o empregador tem o direito de organizar e dirigir econômica e tecnicamente a empresa, em conformidade com as legislações e as práticas

formar federações ou confederações nacionais, e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas; c) O direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas; d) O direito de greve, exercido em conformidade com as leis de cada país. 2. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos pelos membros das Forças Armadas, da Polícia ou da Administração Pública. 3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que os Estados-partes na Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam - ou a aplicar a lei de maneira a restringir - as garantias previstas na referida Convenção. Art. 9º - Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social.

¹⁹⁵ O inteiro teor da Declaração encontra-se no anexo desta tese. O Mercado Comum do Sul – Mercosul - é composto por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Criado em 1991, tem como objetivos a adoção de políticas de integração econômica e comercial, a instalação de uma zona de livre comércio, a eliminação de barreiras alfandegárias e a união aduaneira (TERRA; COELHO, 2005, p. 98).

nacionais. Dispõe, em seu art. 12, sobre a promoção e desenvolvimento de procedimentos preventivos e de autocomposição de conflito. No art. 13, estimula o diálogo social, estabelecido no art. 13, ao diálogo social, a partir da instituição de mecanismos efetivos de consulta permanente entre representantes dos governos, dos empregadores e dos trabalhadores, a fim de garantir, mediante o consenso social, condições favoráveis ao crescimento econômico sustentável e com justiça social da região e a melhoria das condições de vida de seus povos. Ocupa-se, ainda, do fomento ao emprego, da proteção aos desempregados e da formação profissional e desenvolvimento dos recursos humanos, consagrando, no art. 17, o direito à saúde e à segurança no trabalho.

Além dos tratados mencionados, podem-se extrair diretamente da Constituição brasileira os direitos trabalhistas fundamentais. Neste sentido, Murilo Oliveira (2006, p. 202) aponta a necessidade de se criar uma tutela mínima para todo tipo de trabalho, independentemente do vínculo existente ou contratado. A base de tal proposta encontra-se na noção de que o homem trabalhador tem direitos fundamentais no trabalho, que não provêm dos direitos obrigacionais, mas sim da sua condição humana.

Acrescenta Oliveira (2006, p. 202) que o próprio artigo 7º da Constituição Federal poderia servir de parâmetro para uma tutela mínima destinada a todo trabalhador, apontando, especificamente os seguintes incisos: jornadas máximas (XIII e XIV); repouso semanal (XV); licença-maternidade e licença-paternidade (XVIII e XIX); proteção ao mercado de trabalho da mulher (XX); meio ambiente saudável (XXI); aposentadoria (XXIV); proteção em face da automação (XXVII); isonomia salarial (XXX); não discriminação (XXXI e XXXII); limitações ao trabalhador do menor (XXXIII).

Enfatiza o autor que, no tocante à remuneração, há que se pensar em uma contraprestação mínima, que implemente a idéia de que nenhum trabalho poderá ser remunerado em valores inferiores ao salário mínimo. De outro lado, pugna pela redução da jornada de trabalho com manutenção do salário e a vedação do labor extraordinário.

Romita (2005, p. 405), por seu turno, aponta sua visão sobre os direitos fundamentais do trabalhador: direitos da personalidade, liberdade ideológica, liberdade de expressão e informação, igualdade de oportunidades e de tratamento, não-discriminação, idade mínima de admissão ao emprego, salário mínimo, saúde e segurança do trabalho, proteção contra a despedida injustificada, direito ao repouso, direito de sindicalização, direito de representação dos trabalhadores e sindical na empresa, direito à negociação coletiva, direito de greve e direito ao meio ambiente de trabalho saudável.

De plano, pode-se verificar que o conteúdo dos direitos fundamentais do trabalhador é objeto de polêmica entre os autores. Com o objetivo de fixar o núcleo essencial dos direitos fundamentais trabalhistas, os itens que se seguem buscam analisar os direitos fixados na Constituição Federal para, posteriormente, extrair os *standards* mínimos de proteção aos trabalhadores.

5.2 Princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e as relações de trabalho

No capítulo 2 desta tese, o tema relativo à dignidade da pessoa humana foi desenvolvido em termos gerais, sem a ligação com o mundo do trabalho. Este item busca vincular o direito do trabalho ao princípio da dignidade da pessoa humana estabelecendo a idéia do direito ao trabalho digno. Conforme foi visto no capítulo 2, a proteção formal ao trabalho, pela via da relação de emprego, já não é mais a forma preponderante de inserção econômico-social dos trabalhadores no mercado de trabalho. Com efeito, novas figuras jurídicas surgem para fazer frente ao grande fenômeno da globalização e do desemprego.

Conforme salienta Rodolfo Capón Filas (2007, p. 1), a necessidade de proteger o trabalho em suas diversas formas é consequência da dignidade humana e deve ser buscada na própria essência do homem. Lembra o autor que o trabalho não é uma realidade em si, como o capital, mas uma realidade no homem. Desta forma, não existe o trabalho, mas sim o homem que trabalha. Nesse sentido, anota que “homem que trabalha” deve ser protegido legalmente porque sua sorte interessa a toda sociedade a tal ponto que essa mesma sociedade pode ser valorada de acordo com seus níveis éticos elementares a partir do modo como trata a quem trabalha.

O direito ao trabalho digno significa, no entendimento de Gabriela Delgado (2006, p. 228), que as relações de trabalho que formalmente não se amoldem ao direito do trabalho clássico também precisam ser reconhecidas como objeto de efetiva tutela jurídica. Segundo a autora, uma das sugestões para a efetiva tutela jurídica dessas categorias é a criação, pelo Estado, de uma renda social garantida, tendo em vista que esses trabalhadores em geral recebem rendas instáveis. Ainda sobre o que significa trabalho digno, Delgado (2006, p. 229) assinala a necessidade de fixação de um valor mínimo de trabalho-hora, além da adoção da irredutibilidade dessa contraprestação. Lembra, porém, que tratando-se de trabalhador que labora para público variado e indefinido, o essencial é a filiação à Previdência Social, razão pela qual indica a necessidade de políticas públicas de inclusão social neste sentido.

Romita (2005, p. 253) destaca que se pode atribuir aos direitos sociais a característica de manifestações dos direitos fundamentais de liberdade e de igualdade material. Segundo esclarece, vistos em sua vertente prestacional, tais direitos têm por objetivo assegurar ao trabalhador proteção contra necessidades de ordem material, além de garantir-lhe uma existência digna.

5.3 Princípios fundamentais insertos no art. 1º da Constituição Federal

Estabelece o art. 1º da Constituição que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento, dentre outros ali discriminados, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

A valorização do trabalho humano já fazia parte da tradição constitucional brasileira. Já na Constituição de 1946, o art. 145 estabelecia que a ordem econômica “deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”. Essa mesma linha foi seguida pela Constituição de 1967 e pela Emenda Constitucional de 1969.

Na atual Constituição, os valores social do trabalho e da livre iniciativa vêm no mesmo inciso IV do art. 1º. Isso já demonstra a necessidade de ponderação de princípios e valores, tema que é a tônica do atual estágio de estudos da aplicação dos direitos fundamentais, que se aplicam com base em ponderação de princípios e valores muitas vezes conflitantes, consoante foi visto no capítulo 2.

Ainda como fundamento inserido no art. 1º da Constituição, destaca-se o pluralismo político. De acordo com Silva Neto (2005, p. 25), o pluralismo político é o fundamento do Estado brasileiro que viabiliza a coexistência pacífica de centros coletivos irradiadores de opiniões, atitudes e posições diversas, tendentes a influenciar na formação da vontade política. Diferencia-se, assim, do pluripartidarismo, previsto no art. 17 da Constituição. O pluralismo político pode ser enquadrado como direito fundamental do trabalho, porque está intimamente ligado à não-discriminação e proteção do trabalhador contra critérios de seleção e manutenção do emprego ligados a critérios e opções políticas.

5.4 Direitos fundamentais trabalhistas insertos no art. 5º da Constituição Federal

O art. 5º da Constituição, ao estabelecer os direitos e deveres individuais e coletivos, fornece o conteúdo mínimo de proteção aos direitos fundamentais, consistindo seu conteúdo em cláusula pétrea da Constituição, de acordo com o disposto no seu art. 60, §4º, inciso IV. Alguns direitos catalogados no art. 5º apresentam íntima ligação com as relações de trabalho. Um direito fundamental inserto no art. 5º da Constituição pertinente às relações de trabalho é aquele relativo à livre manifestação do pensamento, precisamente em seu inciso IV: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Também merece destaque a liberdade de consciência e crença inserta no inciso VI: “é inviolável a liberdade de consciência e crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias”. Por fim, cite-se a liberdade de expressão e informação, inserta no inciso IX: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

Outro inciso do art. 5º relevante para a área trabalhista é o respeito aos atributos da pessoa humana, disposto no inciso X do referido artigo¹⁹⁶. Trata-se de garantia que envolve a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem. Conforme assinala Romita (2005, p. 258) proteger a vida privada significa assegurar proteção a certos aspectos da vida íntima. O direito tem caráter negativo de proteção e entra em choque com o direito de dirigir a atividade do empregado, que é ínsito à subordinação jurídica, elemento caracterizador do direito do trabalho.

Neste aspecto, há que se diferenciar como faz Romita (2005, p. 263), os conceitos de intimidade, vida privada e vida pública. A intimidade, segundo o autor, é mais restrita, envolvendo os aspectos mais recônditos da vida do trabalhador. Já a esfera da vida privada é mais ampla e a ofensa ao respeito à inviolabilidade da vida privada envolve a divulgação de dados a terceiros. Na mesma linha, Silva Neto (2005, p. 80) assinala que a intimidade difere da vida privada, uma vez que a primeira é o direito de estar só, expressando a esfera recôndita do indivíduo, assegurada a tutela judicial em face da possibilidade de divulgação. A vida privada, por seu turno, se situa no contexto mais amplo das relações familiares, assegurando-lhes o anonimato, salvo na hipótese de ofensa a interesse público.

Várias discussões vêm sendo travadas sobre o respeito à intimidade. Entre as violações a esse princípio, encontram-se questionários contendo perguntas reativas à saúde da pessoa, investigações de orientação sexual, opção político-ideológica etc. Realizam-se, também, provas grafológicas e testes psicotécnicos, relativos ao caráter e personalidade do

¹⁹⁶ Art. 5º, X da Constituição: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

candidato, a fim de averiguar se esses aspectos poderão repercutir na regularidade da execução contratual (SILVA NETO, 2005, p. 79-90).

Pode-se citar, também, a instalação de câmeras de vigilância no ambiente de trabalho. Com efeito, trata-se de hipótese de ponderação de direitos. Concretamente, há o direito à intimidade, de um lado, e o direito à proteção da propriedade privada e o poder de direção do empregador, do outro. Nessa ponderação, a ser resolvida em cada caso concreto, são extraídos critérios para o reconhecimento da licitude ou ilicitude da instalação das câmeras de vigilância. Por exemplo, a colocação de tais câmeras em áreas de congreamento dos empregados, ou mesmo em banheiros¹⁹⁷ ofende o direito à intimidade. Por outro lado, conforme assinala Silva Neto (2005, p. 87), a implantação de sistema de vigilância dentro da planta industrial e ao longo da jornada de trabalho não ensejaria ofensa ao princípio da intimidade.

Outra questão que vem sendo discutida é aquela relacionada à revista íntima, tendo, neste aspecto, os tribunais manifestado sérias restrições à forma e às hipótese de realização de revista nos empregados¹⁹⁸. O citado inciso X, art. 5º, da Constituição Federal consagra o

¹⁹⁷ Agravo de Instrumento. Recurso de Revista. 1. Preliminar de nulidade do acórdão regional. Violação ao art. 5º, XXXV, LX, LIV E LV, DA CF. O descontentamento da parte com o desfecho do feito não transmuta em nulidade o posicionamento adotado. Se a decisão não atendeu ao interesse da parte, tal circunstância não pode ser interpretada como negativa de prestação jurisdicional. De toda forma, a violação aos dispositivos constitucionais apontados, ainda que houvesse, seria meramente reflexa, tanto que o reclamado precisou lançar mão de legislação ordinária pertinente para amparar a sua tese. 2. Dano moral. Revelando-se incontroversa a instalação de equipamentos câmeras de filmagem nas dependências dos banheiros de utilização dos empregados, tal situação, por si só, gera constrangimento moral e social, caracterizando o dano moral. Incólumes, por outro lado, os artigos 818 da CLT e 333, I, do CPC, eis que o v. acórdão atacado, considerando o conjunto fático-probatório, decidiu em conformidade com os referidos dispositivos legais (TST, 3ª Turma, DJ 28/10/2005, PROC. Nº. TST-AIRR-1970/2003-103-03-40.9, Rel. Juiz Convocado Ricardo Machado).

¹⁹⁸ 1) Empresa distribuidora de produtos farmacêuticos e medicamentos. Revista diária. Risco empresarial - Dignidade da pessoa humana. Inviolabilidade da intimidade. Configuração do dano moral. A realização concreta do princípio da dignidade da pessoa humana no cotidiano das relações trabalhistas pressupõe, ao lado da proibição da transferência do risco empresarial ao empregado, que não haja violação da intimidade do empregado por meio de tratamento degradante, independentemente de a natureza das atividades laborais demandar cuidados especiais na guarda das mercadorias e precauções de segurança. Nesse contexto, correto o entendimento de que configura dano moral a revista que exige do Obreiro ficar de roupa íntima na frente de outras pessoas, sendo devida a indenização. 2) Valor da indenização por dano moral. Função pedagógica da pena. Arestos inespecíficos. Tendo o Regional se convencido de que o valor da condenação era equitativo, prudente, razoável e não-abusivo, asseverando ainda que a indenização arbitrada cumpria a função pedagógica da pena, não seria possível para esta Corte, em sede de recurso de revista, concluir em sentido oposto sem adentrar na análise do acervo fático-probatório dos autos, o que é vedado, a teor da Súmula 126 do TST. Ademais, nos termos da Súmula 296, I, do TST, mostram-se inespecíficos os arestos colacionados, pois versam sobre elementos fáticos diversos da hipótese dos presentes autos, em que se discute o arbitramento da indenização por dano moral decorrente de revista íntima (TST, 4ª Turma, DJ - 20/04/2007, PROC. Nº. TST-RR-2.652/2003-069-02-00.0, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho) . Recurso de Revista. Danos morais. Revista íntima. Constitui fundamento do Estado brasileiro o respeito à dignidade da pessoa humana, cuja observância deve ocorrer na relação contratual trabalhista ; o estado de subordinação do empregado e o poder diretivo e fiscalizador conferidos ao empregador se encontram em linha de tensão, o que não pode levar à possibilidade de invasão da intimidade e desrespeito ao pudor do trabalhador. A comercialização, pela empresa, de produtos que lhe exigem maior vigilância sobre os estoques, apesar de ensejar a adoção de revista do empregado, ao término

respeito à inviolabilidade da vida privada, que também tem dado ensejo a diferentes entendimentos por parte da doutrina e jurisprudência. Neste aspecto, Romita (2005, p. 264) afirma que a conduta do empregador que lança anotações desabonadoras na carteira de trabalho viola o direito ao respeito à vida privada do empregado.

Silva Neto (2005, p. 92), por seu turno, aborda a questão sob o ponto de vista da utilização de bips e celulares fora do horário de serviço. Segundo o autor, não parece razoável cercear a vida privada do empregado, forçando-o a um sobreaviso permanente. Em seguida, apresenta os critérios para o que entende como razoável respeito à vida privada do trabalhador: a) não se tratando de atividade essencial a teor do disposto no art. 10 da Lei de Greve, seria vedado ao empregador exigir do empregado o uso de qualquer aparelho eletrônico após o término de sua jornada; b) mesmo na hipótese de a atividade do empregador inserir-se nas hipóteses do art. 10 da Lei nº. 7.783/89, somente seria lícita a exigência do empregador quando a função exercida pelo trabalhador guardar pertinência com a atividade-fim da empresa (SILVA NETO, 2005, p. 94).

O inciso X do art. 5º da Constituição também protege o respeito à imagem, devendo, neste aspecto, ser diferenciada a imagem-retrato e a imagem-atributo da personalidade. A primeira pode ser reproduzida em fotografia, não guardando identidade com eventual ocorrência de dano à honra, enquanto a segunda decorre da vida em sociedade. Por outro lado, da mesma forma que o empregador pode ferir o direito à imagem do empregado, este também poderá atingir a imagem da empresa. Ambas as situações são tuteladas pelo referido dispositivo.

Diretamente ligadas ao direito à imagem, encontram-se diversas questões relativas às relações de trabalho de artistas e atletas, o que também se relaciona com o inciso XXVII do mesmo art. 5º da Constituição¹⁹⁹. Sem dúvida, o inciso X do art. 5º também protege o direito à honra do trabalhador. Honra, segundo Romita (2005, p. 266), significa a boa opinião e boa fama adquiridas por mérito e virtude. Apresenta duas vertentes: a subjetiva e a objetiva. A primeira se reflete no conceito que alguém tem de si próprio, enquanto a segunda é a reputação e boa fama que a pessoa goza na sociedade.

da jornada, não afasta o dever de que ela seja feita segundo meios razoáveis, de modo a não causar constrangimentos ou humilhação, cuja ocorrência configura dano moral a ser reparado. Recurso de revista conhecido e provido ((TST, 1ª Turma, DJ - 07/12/2006, PROC. Nº. TST-RR-533.770/1999.0, 1ª Turma, Rel. Juíza Convocada Maria do Perpétuo Socorro Wanderley de Castro).

¹⁹⁹ Art.5º, inciso XXVIII Constituição Federal - são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

Ainda no que diz respeito aos atributos da pessoa humana, destacam-se os temas relativos ao assédio sexual e moral. Assédio sexual pode ser conceituado, conforme Pamplona Filho (2001, p. 39), como “toda conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada, cerceando-lhe a liberdade sexual”. Caracterizam o assédio sexual, segundo o autor, os seguintes elementos formadores: agente assediador e destinatário assediado; conduta de natureza sexual; rejeição à conduta do agente e reiterada pelo agente²⁰⁰.

O assédio moral no ambiente de trabalho, por seu turno, caracteriza-se como todo tipo de ação reiterada que lese a auto-estima e a segurança de um indivíduo, implicando dano ao ambiente de trabalho, à evolução da carreira profissional ou à permanência do vínculo empregatício. Dentre as condutas comumente reconhecidas como caracterizadoras de assédio moral, incluem-se as de marcar tarefas com prazos impossíveis, modificar o setor do empregado de uma área de responsabilidade para funções triviais; ignorar ou excluir um empregado só se dirigindo a ele através de terceiros; espalhar rumores maliciosos; criticar o empregado com persistência; subestimar seus esforços etc.

Tanto o assédio moral quanto o sexual caracterizam-se como ofensa à honra, à intimidade e à dignidade da pessoa humana, sendo passíveis de indenização no âmbito da Justiça do Trabalho. Trata-se de abordagens recentes, resultantes do despertar dos direitos fundamentais da pessoa humana que, cada vez mais, vêm sendo discutidos no âmbito do trabalho.

Por outra via, há que se ressaltar, o direito ao sigilo de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e de ligações telefônicas, estabelecido no inciso XII do art. 5º da Constituição²⁰¹. Diretamente relacionada a este inciso está a discussão a respeito da possibilidade de violação dos *e-mails* dos empregados. Para Romita (2005, p. 292) o conteúdo da correspondência eletrônica pode ser violado pela empresa, caso o empregado utilize o computador da empresa e o seu horário de trabalho. Argumenta o autor que o computador é ferramenta de trabalho e, por isso, deve ser utilizado na execução do serviço. Acrescenta que é desnecessária a inserção de uma cláusula contratual que permita ao empregador fiscalizar a utilização do computador pelo empregado, afirmando que tal controle

²⁰⁰ Embora o autor não relacione o elemento hierárquico como requisito para caracterização, o assédio sexual muitas vezes está associado a relações de poder, sendo inclusive requisito para inserção no tipo penal do art. 216 A do Código Penal: “Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”.

²⁰¹ Art. 5º, XII, CF - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal;

deriva do próprio poder de direção inerente à relação de emprego. Essa posição foi adotada em paradigmática decisão do Tribunal Superior do Trabalho sobre a licitude de violação do sigilo de *e-mail* corporativo²⁰².

Tal posicionamento, contudo, deve ser visto com certas ressalvas. Inicialmente, há que se destacar que várias outras ferramentas são utilizadas no ambiente do trabalho e nem por isso se cogita da legítima ofensa do direito ao sigilo. Assim, por exemplo, não se entende cabível a utilização de escutas telefônicas no ambiente de trabalho, muito embora os telefones colocados à disposição do trabalhador pela empresa sejam também instrumentos de trabalho. Igualmente, em relação à correspondência epistolar, a eventual utilização do papel e envelope fornecidos pela empresa também não autoriza a violação do sigilo de correspondência.

Desta forma, na verdade, trata-se apenas de uma nova ferramenta estabelecida através da utilização de uma nova tecnologia. Isso, porém, não pode alijar o respeito necessário à garantia inserta no art. 5º, inciso XII da Constituição Federal. Por seu turno, o inciso XIII do mesmo artigo estabelece que é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou

²⁰² Prova ilícita. *E-mail* corporativo. Justa causa. Divulgação de material pornográfico. 1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (*e-mail* particular). Assim, apenas o *e-mail* pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da proteção constitucional e legal de inviolabilidade. 2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado *e-mail* corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço. 3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o *e-mail* corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador. 4. Se se cuida de *e-mail* corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de propriedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à internet e sobre o próprio provedor. Insta ter presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc. III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de *e-mail* de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no direito Comparado (EUA e Reino Unido). 5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em "e-mail" corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal. 6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento. (TST, 1ª Turma, DJ - 10/06/2005, PROC. Nº. TST-RR-613/2000-013-10-00.7, Rel. Min. João Oreste Dalazen)

profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei prescrever. Conforme assinala Romita (2005, p. 254), não se trata de direito social, mas de direito individual de liberdade²⁰³.

Já o inciso XLVII, alínea c, do mesmo artigo 5º, estabelece a proibição de trabalhos forçados como medida punitiva do Estado. Embora não se relacione propriamente com o direito do trabalho, o inciso é sintomático porque remete à proibição de trabalho escravo. Tal proibição, embora não se encontre de forma explícita no art. 5º da Constituição, vem, por via do §2º do art. 5º, a ser inserida no ordenamento jurídico brasileiro através da Convenção 29 da OIT sobre a abolição do trabalho escravo. A referida Convenção foi ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº. 41721/57. No mesmo sentido é a Convenção 105 da OIT, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº. 58822/66.

Por fim, cumpre salientar o princípio constitucional de igualdade e não discriminação, inserto no art. 5º da Constituição Federal. O seu inciso I estabelece: “I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”; Já o inciso XLI prescreve: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e

²⁰³ Sobre a liberdade de profissão, é interessante mencionar o caso “farmácias” da jurisprudência alemã, referido por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2007, p. 279-281). Neste caso, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha analisou a constitucionalidade do ato administrativo baseado em lei regulamentadora da atividade profissional de farmacêuticos, o qual intervinha através da limitação da liberdade profissional por não permitir o estabelecimento de uma nova farmácia numa determinada região, caso não atendidos determinados requisitos relativos ao tamanho da cidade e ao número de farmácias, norma administrativa essa que tinha por objetivo limitar a concorrência entre os farmacêuticos. É interessante ressaltar a íntegra da ementa, uma vez que esquadrinha o conteúdo da liberdade profissional: “1. No art. 13, I GG não se proclama a liberdade industrial como um princípio objetivo da ordem econômica e social, mas se garante ao indivíduo o direito fundamental a desempenhar qualquer atividade lícita como profissão, mesmo que ela não corresponda a u tipo de profissão, entendida como tal aquela assim tradicional ou juridicamente definida. (...) 3. Se uma atividade puder ser exercida de forma subordinada o autônoma e ambas as formas do exercício tiverem cada qual sua própria importância social, então a escolha por uma ou outra forma é também uma escolha na acepção do art. 13 I, GG. (...) 6. O direito fundamental deve proteger a liberdade do indivíduo, a reserva regulamentar deve assegurar proteção suficiente dos interesses coletivos. Da necessidade de fazer jus às duas exigências, resulta para o legislador um mandamento de diferenciação, segundo os critérios abaixo apontados: a) a liberdade do exercício profissional pode ser limitada se argumentos racionais em prol do bem comum mostrarem que tal limitação é, nesse sentido, adequada. A proteção do direito fundamental limita-se à resistência contra exigências demasiado pesadas e, por isso, inexigíveis e em si inconstitucionais. b) a liberdade de escolha profissional somente pode ser limitada se a proteção de bens jurídicos coletivos muito importantes o exigir inexoravelmente. Em sendo uma tal intervenção inevitável, o legislador sempre deverá escolher aquela forma de intervenção que limitar o mínimo possível o direito fundamental atingido. c) em se intervindo na liberdade da escolha profissional por meio da fixação de determinados pressupostos para a admissão na profissão, deve-se distinguir entre pressupostos subjetivos e objetivos: para os pressupostos subjetivos, (sobretudo preparação e formação) vale o princípio da proporcionalidade no sentido de que eles não podem ser desproporcionais em face do propósito perseguido, do cumprimento regular da atividade profissional. A prova da necessidade de pressupostos objetivos de admissão deve ser submetida a um exame especialmente rígido. Em geral, pode-se justificar tal medida estatal (fixação de critérios objetivos de ingresso em certas profissões) somente com base na defesa de provados ou muito prováveis e grave perigos de perecimento de bens jurídicos muito importantes. (...) O Tribunal Constitucional Federal deve examinar se o legislador observou os limites aqui verificados de sua competência regulamentar. Em sendo a livre escolha profissional limitada por meio de pressupostos objetivos de admissibilidade, o Tribunal Constitucional Federal poderá também examinar se justamente essa intervenção é necessariamente obrigatória para a proteção de um bem jurídico coletivo muito relevante. 8 Na área do direito farmacêutico, a situação constitucional atual corresponde só à liberdade de estabelecimento, entendida como tal a falta de limitações objetivas para sua permissão (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 279-281).

liberdades fundamentais”. A não discriminação está ainda prevista nos incisos XXX a XXXII do art. 7º da Constituição, que serão analisados mais adiante.

É preciso destacar, na esteira de Lorentz (2006, p. 21), que a igualdade apresenta-se, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não apenas como regra constitucional, mas também como autêntico princípio constitucional. Adverte a autora que a norma constitucional da igualdade não deve ter a leitura restritiva que apresentava através da expressão “igualdade perante a lei”, ou igualdade da lei, ou princípio da legalidade, sobretudo no Estado Liberal. Também não pode ter o sentido totalizante do termo “igualdade na lei”, cunhado sobretudo no Estado Social de Direito, mas sim o sentido de “igualdade através da lei” ou de “igualdade através da lei legitimamente construída por seus destinatários”, típico de um real Estado Democrático de Direito.

Lorentz (2006, p. 31) enfatiza que a igualdade como norma constitucional deve ser lida significando obrigatoriedade de tratamento isonômico a todos os cidadãos e a possibilidade de tratamentos diferenciados a pessoas ou grupos que, por sua qualidade diferencial ou desequilíbrio fático em relação aos demais, necessitam de um tratamento diferenciado. Assim, a igualdade pressupõe o respeito e a preservação das diferenças individuais e grupais ou da diversidade que é inerente à natureza humana. Porém, adverte a autora que este tratamento diferenciado só é admissível se o conjunto de regras e princípios constitucionais o autorizarem e dentro de uma dimensão de direito material²⁰⁴.

Saliente-se que a igualdade é também princípio consagrado de direito do trabalho. A matéria vem sendo enfrentada pelos tribunais como fundamento para concessão de vantagens diversas²⁰⁵. Conforme assinalada Pinho Pedreira da Silva (1997, p. 130), embora a igualdade de todas as pessoas resulte de mandamento constitucional e não seja regra privativa do direito

²⁰⁴ Afirma Lorentz (2006, p. 32) que não se admite tratamento diferenciado motivado por distinções odiosas. Além disso, o fator diferencial deve existir na pessoa, grupo, coisa ou situação a ser tratada de forma diferente e jamais fora delas. Dessa forma, não se admite que pessoas sejam de antemão individualizadas pela lei. Assim, exige-se que a lei que estabeleça um tratamento diferenciado seja abstrata, que toda “ação-tipo” nela prevista faça incidir a regra.

²⁰⁵ Vale mencionar paradigmático Acórdão do STF sobre a aplicação do princípio no direito do trabalho: Constitucional. Trabalho. Princípio da Igualdade. Trabalhador brasileiro empregado de empresa estrangeira: Estatutos do Pessoal desta: aplicabilidade ao Trabalhador estrangeiro e ao trabalhador brasileiro. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(AgRg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido. (STF, 2ª Turma, RE 161243 / DF - Relator: Min. Carlos Velloso, Jul. 29/10/1996, DJ. 19-12-1997)

do trabalho, constitui um dos princípios fundamentais deste. Neste aspecto, o autor assinala algumas regras que consagram o princípio da igualdade²⁰⁶.

À evidência, os direitos e garantias insertos no art. 5º da Constituição Federal não se aplicam apenas às relações de emprego. Pelo contrário, em todas as hipóteses de realização de trabalho humano, os direitos ali estabelecidos devem ser respeitados. Assim, por exemplo, o empregado não poderá sofrer revistas vexatórias, como também qualquer outro prestador de serviços.

Numa primeira aproximação, poder-se-ia afirmar que o princípio constitucional da igualdade permitiria o tratamento isonômico em todas as hipóteses de relação de trabalho *lato sensu*. A afirmação, contudo, não resiste a uma análise mais detida, uma vez que a própria Constituição estabelece distinções entre os trabalhadores, até mesmo entre diferentes tipos de empregados, como é o caso dos empregados domésticos, aos quais o parágrafo único do art. 7º assegura apenas parte dos direitos insertos no seu art. 7º.

5.5 Direitos fundamentais insertos no art. 7º da Constituição Federal

A Constituição estabelece, no caput do seu art. 7º, que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, todos aqueles indicados em seus incisos. Excepciona, porém, os empregados domésticos, em seu parágrafo único, ao estabelecer que “são assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social”.

É interessante assinalar que a Constituição não fala em empregados urbanos e rurais, referindo-se genericamente a “trabalhadores”. É clara a distinção entre as figuras, uma vez que empregado é uma espécie do gênero mais amplo trabalhador. Tal redação poderia dar

²⁰⁶ Discorrendo sobre as regras de aplicação do princípio da igualdade, Pinho Pedreira da Silva (1997, p. 142) ressalta que destinatários do princípio são, além do legislador e administradores, também os empregadores. Segundo ele, quando empregador estabeleça, por sua própria vontade, normas gerais aplicáveis a todos os trabalhadores ou a uma categoria deles não pode excetuar de tais normas um determinado empregado. Aponta que não se admite a exclusão de um empregado, sem justo motivo, de benefício de ordem geral concedido pelo empregador. Destaca também que o tratamento diferenciado com melhoria de condições de trabalho apenas para algum ou alguns trabalhadores somente se justifica por razões objetivas. Ressalva, ainda, que o princípio do tratamento igual funciona somente em favor do empregado, não podendo constituir fator que leve ao nivelamento por baixo. A empresa deve ser considerada como um todo, abrangendo seus diversos estabelecimentos. Outra regra apontada pelo autor é que o ônus da prova cabe ao empregado, que deve provar o tratamento desigual. Por fim, indica que, na hipótese de rescisão dos contratos de trabalho de vários empregados, seguida da rescisão somente de alguns, o momento crítico para o da comparação é o da reintegração (SILVA, 2007, p. 143-144).

margem ao entendimento de que os direitos estabelecidos no art. 7º são aplicáveis a todos os trabalhadores, mas essa leitura do referido dispositivo constitucional acabou não prevalecendo,

Há que se destacar, igualmente, que o caput do art. 7º é uma consagração do princípio da proteção, na vertente da aplicação da norma mais favorável. Pode-se definir o princípio da proteção, conforme lição de Pinho Pedreira da Silva (1997, p. 29), como “aquele em virtude do qual o direito do trabalho, reconhecendo a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação jurídica de trabalho, promove a atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores”.

Desdobra-se o princípio da proteção em vários outros, mas, em primeiro plano, podem-se apontar os princípios *in dubio pro operario*, o da norma mais favorável e o da condição mais benéfica. O primeiro aponta que “entre várias interpretações que comporte a norma, deve ser preferida a mais favorável ao trabalhador” (SILVA, 1997, p. 41). Já os princípios da norma mais favorável e o da condição mais benéfica têm em comum o pressuposto da pluralidade de normas. Porém, como assinala Silva (1997, p. 65) o “princípio da norma mais favorável supõe normas com vigência simultânea e o princípio da condição mais benéfica sucessão normativa”.

Assim, ao estabelecer os direitos trabalhistas “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, a Constituição deixa claro que o rol apresentado estabelece apenas os direitos mínimos, que poderão ser aumentados pela legislação infraconstitucional. Nos tópicos seguintes, procede-se à análise pormenorizada de cada inciso do art. 7º da Constituição, procurando-se verificar, em cada caso, a aplicabilidade ou não do direito às demais espécies de trabalhadores.

5.5.1 Proteção contra a despedida arbitrária

Estabelece o inciso I do art. 7º da Constituição²⁰⁷ a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, o que deverá ser feito nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos. Porém, a lei complementar que deveria regulamentar o referido inciso até hoje não foi formulada. Em

²⁰⁷ Art. 7º, Constituição Federal, inciso I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos.

consequência, o inciso ainda não tem eficácia plena²⁰⁸, já que faz expressa referência que a proteção se dará “nos termos de lei complementar”. O ato das disposições constitucionais transitórias, já prevendo a demora na promulgação da lei complementar, estabeleceu aumento na multa rescisória do fundo de garantia do tempo de serviço, além de fixar hipóteses de estabilidade provisória da gestante e do membro da comissão interna de prevenção de acidentes²⁰⁹.

Em razão da exigência de lei complementar pelo inciso I do art. 7º da Constituição Federal, muito se argüiu sobre a inconstitucionalidade do art. 118 da Lei nº. 8.213/91, que estabelece a estabilidade provisória do empregado por um ano, após o retorno do gozo de auxílio doença-acidentário²¹⁰. Tais argüições, contudo, foram superadas após a decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 639-8²¹¹.

²⁰⁸ José Afonso da Silva (1998, p. 86-91) distingue as normas em eficácia plena, contida e limitada, as quais, por seu turno, se dividem em normas de princípio institutivo e de princípio programático. Segundo o autor, a norma constitucional de eficácia plena dispõe precisamente sobre a matéria que se trata, disciplinando a conduta positiva ou negativa a ser seguida. A aplicabilidade das normas constitucionais de eficácia plena é imediata, sendo desnecessária e redundante a atividade do corpo legislativo ordinário. Tem os seguintes caracteres essenciais: a) contêm vedações ou proibições; b) conferem isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designam órgãos ou autoridades especiais para execução do comando constitucional; d) não indicam procedimentos solenes para sua execução; e) não demandam do legislador ordinário. Já as normas de eficácia contida têm conteúdo que pode ser limitado pelo legislador ordinário, tendo os seguintes caracteres: a) são normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo remissão a uma legislação futura. b) sua eficácia será plena enquanto não houver intervenção legislativa; c) são de aplicabilidade direta e imediata; d) alguma delas já contém um conceito ético judicizado; e) sua eficácia pode ser afastada pela incidência de outras normas constitucionais. Por sua vez, as normas de eficácia limitada são dispositivos que não se encontram à disposição do destinatário para, desde sua criação, regular o objeto sobre o qual versa o enunciado. As de princípio institutivo visam dar corpo a órgãos e instituições, e as de princípio programático são aquelas que evidenciam o caráter compromissório das Constituições modernas.

²⁰⁹ Art. 10 Ato das Disposições Constitucionais Provisórias Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: I – fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº. 5.107, de 13 de setembro de 1966; II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato; b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

²¹⁰ Estabilidade decorrente de acidente de trabalho. Necessidade de gozo do benefício de auxílio doença acidentário. O art. 118 da Lei nº. 8.213 de 24 de julho de 1991, prevê estabilidade para aquele empregado que após acidentarse venha a receber o auxílio doença acidentário, a partir de sua cessação e independentemente da percepção de auxílio-acidente. O empregado que não fez jus ao auxílio doença acidentário, não está amparado pela estabilidade prevista na referida Lei (TRT 2ª R. – RO 02960102929 – (02970420230) – 4ª T. – Relª Juíza Sônia Maria Prince Franzini – DOESP 05.09.1997). Doença profissional não comprovada – inexistência de garantia de emprego – Não havendo a concessão de auxílio-doença em decorrência de doença profissional equiparada a acidente de trabalho, não faz jus a empregada à garantia de emprego a que se refere o art. 118 da Lei nº. 8.213, de 24.07.91. (TRT 12ª R. – RO 2262/00 – (00502/2001) – 2ª T. – Rel. Juiz José Luiz Moreira Cacciari – J. 15.12.2000). Estabilidade do artigo 118 da Lei nº. 8.213/91 ao empregado que sofreu acidente de trabalho – A estabilidade a que se refere o art. 118 da Lei nº. 8.213 só se concretiza se o empregado obteve auxílio-doença acidentário, o que só ocorre após o 15º dia de afastamento. Se o empregado, entretanto, sofre pequeno acidente que não o obriga a se afastar por mais de 15 dias, não tem direito à estabilidade da norma do artigo 118. (TRT 2ª R. – Ac. 02960143820 – 4ª T. – Rel. Juiz José Ribamar da Costa – DOESP 22.03.1996)

²¹¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigo 118 da lei 8.213/1991. Norma que assegura ao trabalhador a manutenção de contrato de trabalho por doze meses após a cessão do auxílio-doença, independentemente de

Questiona-se se o disposto no art. 7º, inciso I, constitui direito fundamental do trabalhador, independentemente de sua qualificação como empregado. Nesse aspecto, convém observar que a adoção de mecanismos que busquem evitar a despedida abusiva ou sem justa causa vem ao encontro dos princípios básicos de proteção da dignidade do trabalhador. Afinal, sua força de trabalho é a sua forma de sobrevivência. Contudo, deve-se ter em mente que, a partir do momento em que se repute o direito como universal para todas as categorias de trabalhadores, estar-se-ia a desconsiderar as condições peculiares de cada tipo, em especial em relação às relações de trabalho autônomo. Por tais motivos, pode-se concluir que o inciso não expressa um direito fundamental do trabalhador *lato sensu*.

5.5.2 seguro-desemprego

O inciso II do art. 7º da Constituição²¹² estabelece o seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário. Trata-se de dispositivo regulamentado pela Lei nº. 7.998/90, que em seu art. 3º estabelece os requisitos para concessão do benefício²¹³. Não se trata de direito fundamental do trabalhador, mas de medida que visa a garantir a sobrevivência do trabalhador no período de desemprego, mas que não constitui direito do trabalhador *lato sensu*, podendo, assim, a legislação infraconstitucional fixar os critérios de gozo do referido benefício.

Porém, há que se assinalar, como foi feito no início deste capítulo, que uma das idéias a efetiva tutela jurídica dos trabalhadores de uma forma geral é a criação, pelo Estado, de uma renda social garantida (DELGADO, 2006, p. 228). Essa medida seria uma ampliação da sistemática do seguro-desemprego, que, nesse formato mais ampliado, garantiria uma determinada renda mínima ao trabalhador em sentido amplo. Trata-se, porém, de medida ainda não efetivada do ponto de vista infraconstitucional.

percepção de auxílio-acidente. Alegação de ofensa à reserva de lei complementar, prevista no art. 7º, I, da Constituição federal, para a disciplina da proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa. Norma que se refere às garantias constitucionais do trabalhador em face de acidentes de trabalho e não guarda pertinência com a proteção da relação de emprego nos termos do art. 7º, I, da Constituição. Ação julgada improcedente. (STF, Tribunal Pleno, DJ 02/06/2005 Ação Direta de Inconstitucionalidade 639-8, Relator Min. Joaquim Barbosa).

²¹²Art. 7º, Constituição Federal, inciso II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário

²¹³ Art. 3º Lei nº. 7998/90: “Tem direito à percepção do seguro-desemprego o trabalhador dispensado sem justa causa que comprove: I - ter recebido salários de pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada, relativos a cada um dos 6 (seis) meses imediatamente anteriores à data da dispensa; II - ter sido empregado de pessoa jurídica ou pessoa física a ela equiparada ou ter exercido atividade legalmente reconhecida como autônoma, durante pelo menos 15 (quinze) meses nos últimos 24 (vinte e quatro) meses; III - não estar em gozo de qualquer benefício previdenciário de prestação continuada, previsto no Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, excetuado o auxílio-acidente e o auxílio suplementar previstos na Lei nº. 6.367, de 19 de outubro de 1976, bem como o abono de permanência em serviço previsto na Lei nº. 5.890, de 8 de junho de 1973; IV - não estar em gozo do auxílio-desemprego; e V - não possuir renda própria de qualquer natureza suficiente à sua manutenção e de sua família

Na verdade, conquanto a idéia tenha sua validade, atribuir-se mais essa responsabilidade social ao Estado, desta vez de forma ampliada, não condiz com o quadro de dificuldades do Estado Brasileiro. Porém, a idéia poderia evoluir no sentido de criação de um benefício previdenciário temporário que garantisse uma renda mínima aos trabalhadores filiados como autônomos no regime geral da previdência social. Antes, porém, a questão deveria ser submetida a amplo debate nacional, inclusive com a verificação da existência da respectiva fonte de custeio.

5.5.3 Fundo de garantia do tempo de serviço

O direito estabelecido no inciso III do art. 7º da Constituição²¹⁴, o fundo de garantia do tempo de serviço, é tradicional na legislação brasileira desde sua instituição em 1966. O FGTS foi criado, naquele ano, pela Lei nº. 5.107, inicialmente como sistema alternativo ao sistema estabilitário e indenizatório da CLT.

O inciso II do art. 7º da Constituição, porém, generalizou o sistema do FGTS, deixando o regime de ser opcional. Assim, embora figure no rol do art. 7º como um direito do trabalhador, na realidade sua inserção na Constituição significou a superação do regime de estabilidade decenal preconizado pelo art. 492 da CLT²¹⁵ e da indenização prevista no art. 478 do mesmo diploma legal²¹⁶.

O fundo de garantia é um instituto jurídico complexo, tendo um caráter múltiplo: por um lado, constitui parcela trabalhista; por outro, tem destinação variada. Assim, Delgado (2004, p. 1272) menciona que “o FGTS é instituto de natureza multidimensional, complexa, com preponderante estrutura e fins justrabalhistas, os quais se combinam, porém, harmonicamente, a seu caráter de fundo social de destinação variada, tipificada em lei.”. Portanto, o fundo de garantia do tempo de serviço não é um direito fundamental do

²¹⁴ Art. 7º, inciso III, Constituição Federal - fundo de garantia do tempo de serviço.

²¹⁵ Art. 492. O empregado que contar mais de dez anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas. Parágrafo único. Considera-se como de serviço todo o tempo em que o empregado esteja à disposição do empregador.

²¹⁶ Art. 478. A indenização devida pela rescisão do contrato por prazo indeterminado será de um mês de remuneração por ano de serviço efetivo, ou por ano e fração igual ou superior a 6(seis) meses. § 1º O primeiro ano de duração do contato por prazo indeterminado é considerado como período de experiência, e, antes que se complete, nenhuma indenização será devida. § 2º Se o salário for pago por dia, o cálculo da indenização terá por base 25 (vinte e cinco) dias. § 3º Se pago por hora, a indenização apurar-se-á na base de 220 (duzentas e vinte) horas por mês. § 4º Para os empregados que trabalham à comissão ou que tenham direito a percentagens, a indenização será calculado pela média das comissões ou percentagens percebidas nos últimos 12 (doze) meses de serviço. § 5º Para os empregados que trabalhem por tarefa ou serviço feito, a indenização será calculada na base média do tempo costumeiramente gasto pelo interessado para realização de seu serviço, calculando-se o valor do que seria feito durante trinta dias.

trabalhador, sendo, ao contrário, uma criação do legislador brasileiro para elidir a estabilidade decenal do empregado.

5.5.4 Garantias sobre o salário

A Constituição prevê, em seu art. 7º, inúmeras garantias relativas ao salário do trabalhador²¹⁷. Nesse aspecto, o inciso IV estabelece o salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender, segundo seus termos, “a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim”.

Por sua vez, o inciso V estabelece o “piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho” e o inciso VI a “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”. O inciso VII estabelece a “garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável”. Por fim, o inciso X fixa a proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.

O plexo de garantias salariais inseridas nos incisos IV a VII do art. 7º deve ser entendido como direito fundamental do homem trabalhador, independentemente da sua condição de empregado. Com efeito, a natureza alimentar da remuneração paga ao trabalhador, qualquer que seja a espécie, conduz à conclusão de que essas garantias são mínimas e essenciais. Ressalte-se, por outro lado, que, quando se menciona o salário mínimo, deve-se entender o salário mínimo hora, uma vez que muitas atividades autônomas desenvolvem-se em unidades de tempo inferiores a um mês.

Além do salário mínimo hora, há que se ressaltar também o piso salarial, muito embora seja de difícil fixação em relação aos trabalhadores que não se constituem em sindicatos ou não formam categoria profissional diferenciada, uma vez que as formas de fixação do piso salarial ocorrem via convenção coletiva ou por lei que trate da específica categoria profissional.

²¹⁷ Art. 7º, inciso IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; inciso V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho; inciso VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo; inciso VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável; inciso X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.

Ressalte-se, além disso, que a irredutibilidade salarial, aqui entendida em relação ao salário-hora, deve ser estendida a todos os trabalhadores. Entender de forma contrária seria contribuir para o progressivo achatamento da base de sustentação vital do trabalhador.

Em relação à retenção salarial, até hoje o crime previsto no inciso X do art. 7º da Constituição não foi tipificado, ficando no vazio a determinação constitucional no sentido de coibir tal prática pelos empregadores. Por fim, os trabalhadores que recebem remuneração variável - e nesta hipótese, em especial, se enquadram aqueles que não têm vínculo de natureza empregatícia – devem receber, no mínimo, pagamento equivalente ao salário mínimo hora, tendo em vista a necessidade de garantia de sua dignidade.

5.5.5 Décimo terceiro salário

O inciso VIII do art. 7º da Constituição Federal estabelece o direito ao décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria²¹⁸. Consiste em “parcela contraprestativa paga pelo empregador ao empregado, em caráter de gratificação legal, no importe da remuneração devida em dezembro de cada ano ou no último mês contratual, caso rompido antecipadamente a dezembro o pacto” (DELGADO, 2004, p. 740).

A parcela, anteriormente denominada gratificação natalina, surgiu de fontes autônomas de direito do trabalho, tais como do costume, de convenções coletivas e de atos unilaterais de empregadores diversos. Como norma heterônoma estatal, foi estabelecida pela Lei nº. 4.090/62. A Constituição de 1988, ao tempo em que consagrou sua denominação atual, estendeu o benefício aos domésticos.

Questão importante é saber se a parcela se insere entre os direitos fundamentais do trabalhador. Nessa análise há que se separar a hipótese de qualquer gênero de trabalhador daquele outro, embora autônomo, possua vínculo com caráter de continuidade em relação ao tomador de serviços. Com efeito, para aquele trabalhador que desempenha um trabalho eventual, não há como se considerar o pagamento relativo ao 13º salário. Contudo, para aquele que desenvolve uma relação de continuidade no correr do ano, não há empecilho para tal pagamento, sendo, ao contrário, medida que se impõe.

Ressalte-se, aliás, que a medida tem sido uma prática em determinados setores autônomos, mas com relação de continuidade. Assim, por exemplo, a experiência demonstra que faxineiras recebam, em dezembro de cada ano, no mínimo na última quinzena, o valor da

²¹⁸ Art. 7º, inciso VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria.

diária dobrada como forma de “gratificação de natal”. O mesmo procedimento é muitas vezes adotado em salões de beleza, que estabelece uma remuneração superior para serviços de manicure e pedicure, para fazer frente à remuneração extra neste período.

Assim, a exemplo do que ocorreu originariamente com o 13º salário, a prática espontânea em certos setores da sociedade vem consolidando o pagamento adicional a categorias que não têm vínculo empregatício com os tomadores de serviço, mas que, em decorrência do trabalho seqüenciado durante o ano, acabam recebendo gratificações de natal.

5.5.6 Remuneração do trabalho noturno superior ao trabalho diurno

O inciso IX do art. 7º da Constituição estabelece a remuneração do trabalho noturno superior ao trabalho diurno²¹⁹. Cuida-se de tratamento diferenciado conferido ao trabalhador noturno em razão da exigência de labor em período em que o ambiente físico externo induz ao repouso. Além disso, a proteção constitucional também se justifica em razão da maior dificuldade de inserção social daquele que trabalha em horário distinto da maioria da população.

Neste ponto, convém destacar estudo empírico desenvolvido por Rotenberg et al (2001, p. 1) sobre o impacto do trabalho noturno sob o enfoque de gênero. O trabalho foi elaborado através de pesquisa de campo em uma indústria que emprega homens e mulheres no turno da noite. Tomou por base as informações sobre os horários de sono por várias semanas, dados sociodemográficos e relativos ao trabalho profissional e entrevistas semi-estruturadas. A metodologia levou em consideração aspectos cronobiológicos do sono e elementos discursivos dos trabalhadores sobre suas vivências - masculinas e femininas - da troca do dia pela noite (ROTENBERG et al, 2001, p. 1).

O estudo verificou que o trabalho noturno mobiliza os trabalhadores e trabalhadoras em várias esferas da vida. Trata-se de uma mobilização que se expressa na preocupação permanente em dormir e descansar tanto durante a semana quanto no domingo, como se a demanda do trabalho os acompanhasse de perto, mesmo fora da fábrica²²⁰. Verificou, também, que sob vários aspectos, o corpo mostra sinais de desgaste em razão da falta do sono

²¹⁹ Art. 7º, inciso IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno.

²²⁰ Os autores analisaram, ainda a estrutura temporal do trabalho que envolve um turno fixo (somente à noite) com folgas nos fins de semana. Essa estrutura é relativamente comum em indústrias que não requerem sistemas contínuos de trabalho. Esse esquema de trabalho é considerado vantajoso, se comparado a turnos contínuos, por preservar o fim de semana livre. Mas por outro lado, implica uma seqüência de noites de trabalho, de forma que o tempo de folga é muitas vezes dedicado a reparar o cansaço da semana (ROTENBERG et al., 2001, p. 1).

e do repouso noturno. Há ainda os efeitos diretamente ligados à privação do sono - como o desânimo, a fraqueza e a insônia; eventos corporais físicos - como o tremor, a obesidade e o envelhecimento precoce - além de aspectos essencialmente psíquicos - como o descontrole e a agressividade (ROTENBERG et al. 2001, p. 1).

A inversão de horários é sentida de forma intensa por homens e mulheres. No cotidiano dos trabalhadores noturnos, o ruído aparece não só como o fator que mais prejudica o sono, mas também como parte inevitável de uma sociedade diurna. No âmbito familiar, esse desencontro afeta o relacionamento com o cônjuge, remetendo a estudos sociológicos que revelam efeitos danosos do trabalho em turnos sobre o tempo e a qualidade da convivência com a família (ROTENBERG et al., 2001, p. 1).

Apesar das diferenças quanto ao cotidiano e ao meio familiar, segundo a pesquisa, o trabalho noturno demanda uma reformulação geral de hábitos. Particularmente, a exigência de trabalho doméstico executado pelas mulheres faz com que as diferenças de gênero se manifestem. A situação é ainda mais agravada em relação às mulheres que têm filhos. Assim, embora haja uma carga partilhada por homens e mulheres, o envolvimento delas com as atribuições domésticas dá-lhes uma condição diferente ao seu cotidiano fora do emprego, já que implica menor disponibilidade de tempo para outras atividades, incluindo o dormir. Essa maior dificuldade acaba repercutindo em diversos aspectos da vida, como a saúde, o lazer, os estudos e as relações amorosas (ROTENBERG et al., 2001, p. 1).

Verifica-se assim que diante de tantos malefícios, o adicional remuneratório noturno é mais do que justificável. Saliente-se, neste ponto o estudo empreendido por Siqueira Júnior et al (2006, p.1). O estudo trata especificamente do trabalho noturno de auxiliares de enfermagem. Segundo os autores, apesar de haver modificação no ritmo físico, psicológico, e social desses profissionais, eles apontam alguma vantagem no trabalho noturno. Esta vantagem consiste, especificamente, no adicional noturno, que os beneficia financeiramente, podendo, segundo os dados dos questionários distribuídos na pesquisa, compensar as dificuldades de trabalhar nesse turno.

O adicional remuneratório noturno é um direito fundamental do trabalhador. É necessário salientar, contudo, que as regras da Consolidação das Leis do Trabalho no tocante a esse adicional não podem ser utilizadas de forma analógica para a fixação da remuneração devida a outras categorias que não se inserem na relação de emprego. Para isso, é necessária prévia lei regulamentadora do tema.

5.5.7 Participação nos lucros ou resultados e na gestão da empresa

Estabelece o inciso XI do art. 7º da Constituição²²¹ a participação do trabalhador nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, a participação na gestão da empresa, conforme definido em lei. Em relação à participação nos lucros e resultados, grande era a polêmica sobre o caráter auto-aplicável ou não do dispositivo constitucional antes da edição da primeira medida provisória que regulamentou a matéria (MP nº. 194, de 1994). Essa medida provisória sofreu sucessivas reedições com poucas alterações, até a definitiva promulgação da Lei 10.101/00. Com isso, ficou superado qualquer questionamento acerca do caráter auto-aplicável da participação do empregado nos lucros e resultados da empresa.

Como se observa, a Constituição estabelece claramente a natureza não-salarial do instituto. Antes, porém, prevalecia na jurisprudência o entendimento consubstanciado na súmula 251 do Tribunal Superior do Trabalho: “A participação nos lucros da empresa, habitualmente paga, tem natureza salarial, para todos os efeitos legais”. A súmula foi cancelada pela Resolução nº. 33, de 27 de julho de 1994, do Tribunal Superior do Trabalho, em razão da sua incompatibilidade com a Constituição.

Mais problemática, porém, é a participação do empregado na gestão da empresa. Essa polêmica na interpretação do texto constitucional se confirma pela ausência de regulamentação do dispositivo. Deve ser destacado que, segundo a Constituição, essa participação será excepcional e dependente de lei especial, que fixará as condições de tal participação.

Nem a participação nos lucros e resultados nem a participação na gestão da empresa constituem direitos fundamentais do trabalhador, não gozando das características da historicidade e caráter basilar de direito²²². Com efeito, trata-se de normas conjunturais que asseguram direitos aos empregados, sendo muitas vezes utilizadas para disfarçar aumentos salariais aos empregados, principalmente por empresas que sustentam planos de aposentadoria privadas²²³.

²²¹ Art. 7º, inciso XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.

²²² Conforme foi visto no capítulo 2, os direitos fundamentais gozam da característica da historicidade. Assim, direitos meramente conjunturais, que refletem uma pontual opção legislativa não podem ser considerados como direitos fundamentais. No caso da participação do trabalhador nos lucros e resultados da empresa, a dicção do inciso XI do art. 7º da constituição alterou completamente o entendimento majoritário anterior, no sentido de reconhecimento de natureza salarial à parcela, o que já demonstra a ausência do caráter basilar e atemporal.

²²³ Nesse sentido, há inúmeros processos envolvendo empresas e institutos de previdência a ela associados, tais como Petrobrás e PETROS, Caixa Econômica Federal e FUNCEF e Banco do Brasil e PREVI, não apenas em

5.5.8 Salário-família

Fixa o inciso XII do art. 7º da Constituição²²⁴ o salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda, nos termos da lei. Trata-se de benefício criado inicialmente pela Lei nº. 4.266/63, destinado a todos os empregados de empresas vinculadas à Previdência Social. Não havia, assim, na época, limitação quanto ao salário do empregado. Antes do advento da citada lei, vigia no Brasil o “abono às famílias de prole numerosa”, concedido pelo Decreto nº. 3. 2000 de 1941, a todos os chefes de família que, exercendo qualquer modalidade de trabalho, possuísem oito ou mais filhos. Com a instituição do salário-família pela Lei nº. 4.266/63, o abono às famílias de prole numerosa passou a ser assegurado apenas àqueles não beneficiários do salário-família, nomeadamente os empregados domésticos e os trabalhadores rurais.

Atualmente, o benefício é devido, nos termos do art. 65 da Lei nº. 8.213/91, ao segurado empregado, exceto ao doméstico, e ao segurado trabalhador avulso. Trata-se de parcela paga diretamente pela empresa, mas compensada quando do recolhimento das contribuições para a previdência social.

O direito ao salário-família não constitui direito fundamental do trabalhador. Na verdade, trata-se de parcela ineficaz como medida para promover a inserção social do trabalhador e sua prole e inadequada quanto à forma de instituição. Ineficaz porque o valor atribuído à parcela foi sendo historicamente reduzido, chegando hoje a valores ínfimos que não têm representatividade dentro do valor global recebido pelo trabalhador. Inadequado porque a via correta para a promoção social do trabalhador de baixa renda e sua prole deve ser elaborada no âmbito de uma política pública de inserção, tal como o programa governamental do “bolsa família”²²⁵. Trata-se, assim, de medida que seria mais bem exercida através da

relação à participação nos lucros, como também no que tange a parcelas diversas, como auxílio alimentação, auxílio cesta etc.

²²⁴ Art. 7º, inciso XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei.

²²⁵ O bolsa-família é um programa de transferência direta de renda instituído pelo Governo Federal em outubro de 2003, por meio da Medida Provisória nº. 132, posteriormente convertida na Lei nº. 10.836, de 09 de janeiro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº. 5.209, de 17 de setembro de 2004. O programa pauta-se na articulação de três dimensões essenciais à superação da fome e da pobreza: a) promoção do alívio imediato da pobreza, por meio da transferência direta de renda à família; b) reforço ao exercício de direitos sociais básicos nas áreas de Saúde e Educação, por meio do cumprimento das condicionalidades, o que contribui para que as famílias consigam romper o ciclo da pobreza entre gerações; c) coordenação de programas complementares, que têm por objetivo o desenvolvimento das famílias, de modo que os beneficiários do bolsa-família consigam superar a situação de vulnerabilidade e pobreza. Como exemplos de programas complementares podem ser citados os

assistência social e não propriamente pela previdência social, como é efetivada nos moldes atuais. Desta forma, o direito à assistência da família é um direito fundamental, mas não um direito fundamental trabalhista. Cuida-se de um direito da pessoa humana, independentemente da característica de trabalhador.

5.5.9 Duração do trabalho

A Constituição estabelece, no inciso XIII do art. 7º, a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Fixa, ainda, no inciso XIV, a jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva. Por sua vez, o inciso XVI estabelece a remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal²²⁶. A Constituição de 1988 inovou ao reduzir a jornada de quarenta e oito para quarenta e quatro horas semanais, fixando, além disso, a jornada nos turnos ininterruptos de revezamento. Outro ponto de avanço foi a fixação do adicional remuneratório mínimo em 50% para a realização de horas extras.

Cumprе lembrar que o surgimento do direito do trabalho está intimamente ligado às lutas históricas, principalmente em virtude da necessidade das extenuantes jornadas de trabalho. Com efeito, a redução da jornada de trabalho faz parte das primeiras reivindicações dos trabalhadores. É sintomático, assim, que a Convenção n. 1 da OIT, de 1919, já previa a jornada de trabalho de oito horas diárias e quarenta e oito semanais. Igualmente, o art. 24 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, determina uma “duração razoável do trabalho”.

Não restam dúvidas de que as regras sobre a duração do trabalho insertas na Constituição constituem direito fundamental de todos os trabalhadores, devendo ser observados os critérios constitucionais para a fixação de carga horária máxima de trabalho. Há, porém, uma ressalva, em relação ao tratamento jurídico do adicional remuneratório de horas extras. Isso porque, que, em geral, na prestação de serviços fora dos moldes da relação

programas de geração de trabalho e renda, de alfabetização de adultos e de fornecimento de registro civil e outros documentos.

²²⁶ Art. 7º, inciso XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho; inciso XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva; inciso XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal.

de emprego, não existe controle da jornada de trabalho do prestador de serviços, o que tornaria incompatível a fixação de adicional remuneratório de horas extras.

5.5.10 Repouso semanal remunerado e férias

A Constituição consagra o repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos no inciso XV do art. 7º e estabelece, no inciso XVII, o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal²²⁷. É interessante observar que o descanso semanal tinha originariamente justificação religiosa. Para tanto, era consagrado um dia de retiro espiritual semanal, prática constante desde a Antiguidade até a Idade Moderna.

O distanciamento dos fundamentos religiosos ocorreu desde a Revolução Industrial, a partir de quando as justificativas se alicerçaram em argumentos médicos e econômicos, com vista a evitar a exaustão física e mental do trabalhador. O aspecto religioso, contudo, ainda permanece na escolha do dia da semana a ser interrompido, ao se adotar a fórmula “preferencialmente aos domingos”, bem como na fixação de alguns feriados religiosos.

A Convenção nº. 1 da OIT, de 1919, implicitamente já assegurava o repouso, uma vez que fixava uma jornada de trabalho de oito horas por dia ou quarenta e oito semanais. A Convenção nº. 14, de 1921, determinou, para a indústria, o descanso de vinte e quatro horas a cada intervalo de sete dias. A Recomendação nº. 18, de 1921, dispôs sobre o repouso semanal dos comerciários; as Convenções nº. 31 e 67, de 1931 e 1939, respectivamente, dispuseram sobre os trabalhadores das minas de carvão e dos transportes rodoviários. Ainda na esfera supranacional, há que se destacar o art. 24 da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Segundo o citado dispositivo, “toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas”.

No Brasil, o Decreto nº. 21.186, de 1932, estabeleceu o descanso semanal de vinte e quatro horas para os trabalhadores do comércio. O Decreto nº. 21.364, de 1932, estendeu o direito aos trabalhadores da indústria. O Decreto nº. 23.152, de 1933, incluiu o repouso semanal no rol dos direitos de quem trabalha em casas de diversões e, pela primeira vez, determinou que ele fosse remunerado. O Decreto nº. 23.766, de 1934, e o Decreto nº. 24.562,

²²⁷ Art. 7º, inciso XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos; inciso XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal.

de 1934, estenderam a garantia, respectivamente, aos empregados em transportes terrestres e aos empregados na indústria frigorífica.

A Constituição de 1934 estabeleceu, em seu art. 121, § 1º, alínea e, o direito ao repouso semanal preferencialmente aos domingos, embora sem fazer referência à remuneração correspondente. Já a Constituição de 1937 fixava, na alínea d do art. 137, o direito ao repouso semanal aos domingos e, nos limites das exigências técnicas da empresa, aos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local. A Constituição de 1946 foi a primeira a prever o repouso semanal remunerado. Logo após, surgiu a Lei nº. 605 de 1949, posteriormente regulamentada pelo Decreto nº. 27.048, de 1949, que amplamente dispuseram sobre o assunto.

Da mesma forma que o repouso semanal remunerado, também as férias são fixadas com o objetivo de assegurar a saúde do trabalhador e sua inserção familiar e comunitária. Consoante ressalta Delgado (2004, p. 949), as férias fazem parte de uma estratégia de enfrentamento dos problemas relativos à saúde e à segurança no trabalho, favorecendo a recuperação das energias físicas e mentais do trabalhador. Além disso, segundo o autor, são também instrumento de realização de cidadania do indivíduo, uma vez que propiciam maior integração familiar e comunitária. Por fim, não se pode esquecer que, nos últimos anos, o desenvolvimento crescente da indústria do turismo vem fazendo com que as férias também funcionem como mecanismo de política de desenvolvimento econômico e social, uma vez que induzem ao intenso fluxo de pessoas e riquezas em distintas regiões.

A exemplo das regras relativas à duração do trabalho, também a proteção ao descanso do trabalhador pode ser considerada como direito fundamental a ser garantido a todas as categorias de trabalhadores e não somente aos empregados. Há que salientar, porém, especialmente em relação às férias, que esse direito somente se poderá efetivar em relação às prestações de serviços de natureza contínua no decorrer do ano, não havendo como se verificar nas relações de trabalho meramente eventuais.

5.5.11 licença-maternidade e licença-paternidade

A Constituição estabelece a proteção à maternidade e à paternidade²²⁸. Em seu art. 7º, inciso XVIII, fixa a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de

²²⁸ Art. 7º, inciso XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; inciso XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei.

cento e vinte dias. Trata-se de inovação Constitucional, que ampliou a antiga licença de noventa para cento e vinte dias. Especificamente em relação à gestante, a Constituição também fixou, no art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, a estabilidade provisória desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Há que destacar que se trata de benefício previdenciário atribuído a todas as seguradas inscritas no regime de previdência social, de forma que abrange não apenas as empregadas, mas também as trabalhadoras autônomas inscritas no regime de previdência social.

O inciso XIX do art. 7º prevê a licença-paternidade, nos termos fixados em lei. Essa lei regulamentadora até hoje não foi editada, prevalecendo, assim, o disposto no §1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que fixou cinco dias para o referido afastamento. Também nesse caso, houve uma ampliação do prazo de licença, promovida pela Constituição, uma vez que o art. 473, inciso III da Consolidação das Leis do Trabalho previa apenas um dia de afastamento remunerado em caso de nascimento de filho, no decorrer da primeira semana.

Essa ampliação da licença paternidade vai ao encontro da maior responsabilização do homem pelo evento da procriação. Nesse aspecto, conforme ressalta Marly Cardone (1991, p.275), a mulher já deixou de ser vista como a única responsável biológica e social pelo evento da maternidade. A esse respeito, convém ressaltar a Recomendação nº. 165, de 1981, da Organização Internacional do Trabalho sobre Trabalhadores com Encargos de Família. A Recomendação, nos termos de seu item 1, aplica-se a homens e mulheres trabalhadores com responsabilidades com relação a seus filhos dependentes e com responsabilidades por outros membros de sua família imediata que precisam de seus cuidados ou apoio.

De acordo com o item 18 da citada Recomendação, especial atenção deve ser dispensada a medidas gerais para melhorar as condições de trabalho e a qualidade de vida no trabalho, inclusive medidas que objetivem: a) reduzir progressivamente a jornada de trabalho e reduzir as horas extraordinárias; b) adotar mais flexibilidade na organização dos horários de trabalho, dos períodos de repouso e das férias. Nos termos do item 19, sempre que viável e conveniente, as necessidades especiais de trabalhadores, inclusive as decorrentes de encargos de família, devem ser levadas em consideração na programação de turnos e de trabalho noturno. No item 20, recomenda que encargos de família e fatores como o local de trabalho do cônjuge e as possibilidades de educação dos filhos devem ser levados em conta na transferência de trabalhadores de uma localidade para outra.

Porém, o que mais se evidencia na Recomendação 165 é a possibilidade de afastamento após a licença maternidade, cujas condições seriam fixadas em cada país por suas normas internas. Assim, esse afastamento poderia ser até sem vencimentos, desde que com a garantia do emprego no seu retorno. Assim, no item 22, n. 1, a Recomendação indica que o pai e a mãe devem ter a possibilidade, no período imediatamente seguinte à licença-maternidade, de obterem licença de afastamento sem perda do emprego e dos direitos dele decorrentes. Já no item 23, n. 1, entende ser possível a um trabalhador, homem ou mulher, com encargos de família relativos a um filho dependente, obter licença de afastamento em caso de doença do dependente. Esse benefício também se aplicaria, nos termos no n. 2 do item 23, no caso de doença de outro membro de sua família imediata que requeira cuidado ou apoio.

A Recomendação tem o mérito de exortar os países-membros à criação de legislação específica assecuratória dos direitos ali determinados. O que importa ressaltar, porém, é que, nos termos da Constituição, tanto a licença maternidade quanto a paternidade constituem direito fundamental do trabalhador, independentemente da sua condição de empregado. Em última análise, cuida-se de proteção à infância e, desta forma, trata-se de ônus para toda a sociedade, impondo-se o seu respeito.

5.5.12 Aviso prévio

O art. 7º estabelece, em seu inciso XXI,²²⁹ o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei. Trata-se, assim, de dispositivo que tem eficácia plena no que tange à fixação mínima de trinta dias e eficácia limitada quanto à proporcionalidade do aviso prévio. Consiste, como ressaltava Renato Ruy de Almeida (1991, p. 290), na obrigação que ambas as partes têm, no contrato de emprego por prazo indeterminado, de notificar a outra de sua intenção de romper o vínculo contratual, em data futura e certa. Por outro lado, o instituto é visto como uma limitação ao direito potestativo unilateral das partes, conservando a característica de reciprocidade da obrigação.

O aviso prévio tem natureza tridimensional. Se, por um lado, o instituto refere-se à comunicação prévia do rompimento do vínculo contratual, também se refere ao prazo e ao pagamento. Assim, a depender da hipótese, a expressão “aviso-prévio”, referir-se à comunicação, ao tempo ou ao pagamento da quantia respectiva.

²²⁹ Art. 7º, inciso XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei.

Trata-se de garantia de mão dupla, que atinge empregados e empregadores, sendo ambos obrigados a conceder o aviso. Aliás, a medida é a tônica também nas relações de direito civil. Nesse sentido, dispõe o art. 473 do Código Civil que a rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera-se mediante denúncia notificada à outra parte. Vê-se, portanto, a possibilidade de denúncia sem um prazo prévio. Contudo, o parágrafo único do mesmo dispositivo faz a seguinte ressalva: se, dada à natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

Como se observa, o prazo estabelecido no parágrafo único do art. 473 do Código Civil mais ainda se justifica nas hipóteses em que está em jogo o caráter alimentar da contraprestação feita pelo tomador de serviços nas relações de trabalho em sentido amplo. Tanto assim que o art. 599 do mesmo diploma legal, ao tratar dos contratos de prestação de serviços, fixa os prazos de prévio aviso nas hipóteses de celebração de contrato de prestação de serviços por prazo indeterminado. Nesse caso, estabelece o referido dispositivo legal a antecedência de oito dias, se a retribuição tiver sido fixada por mês; de quatro dias, se a retribuição for ajustada por semana ou quinzena e, na véspera, quando se tenha contratado por menos de sete dias.

No contrato de prestação de serviços, a ausência da comunicação, pela parte que resiliu o contrato, gera, para o outro contratante, o direito de pleitear perdas e danos pelos prejuízos comprovadamente ocorridos (PAMPLONA FILHO; GAGLIANO, 2007, p. 250).

Cuida-se, portanto, de direito fundamental do trabalhador nas hipóteses de relação jurídica de trabalho de natureza continuativa e por tempo indeterminado. É que o prestador de serviços desenvolve suas atividades de modo continuado e deve conceder aviso prévio de que não mais deseja continuar na prestação de serviços. Tem também o direito de ser pré-avisado da intenção de rescisão contratual.

5.5.13 Redução dos riscos e seguro contra acidentes de trabalho

O art. 7º da Constituição estabelece, também, em seu inciso XXII, a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança²³⁰. Por outro

²³⁰ Art. 7º, inciso XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

lado, o inciso XXVIII²³¹ determina a obrigatoriedade de seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Consoante ressalta Mannrich (1991, p. 255), a saúde corresponde a um estado de bem-estar físico, mental e social e não meramente à ausência de dano e enfermidade. Saliente-se que o Brasil tem um índice relativamente elevado de acidentes de trabalho, sendo de se ressaltar que vários fatores contribuem para isso, como o excesso de jornada de trabalho, falta de repouso, agressões provocadas pelo ritmo de trabalho, falta de treinamento, stress, dentre outras causas mais específicas.

O inciso XXVII do art. 7º, ao estabelecer a obrigatoriedade de seguro contra acidentes de trabalho, protege o empregado, uma vez que a responsabilização do órgão previdenciário é objetiva. Já a responsabilidade do empregador é subjetiva, sendo esta a orientação que se extrai do Código Civil²³², conquanto exista posicionamento contrário digno de registro neste ponto²³³.

Os direitos estabelecidos nos incisos XXII e XXVIII do art. 7º da Constituição constituem direitos fundamentais dos trabalhadores, não apenas dos empregados. Convém salientar que, neste caso, a redução dos riscos inerentes ao trabalho deve ser aplicada a qualquer tipo de trabalho humano, eventual ou contínuo, subordinado ou não, tendo em vista a necessidade de se assegurar a dignidade do homem trabalhador.

²³¹ Art. 7º, Constituição Federal, inciso XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

²³² Art. 927, *caput* do código civil: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

²³³ Existe a tese de que o parágrafo único do art. 927 do Código Civil desejou estabelecer a responsabilidade objetiva do empregador de acordo com a natureza da atividade: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (art. 927, parágrafo único Código Civil). Existe, também, o entendimento na linha da tese aprovada no Conamat 2006 – Congresso Nacional de Magistrados do Trabalho. Segundo essa tese, quando o artigo 7º, XXVIII, da Constituição estabelece, como direito dos trabalhadores urbanos e rurais, o “seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa”, não se refere às hipóteses de acidentes do trabalho, moléstias profissionais ou doenças do trabalho desencadeadas por distúrbios sistêmicos do meio ambiente laboral. Se o acidente ou a moléstia é concreção dos riscos inerentes à atividade, ou se não guarda relação causal adequada com tais riscos, a indenização, calcada no instituto da culpa aquiliana *lato sensu*, dependerá de prova do elemento subjetivo (dolo ou culpa), usualmente ao encargo do empregador ou tomador (inversão do ônus da prova). Por outro lado, se o acidente ou a moléstia configuram dano labor-ambiental, desencadeado pelo incremento dos riscos inerentes ou pela criação de riscos atípicos em virtude da organização dos meios de produção e/ou dos elementos materiais do espaço laboral, a norma de regência seria a do artigo 225, §3º, da CRFB e, por ela, a regra do artigo 14, §1º, da Lei n. 6.938/81 (FELICIANO, 2006, p. 4).

5.5.14 Adicional de periculosidade, insalubridade e penosidade.

A Constituição estabelece, no seu inciso XXIII do art. 7º²³⁴, o adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei. Trata-se, à primeira vista, de norma antinômica com o inciso XXII, pois ao se estabelecer a tarifação do risco, estar-se-ia a admitir sua existência, o que seria incongruente com a redução dos riscos inerentes ao trabalho.

Interessante tese de Guilherme Guimarães Feliciano (2006, p. 2) defende a idéia de que a exposição ao risco é intrínseca a certas profissões no atual estágio de desenvolvimento tecnológico. Dessa forma, haveria, sempre, trabalho penoso, insalubre ou perigoso. Esse entendimento pode ser extraído a partir dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência inseridos no art. 170 da Constituição, ou mesmo atribuído do interesse público primário.

Assim, segundo o autor, a redução máxima do agente prejudicial, e a sua eliminação, é o primeiro propósito da Constituição. Porém, essa transige com a realidade, estipulando o pagamento de adicionais para as atividades insalubres, perigosas e penosas. Essa transigência vai continuar enquanto o atual estado da técnica não permitir, em determinadas atividades econômicas, a eliminação ou a redução do elemento perverso a níveis toleráveis para a saúde humana. Por outro lado, acrescenta o autor, se o estado atual da técnica permitir a eliminação dos riscos sem forte comprometimento da atividade econômica, o trabalho perverso deve ser sumariamente eliminado. Para tanto, poderão os trabalhadores ou o sindicato recorrer às instâncias do Poder Judiciário.

A tese, aprovada no Congresso Nacional de Magistrados do Trabalho em maio de 2006, representa uma idéia que contempla os princípios hermenêuticos da máxima efetividade e da força normativa da Constituição, pois somente autoriza o trabalho insalubre, perigoso ou penoso nos casos em que o atual estágio de evolução da técnica não permitir a elisão do agente danoso.

Pode-se afirmar que os adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade não constituem direitos fundamentais do trabalhador. Na realidade, o direito fundamental está em assegurar-se ao trabalhador um meio ambiente que não tenha agentes insalubres, perigosos ou penosos. Com efeito, ao se aceitar a tarifação estabelecida pela regulamentação dos adicionais, está-se a tolerar o trabalho humano em tais condições, o que, sem dúvida, não

²³⁴Art. 7º, inciso XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.

pode ser alçado à condição de direito fundamental do empregado. Assim, a existência dos adicionais e a conseqüente permanência dos agentes insalubres, perigosos e penosos é uma característica para funcionamento do sistema econômico, sem, contudo, configurar direito fundamental do trabalhador.

5.5.15 Aposentadoria

Estabelece o inciso XXIV do art. 7º da Constituição²³⁵ o direito à aposentadoria. O próprio texto constitucional estabelece as condições e requisitos para a aposentadoria, especificamente no art. 201, § 7º. Prescreve o citado dispositivo que é assegurada aposentadoria no regime geral de previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições: I - trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher; II - sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal.

O § 8º do mesmo dispositivo estabelece que “os requisitos a que se refere o inciso I serão reduzidos em cinco anos, para o professor que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício das funções de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio”. Tais regras referem-se à aposentadoria no setor privado, que é procedida através do Instituto Nacional do Seguro Social.

Tratando da aposentadoria no serviço público, estabelece o art. 40 da Constituição que aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas.

De acordo com o §1º do art. 40, os servidores públicos serão aposentados por invalidez permanente, compulsoriamente e voluntariamente. Nesse último caso, a Constituição estabelece que seja cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observado o seguinte limite de idade: a) sessenta anos de idade e trinta e cinco de contribuição, se homem, e cinqüenta e cinco anos de idade e trinta de contribuição, se mulher; b) sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de

²³⁵ Art. 7º, inciso XXIV – aposentadoria.

idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição. Além disso, é assegurada, de acordo com o § 9º do art. 201 da Constituição, para efeito de aposentadoria, a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana.

A aposentadoria é um direito fundamental do trabalhador. Com efeito, trata-se de um benefício de ordem previdenciária, sujeito, portanto, às contribuições do trabalhador e sua filiação ao regime de previdência social. Como o trabalhador, em geral, conta apenas com a sua força de serviço, é necessário algum mecanismo para assegurar sua subsistência no momento em que a prestação de serviços se torna mais dificultosa. Assim, a aposentadoria é um dos direitos básicos do homem trabalhador.

5.5.16 Assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas

O inciso XXV do art. 7º da Constituição²³⁶ prevê que é assegurada a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas. A redução da idade de seis para cinco anos ocorreu através da Emenda Constitucional 53/2006. Tal modificação deu suporte constitucional à inclusão das crianças de seis anos no ensino fundamental obrigatório, que passou a ter duração de nove anos com a edição da Lei nº. 11.274/2006.

O inciso refere-se à educação infantil. A esse respeito, é necessário lembrar que, no Brasil, o surgimento das creches esteve relacionado não somente ao atendimento das necessidades das mulheres que trabalhavam na indústria e comércio, mas principalmente daquelas que desempenhavam serviços domésticos. Nessa época, as creches populares davam assistência somente a itens como alimentação, higiene e segurança física, não cuidando propriamente da educação. Eram, assim, desenvolvidas políticas sociais com acentuada fragmentação institucional, exclusão da participação social nas decisões e principalmente caracterizadas pelo clientelismo.

A Consolidação das Leis do Trabalho contém normas que regulamentam o dispositivo constitucional sob análise no que se refere à relação de emprego. Nesse sentido, o art. 389, § 1º, dispõe que os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos trinta mulheres

²³⁶ Art. 7º, inciso XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas.

com mais de dezesseis anos de idade terão local apropriado, onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período de amamentação. Trata-se, assim, da exigência de berçário, que é estabelecida independentemente do estado civil da empregada. O § 2º do mesmo artigo, contudo, permite o suprimento da instalação de berçários por meio de creches distritais, mantidas diretamente pelas empresas em regime comunitário, ou em convênio com entidades públicas ou privadas ou ainda mantidas pelo SESI, SESC, LBA ou sindicatos.

Em relação à instalação de pré-escolas, dispõe o art. 397 da CLT que entidades públicas destinadas à assistência e à infância (SESI, SESC, LBA e outras) manterão ou subvencionarão escolas maternais e jardins de infância, distribuídos nas zonas de maior densidade de trabalhadores, destinados especialmente aos filhos das mulheres empregadas. A CLT prevê, ainda, em seu art. 400, que os locais destinados à guarda dos filhos das operárias durante o período de amamentação deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária.

A previsão do art. 7º, inciso XXV, da Constituição Federal constitui direito fundamental do trabalhador. Tal direito deverá ser assegurado prioritariamente pelo Estado e subsidiariamente pela iniciativa privada, através da instalação de creches patrocinadas pelos empregadores. Convém, entretanto, observar que, antes da necessária regulamentação, a exigência inserta no inciso sob exame somente se sustenta nas hipóteses em que as normas coletivas da categoria regulamentem o dever de criação de creches e educação pré-escolar patrocinadas pelo empregador.

5.5.17 Reconhecimento das convenções e acordos coletivos

O art. 7º, inciso XXVI, da Constituição²³⁷ preceitua o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. Tal reconhecimento é importante na medida em que o direito do trabalho, além das regras de ordem heterônoma, convive, também, com diversas regras de ordem autônoma.

Os acordos coletivos diferem das convenções porque são firmados com as empresas empregadoras de forma direta, enquanto as convenções coletivas são firmadas apenas entre os sindicatos de empregados e empregadores. As convenções e acordos coletivos, em geral, buscam a ampliação de direitos e vantagens dos empregados, funcionando ainda como forma

²³⁷ Art. 7º, inciso XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

de adequação das particularidades de cada categoria profissional. Quando agem desta forma, atuam com base no princípio da proteção na vertente da norma mais favorável.

Grande é a discussão acerca da possibilidade de derrogação de normas protetivas heterônomas pelas convenções e acordos coletivos. A esse respeito, Romita (2005, p. 404) destaca a circunstância de que os fatores de inferioridade do trabalhador individualmente considerado são afastados no plano coletivo. Afirma ainda o autor que quando se considera a negociação coletiva, não se está diante de uma hipótese de disposição do direito, mas de regulamentação deste mesmo direito.

Acrescenta Romita (2005, p. 404) que a aquisição do direito não pode ser objeto de renúncia antecipada, mas sim o modo de exercê-lo. Dessa forma, por exemplo, a convenção coletiva não poderia renunciar o direito às férias, mas poderia estabelecer condições de seu gozo distintas das estabelecidas em lei, observadas as condições peculiares da negociação coletiva. Assim, apenas os direitos fundamentais do trabalhador não poderiam ser objeto de negociação coletiva.

O reconhecimento de convenções e acordos coletivos é um direito fundamental do trabalhador, intimamente ligado aos direitos fundamentais coletivos dos trabalhadores, como o direito de sindicalização e de greve.

5.5.18 Prescrição

De acordo com o inciso XXIX do art. 7º da Constituição,²³⁸ o direito de ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, tem o prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho. A redação do dispositivo foi dada pela Emenda Constitucional nº. 28/00, pois anteriormente os créditos trabalhistas rurais eram imprescritíveis no curso da relação de emprego.

A inserção do inciso XXIX no art. 7º causa estranheza porque se está a tratar de extinção do direito de ação e não propriamente de direito assegurado ao empregado. A redação inicial do dispositivo parece fazer crer que o que se estabelece é o direito de ação. Porém, logo se verifica que tal interpretação não corresponde à realidade, uma vez que a pretensão foi realmente a de elevar ao nível constitucional os prazos prescricionais dos

²³⁸ Art. 7º, inciso XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

créditos trabalhistas. Ressalte-se, neste aspecto, que, se não fosse para estabelecer o prazo prescricional, o inciso seria completamente desnecessário, porquanto o direito de ação já se encontra previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição. Não se trata, assim, de direito fundamental do trabalhador, sendo, ao contrário, medida apenas conjuntural, de verificação dos prazos hábeis ao reconhecimento da prescrição.

5.5.19 Proteção ao trabalho da mulher e em face da automação e medidas antidiscriminatórias

O art. 7º da Constituição fixa um rol de medidas antidiscriminatórias e protetivas, com o objetivo de favorecer o mercado de trabalho para categorias especialmente prejudicadas²³⁹. Com esse objetivo, estabelece, em seu inciso XX, a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei. Outrossim, no inciso XXVII, fixa a proteção em face da automação, na forma da lei.

A Constituição de 1988 mudou todo o tratamento jurídico dispensado às mulheres. Trata-se, como afirma Cristiane Lopes (2006, p. 407), da superação de um paradigma jurídico que legitimava declaradamente a organização patriarcal e a conseqüente preferência do homem ante a mulher, especialmente no âmbito da família. Em seu lugar, delineia-se uma ideologia de igualdade de direitos e deveres. A ruptura paradigmática, segundo a autora, implicará a construção de um novo conjunto de valores, de uma nova estrutura que dê coerência ao ordenamento jurídico.

Cristiane Lopes (2006, p. 427) destaca que com o advento da Constituição de 1988, iniciou-se um processo de adaptação das regras jurídicas aos novos princípios. Essa nova ordem incluiu a proibição de discriminação em relação a sexo (art. 3º, IV; art. 5º, I) e abolição da “chefia” da sociedade conjugal (art. 226, § 5º).

No âmbito trabalhista, segundo a autora, foram muitas as alterações legislativas como as referentes ao redimensionamento das normas de proteção à maternidade nos âmbitos trabalhista e previdenciário (art. 392 e seguintes da CLT, com acréscimos das Leis nº. 9.799/99 e nº. 8.213/91) e a instituição de normas de combate à discriminação e meios de

²³⁹ Art. 7º, inciso XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; inciso XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei; inciso XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; inciso XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência; inciso XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos.

assegurar a igualdade (Leis nº. 9.029/95 e nº. 9.799/99). Tais alterações caminham na esteira do disposto no art. 7º, inciso XX, uma vez que o direito do trabalho, em relação à mulher, deixou de ser protetor e passou a ser promocional (LOPES, 2006, p. 427).

A proteção em face da automação entrou na Constituição como reflexo do desemprego causado pela revolução tecnológica. Com efeito, as análises empreendidas no capítulo 3 já demonstram as dificuldades de manutenção das taxas de empregabilidade diante dos fenômenos atuais de globalização e informatização. Assim, o dispositivo constitucional prevê a elaboração de legislação ordinária que vise à promoção do emprego e sua proteção contra a automação. A proteção contra o desemprego, aliás, já está prevista na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, precisamente em seu art. 23.

Em relação à vedação de práticas discriminatórias, estabelece, o art. 7º, em seu inciso XXX, a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Já no inciso XXXI fixa a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. Por fim, no inciso XXXII preceitua a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual, ou entre os profissionais respectivos.

Neste aspecto, é importante fazer referência à Convenção nº. 111 da OIT, ratificada pelo Brasil, a qual enumera as hipóteses em que ocorre discriminação em matéria de emprego e profissão, delimita o campo de incidência dos termos "emprego" e "profissão", estabelece as obrigações dos Estados-membros, aponta as hipóteses que não serão consideradas discriminatórias e fixa as regras de sua ratificação, vigência e denúncia²⁴⁰.

Otávio Brito Lopes (2000, p.1) enfatiza que a discriminação pode ser praticada pelo Estado ou por particulares. Não raro, antecede a própria relação de emprego, pois atinge

²⁴⁰ Para os fins da Convenção nº. 111 da OIT, discriminação significa (art. 1º): "a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento no emprego ou profissão; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência, que tenha por efeito anular ou reduzir a igualdade de oportunidades, ou tratamento, emprego ou profissão, conforme pode ser determinado pelo país-membro concernente, após consultar organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e outros organismos adequados." Não são considerados como discriminatórios os atos de distinção, exclusão ou preferência, baseados em qualificações exigidas para um determinado emprego (art. 1º, 2), bem como as medidas que afetem uma pessoa suspeita (a suspeita há de ser legítima) de envolvimento ou prática de atividades prejudiciais à segurança do Estado, desde que lhe seja garantido o direito de apelar para uma instância competente, segundo a prática nacional (art. 4º). Também não são consideradas discriminatórias as medidas especiais de proteção ou de assistência asseguradas em outros instrumentos normativos (convenções e recomendações) da OIT (art. 5º,1). A Convenção nº. 111 faculta, ainda, aos Estados-membros, mediante consulta aos órgãos de representação de trabalhadores e empregadores, se houver, a definição de outras medidas especiais destinadas ao atendimento das necessidades particulares de pessoas que precisem de proteção ou assistência especial, em razão do sexo, idade, invalidez, encargos de família ou nível social ou cultural, sem que tais medidas especiais sejam consideradas discriminatórias (art. 5º, 2).

certos grupos, classes ou categorias de pessoas, cujo acesso aos postos de trabalho em geral ou a certos postos de trabalho é obstado ou dificultado pelos mais variados motivos, tais como raça, cor, idade, sexo, religião, ideologia política etc.

Assinala o citado autor o trabalho em regime de cooperação entre a OIT e diversos órgãos governamentais brasileiros (Ministério Público do Trabalho, Ministério do Trabalho, Ministério da Justiça), no combate à discriminação no emprego. Essa parceria levou à constatação de várias formas de discriminação no trabalho, sendo mais comuns as seguintes hipóteses: a) negros e mulheres têm o acesso dificultado a certos trabalhos que impliquem contato com o público, tais como caixa de banco, garçom, garçonete, relações públicas etc.; b) os salários pagos aos negros e às mulheres são inferiores ao pagos aos seus colegas, com a mesma qualificação; c) negros e mulheres costumam ser preteridos nas promoções no emprego; d) em muitos casos a justificativa para a preterição das mulheres nas promoções é que os seus colegas poderiam ter dificuldade em aceitar o comando feminino; e) as mulheres estão sujeitas ao assédio sexual como instrumento de pressão no trabalho.

Assim, ao vedar práticas discriminatórias e ao promover o mercado de trabalho das mulheres, a Constituição atende à promoção do princípio da igualdade, já analisado neste trabalho. Trata-se, portanto, de direitos fundamentais dos trabalhadores, aplicáveis não apenas às hipóteses de relação de emprego, mas também às diversas formas de relação de trabalho.

5.5.20 Proteção do trabalho do menor

Estabelece o inciso XXXIII do art. 7º da Constituição²⁴¹ a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos. Trata-se da proteção constitucional contra o trabalho infantil e adolescente, aperfeiçoada pela Emenda Constitucional n. 20, que aumentou de quatorze para dezesseis anos a idade mínima para o trabalho.

A Constituição alberga uma idéia básica de proteção contra o trabalho infantil que vem consagrada também em documentos internacionais. Nesse sentido, em dezembro de 1999, o Brasil ratificou a Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho, sobre a

²⁴¹ Art. 7º, inciso XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para a sua eliminação. Posteriormente, em 2002, o Brasil também ratificou a Convenção 138.

A Convenção 182 da OIT estabelece, em seu art. 1º, que todo Estado-membro que ratificá-la deverá adotar medidas imediatas e eficazes que garantam a proibição e a eliminação das piores formas de trabalho infantil em regime de urgência. Para os termos da convenção 182, o termo criança aplica-se a toda pessoa menor de 18 anos, justamente porque se refere às piores formas de exploração do trabalho humano.

As piores formas de trabalho infantil, definidas pela convenção 182 são indicadas no art. 3º: a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão; b) utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de material pornográfico ou espetáculos pornográficos; c) utilização, demanda e oferta de criança para atividades ilícitas; d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são susceptíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança.

A Convenção 138 da OIT, de 1973, por seu turno, trata sobre a idade mínima para a admissão a emprego. Estabelece, em seu art. 1º, que todo Estado-membro, no qual vigore a Convenção, compromete-se a adotar uma política nacional que assegure a efetiva abolição do trabalho infantil e eleve, progressivamente, a idade mínima de admissão a emprego ou a trabalho a um nível adequado ao pleno desenvolvimento físico e mental do jovem. Nos termos do item 3 do art. 2º da Convenção, a idade mínima fixada não será inferior à idade de conclusão da escolaridade compulsória ou, em qualquer hipótese, não inferior a quinze anos. Porém, o Estado-membro, cuja economia e condições do ensino não estiverem suficientemente desenvolvidas, após consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, se as houver, poderá definir, inicialmente, uma idade mínima de quatorze anos. No seu art. 3º, item 1, a Convenção 138 estabelece que não será inferior a dezoito anos a idade mínima para admissão a qualquer tipo de emprego ou trabalho que, por sua natureza ou circunstância em que é executado, possa prejudicar a saúde, a segurança e a moral do jovem.

Conforme se verifica, a previsão constitucional de proteção à infância e à adolescência, vai ao encontro de todo o normativo internacional protetivo, configurando-se, assim, direito fundamental dos trabalhadores.

5.5.21 Igualdade de direitos entre o empregado e o trabalhador avulso

O inciso XXXIV do art. 7º da Constituição²⁴² estabelece a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. Esse último é aquele trabalhador que presta serviços a inúmeras empresas, através de entidade de classe, por intermédio desta e sem vínculo empregatício. Assim, caracterizam o trabalho avulso a intermediação do sindicato ou órgão específico de colocação de mão-de-obra, a curta duração dos serviços e a prevalência da forma de rateio para a remuneração.

Existe uma definição legal de trabalhador avulso, formulada pela Lei nº. 8.212/1991. Nos termos da citada lei, considera-se avulso quem presta, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, serviços de natureza urbana ou rural definidos no regulamento. Já o art. 9º, inciso IV, do Decreto nº. 3048/99, que regulamenta a Lei nº. 8212/91, define como trabalhador avulso aquele que, sindicalizado ou não, presta serviço de natureza urbana ou rural, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, com a intermediação obrigatória do órgão gestor de mão-de-obra ou do sindicato da categoria, assim considerados²⁴³.

A igualdade de direitos, propiciada pela Constituição de 1988, entre avulsos e empregados fortalece a tese de que também alguns direitos, dado o seu caráter de direitos fundamentais, devem ser assegurados às categorias não inseridas nas relações de emprego.

5.6 – Direitos fundamentais coletivos do trabalho

A Constituição, em seus arts. 8º a 11, estabelece os chamados direitos coletivos dos trabalhadores, abrangendo, dentre outros, a liberdade sindical, o direito à greve e o direito de participação nas empresas. Tais direitos serão analisados de forma específica nos tópicos que se seguem.

Segundo assinala Carlos Henrique Bezerra Leite (1997, p. 103), durante a fase de elaboração da constituição, projetos diversos contemplavam, em capítulo separado, os direitos

²⁴² Art. 7º, inciso XXXIV : igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

²⁴³ O artigo 9º , inciso IV, do Decreto nº. 3.048/99, faz, ainda, a enumeração de hipóteses de trabalhadores avulsos: a) o trabalhador que exerce atividade portuária de capatazia, estiva, conferência e conserto de carga, vigilância de embarcação e bloco; b) o trabalhador de estiva de mercadorias de qualquer natureza, inclusive carvão e minério; c) o trabalhador em alvarenga (embarcação para carga e descarga de navios); d) o amarrador de embarcação; e) o ensacador de café, cacau, sal e similares; f) o trabalhador na indústria de extração de sal; g) o carregador de bagagem em porto; h) o prático de barra em porto; i) o guindasteiro; e j) o classificador, o movimentador e o empacotador de mercadorias em portos.

coletivos, aí incluídos os direitos de liberdade de reunião, de associação civil, profissional e sindical, além do direito de greve. Porém, o capítulo acabou sendo suprimido e o seu conteúdo inserido tanto no art. 5º, quanto nos arts. 8º a 11 da Constituição.

Na lição de Orlando Gomes e Elson Gottschalk (1994, p. 520), o traço característico do direito coletivo do trabalho é que, ao invés de uma proteção direta ao empregado, existe o reconhecimento, pela ordem jurídica, do poder de organização dos grupos profissionais, da independência da profissão e de uma inspiração democrática capaz de assegurar os movimentos coletivos.

5.6.1 Liberdade e prerrogativas sindicais

O art. 8º da Constituição²⁴⁴ fixa as regras básicas sobre liberdade sindical, unicidade sindical, receitas sindicais e prerrogativas sindicais. Essas regras aplicam-se aos sindicatos urbanos e rurais, bem como às colônias de pescadores, na forma de seu parágrafo único. O art. 8º estabelece, inicialmente, os limites da liberdade sindical, que convive com a manutenção da unicidade sindical. Assim, prescreve que é livre a associação profissional ou sindical, determinando, no inciso I, que “a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical”.

Da redação do referido inciso I, verifica-se uma grande mudança em relação ao regime anterior. Com o advento da Constituição de 88, os sindicatos não mais precisam de autorização para funcionamento, mas tão somente registro perante o Ministério do Trabalho, o qual é feito com o único objetivo de preservar a unicidade sindical. Assim, o inciso I consagra a liberdade sindical coletiva, ou liberdade de criação e organização do sindicato.

²⁴⁴ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei. Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer.

O inciso II consagra a unicidade sindical. Estabelece que é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, na mesma base territorial, a qual não poderá ser inferior à área de um Município.

Convém diferenciar, como faz Romita (1991, p. 223) a unicidade da unidade sindical. A unicidade é o resultado da limitação legal, ou seja, o sindicato único resulta de imposição legal. Já a unidade sindical é o regime em que o sindicato único é produto espontâneo do fato social, resultante da livre decisão dos trabalhadores. Em oposição aos dois conceitos, surge a pluralidade sindical, como a possibilidade de uma categoria ser representada por mais de um sindicato na mesma base territorial.

Ainda no campo da liberdade sindical, o inciso V do art. 8º estabelece que “ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato”, o que consagra a liberdade sindical individual, ou liberdade de filiação. A liberdade sindical é objeto das convenções 87 e 98 da Organização Internacional do Trabalho. A Convenção 87, de 1948, ainda não ratificada pelo Brasil, trata sobre liberdade sindical e proteção do direito de sindicalização. Nesse sentido, estabelece o direito de todos os trabalhadores e empregadores de constituir organizações que considerem convenientes, podendo a elas se afiliarem, sem prévia autorização. Dispõe, além disso, sobre uma série de garantias para o livre funcionamento dessas organizações, sem ingerência das autoridades públicas.

A Convenção 98, de 1949, ratificada pelo Brasil em 1952, dispõe sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva. Com esse objetivo, prevê proteção contra todo ato de discriminação que reduza a liberdade sindical, proteção das organizações de trabalhadores e de empregadores contra atos de ingerência de umas nas outras, bem como medidas de promoção da negociação coletiva.

A liberdade sindical, quer no seu aspecto individual, quer coletivo, constitui direito fundamental do trabalhador. Constitui, na verdade, conforme assinala Rodrigues Pinto (2003, p. 86), o ponto de partida essencial do sindicalismo, tratando-se do princípio básico e fundamento do sindicalismo válido. A partir do inciso III do art. 8º, a Constituição cuida das prerrogativas sindicais. Inicialmente, estabelece que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”.

Os sindicatos, historicamente, nasceram como órgão de luta de classes. Contudo, atualmente possuem diversas funções, dentre as quais podem-se destacar a negocial, a assistencial e a postulatória. Assim, o sindicato é o órgão não só responsável pela luta em busca de melhores condições de trabalho, como também pela celebração de convenções e

acordos coletivos de trabalho, instauração de dissídios coletivos, substituição processual da categoria, assistência jurídica, conferência e homologação de rescisões contratuais, além de outras atividades.

Ainda no campo das prerrogativas sindicais, o inciso VI do art. 8º estabelece que é “obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”. A negociação coletiva pode ser entendida como o complexo de entendimentos entre representações de categorias de trabalhadores e empregadores, ou suas representações, para estabelecer condições gerais de trabalho. Por sua vez, pressupõe o preenchimento de determinados princípios, tais como o contraditório entre os sujeitos, a cooperação de vontades, a igualdade dos negociadores e a razoabilidade das pretensões (PINTO, 2003, p. 184).

Outra prerrogativa sindical é aquela inserida no inciso VIII do art. 8º, que estabelece a estabilidade provisória do dirigente sindical. Nesse sentido, prescreve que “é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei”. Trata-se, sem dúvida, de garantia essencial ao livre exercício das atividades sindicais. É preciso ressaltar, porém, que a garantia não se aplica aos trabalhadores não caracterizados como empregados, ante a incompatibilidade dos institutos.

O inciso IV do art. 8º, por seu turno, cuida das receitas sindicais. Em primeiro lugar, cria a contribuição para o custeio do sistema confederativo. Em segundo, reconhece a manutenção da contribuição sindical obrigatória, fixada em lei e com natureza jurídica tributária. Assim, estabelece o inciso que “a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei”.

Para o custeio de suas inúmeras funções, dispõe o sindicato das fontes de receita apontadas no art. 548 da CLT, destacando-se: a renda produzida pelos bens e valores de sua propriedade, as doações, legados, multas, rendas eventuais. Sua principal fonte de receitas é proveniente das contribuições, que se dividem, basicamente, em quatro tipos: sindical, confederativa, assistencial e associativa.

A contribuição sindical é disciplinada no art. 578 e seguintes da CLT. Trata-se de parcela devida por todos aqueles que participarem de determinada categoria profissional ou econômica, ou ainda de uma profissão liberal, em favor do sindicato, ou, em caso de

inexistência deste último, da federação representativa da categoria ou profissão. Caracteriza-se, assim, como uma prestação pecuniária e, de acordo com a legislação vigente, compulsória. Tem por finalidade o custeio de atividades essenciais do sindicato e outras previstas em lei. Trata-se de contribuição no interesse de categoria econômica e profissional, encontrando-se inserta, portanto, na disciplina do art. 149 da Constituição Federal.

A contribuição confederativa é estabelecida pela assembléia geral, podendo figurar no estatuto da entidade ou em acordos ou convenções coletivas do trabalho. Em qualquer caso, porém, obriga apenas os filiados ao sindicato, consoante reiterada jurisprudência trabalhista, consolidada no Precedente Normativo nº. 119 do Tribunal Superior do Trabalho²⁴⁵, bem como na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²⁴⁶.

Também denominada mensalidade sindical, a contribuição associativa “é a prestação pecuniária, voluntária, paga pelo associado ao sindicato em virtude de sua filiação à agremiação” (MARTINS, 2001, p. 141). Trata-se de contribuição prevista no art. 548, alínea b, da CLT, mas que se funda no estatuto ou ata de assembléia geral de cada entidade sindical, fontes formais de sua exigibilidade. Esse tipo de contribuição é voluntária, sendo paga apenas pelos associados ao sindicato. Tendo em vista não ser fundada em lei e considerando seu caráter voluntário, a contribuição associativa não possui natureza jurídica tributária, não se sujeitando, em decorrência, às limitações próprias do gênero tributo.

A taxa assistencial, taxa de reversão, contribuição ou quota de solidariedade, desconto assistencial ou a contribuição assistencial são as diversas denominações dadas ao mesmo instituto. Trata-se de uma prestação pecuniária voluntária feita pelos integrantes da categoria profissional ou econômica ao sindicato. Seu objetivo é custear a participação da entidade nas negociações coletivas ou propiciar a prestação de assistência jurídica, médica, dentária, entre outras. A contribuição assistencial é estabelecida com fundamento no art. 513, alínea “e”, da CLT. Sua fonte, porém, é sempre uma norma coletiva, seja acordo ou convenção coletiva ou ainda sentença normativa. Sua cobrança não é feita por força de lei,

²⁴⁵ Precedente Normativo 119 do TST : Fere o direito à plena liberdade de associação e de sindicalização cláusula constante de acordo, convenção ou sentença normativa fixando contribuição a ser descontada dos salários dos trabalhadores não filiados a sindicato profissional, sob a denominação de taxa assistencial ou para custeio do sistema confederativo. A Constituição da República, nos artigos 5º, inciso XX, e 8º, inciso V, assegura ao trabalhador o direito de livre associação e sindicalização.

²⁴⁶ Contribuição confederativa. Art. 8º, IV, da Constituição. Trata-se de encargo que, por despido de caráter tributário, não sujeita senão os filiados da entidade de representação profissional. Interpretação que, de resto, está em consonância com o princípio da liberdade sindical consagrado na Carta da República. Recurso não conhecido. (STF, primeira turma, RE 173869/SP, Recurso Especial, Rel. Min. Ilmar Galvão, julgado em 22/04/1997, DJ -19-09-97).

razão pela qual também não se enquadra na categoria dos tributos. Trata-se de contribuição que não é geral nem compulsória, já que obriga tão-somente os filiados ao sindicato²⁴⁷.

Por fim, o inciso VII do art. 8º garante ao aposentado filiado o direito de votar e ser votado nas organizações sindicais. Tanto a liberdade sindical, tanto as prerrogativas sindicais fixadas no art. 8º da Constituição constituem direito fundamental do trabalhador.

5.6.2 Direito de greve

O art. 9º da Constituição²⁴⁸ estabelece que “é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”. O § 1º do referido artigo remete à lei ordinária a definição dos serviços ou atividades essenciais e a disposição sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Já o § 2º estabelece que os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

A greve é definida por Maurício Godinho Delgado (2004, p. 1.412) como a “paralisação coletiva provisória, parcial ou total, das atividades dos trabalhadores em face de seus empregadores ou tomadores de serviços, com o objetivo de exercer-lhes pressão, visando à defesa ou conquista de interesses coletivos ou com objetivos sociais mais amplos”. Assim, a greve caracteriza-se pelo caráter coletivo do movimento. Além disso, tem como pressuposto a sustação das atividades contratuais e envolve o exercício coercitivo coletivo e direto. É, desta forma, instrumento de autotutela.

Consoante ressalta Washington Luiz Trindade (1997, p. 40), quando as condições propostas para o exercício do trabalho o tornam inaceitável dentro de uma classe ou de uma categoria, a recusa coletiva tem a identidade de um "direito natural do homem, no campo do

²⁴⁷ Contribuição confederativa – empregados não. Associados. Não exigibilidade – inteligência dos artigos 5º, XX, E 8º, IV, da Constituição Federal. A Constituição Federal assegura, a todos os trabalhadores, o direito de livre associação e sindicalização, nos termos dos seus artigos 5º, XX, e 8º, V. A cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa que estabelece contribuição assistencial em favor de entidade sindical, quando obriga empregados não sindicalizados ao seu pagamento, ofende a liberdade constitucionalmente protegida. O mesmo ocorre em relação à contribuição para o custeio do sistema confederativo, prevista no artigo 8º, IV, da Constituição Federal, que é compulsória apenas para os filiados do sindicato. Cláusulas que impõem o desconto compulsório de referidas contribuições para os integrantes da categoria profissional, abrangendo não-filiados ao sindicato, portanto, carecem de eficácia, porque o fazem flagrantemente ao arrepio da inteligência dos artigos 5º, XX, e 8º, IV e V, da Constituição Federal. Recurso de revista parcialmente conhecido e parcialmente provido (BRASIL, TST, quarta turma, RR 1768-2001-113-03-00, Recurso de Revista, Rel. Min. Milton de Moura França, julgado em 23 10 2002, DJ 08-11-2002).

²⁴⁸ Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1º - A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. § 2º - Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei.

direito do trabalho, como o é o da resistência à opressão, no terreno político”. Sabe-se que, historicamente, a greve evoluiu da categoria de delito à de direito, a partir da evolução da democratização do país²⁴⁹.

Destaca Trindade (1997, p. 40) que o fenômeno da greve tem a sua justificativa no preenchimento de lacuna entre a norma positiva ou contratual deteriorada pelos fatos e a dignidade humana ameaçada por essa deterioração. A greve, portanto, figura como um direito social na acepção tradicional de um direito entre tantos outros alcançados ao longo de penosa elaboração jurídica, representativa de reivindicações da classe operária.

Explica Trindade (1997, p. 40) que, diferentemente dos direitos individuais, os direitos sociais são faculdades concedidas e asseguradas ao trabalhador e não se confundem com as liberdades e garantias devidas ao cidadão, desfrutáveis também pelo trabalhador. São, pois, direitos específicos dos que participam do processo produtivo com a força-trabalho que supõe atividade física e mental organizada na criação da riqueza. Nesta acepção não se incluem manifestações ocasionais de grupos desorganizados.

Configurando um direito exercitável pela classe operária interessada, a greve não é direito individual, nem mesmo direito individual plúrimo, porque o modo de exercício de tal direito sugere fortemente a titularidade de um grupo, ente sindical que congrega trabalhadores por similitude de condições de vida e de trabalho criadoras de um vínculo social básico. Neste ponto, o direito de greve tem peculiaridades que o distinguem dos demais direitos conquistados pela classe operária. Essas peculiaridades se traduzem pelo modo de exercer o

²⁴⁹ Em escorço histórico sobre o direito de greve, Carlos Henrique Bezerra Leite (2001, p. 1) esclarece que as Constituições brasileiras de 1891 e de 1934 foram omissas a respeito da greve, enquanto a Constituição de 1937 prescrevia a greve e o *lockout* como recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional. O Decreto-lei nº 431, de 18-5-1938, que também versava sobre segurança nacional, tipificou a greve como crime, no que diz respeito a incitamento dos funcionários públicos à paralisação coletiva dos serviços; induzimento de empregados à cessação ou suspensão do trabalho e a paralisação coletiva por parte dos funcionários públicos. O Decreto-lei nº 1.237, de 2-5-1939, que instituiu a Justiça do Trabalho, previa punições em caso de greve, desde a suspensão e a despedida por justa causa até a pena de detenção. O Código Penal, de 7.12.1940 (arts. 200 e 201), considerava crime a paralisação do trabalho, na hipótese de perturbação da ordem pública ou se o movimento fosse contrário aos interesses públicos. Com a Carta de 1946 a greve passa a ser reconhecida como direito dos trabalhadores, embora condicionando o seu exercício à edição de lei posterior (art. 158). Somente em 1º de junho de 1964, entrou em vigor a Lei de Greve (Lei nº 4.330), que prescrevia a ilegalidade da greve: a) se não fossem observados os prazos e condições estabelecidos na referida lei; b) que tivesse por objeto reivindicações julgadas improcedentes pela Justiça do Trabalho, em decisão definitiva, há menos de um ano; c) por motivos políticos, partidários, religiosos, morais, de solidariedade ou quaisquer outros que não tivessem relação com a própria categoria diretamente interessada; d) cujo fim residisse na revisão de norma coletiva, salvo se as condições pactuadas tivessem sido substancialmente modificadas. A Constituição de 1967, em seu artigo 158, XXI, combinado com o art. 157, § 7º, assegurou o direito de greve aos trabalhadores do setor privado, proibindo-a, contudo, em relação aos serviços públicos e às atividades essenciais. A Emenda Constitucional nº. 01, de 17.10.69, manteve a mesma orientação (artigos 165, XX, e 162).

direito, isto é, a sua possibilidade jurídica supõe a titularidade de um ente figurado que opera uma classe ou uma categoria.

Assim, para os demais direitos sociais, cuja titularidade pode existir em relação ao indivíduo, enquanto trabalhador, o seu exercício é a impulsão de faculdade de quem, pessoalmente ou plurimamente, busca a proteção da norma por prejuízo sofrido. Por outro lado, a greve é o direito afirmado perante o juiz ou perante a comunidade de uma lesão massiva, suportada pela classe, cujo papel social, para ser representado, importa em onerosidade excessiva.

O direito de greve é direito fundamental do trabalhador dentro de um Estado Democrático de Direito, devendo ser ressalvada a expressa norma inserta no art. 142, inciso IV, da Constituição, inserida pela Emenda Constitucional nº. 18: “ao militar são proibidas a sindicalização e a greve”. Destaque-se também a previsão do art. 37, inciso VII, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19: “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”. Assim, excluída a proibição do exercício de greve aos militares, bem como observada a necessidade de legislação regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos civis, tem-se que a greve é um direito dos trabalhadores em sentido amplo, desde que organizados coletivamente.

5.6.3 Participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos

O art. 10 da Constituição²⁵⁰ prescreve que é assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação. É, como se observa, uma medida de cunho democrático, que procura preservar a defesa direta dos direitos dos trabalhadores perante os colegiados dos órgãos públicos que cuidem de assuntos do seu interesse. Trata-se, portanto, de direito não apenas do empregado, mas de qualquer trabalhador que tenha seus direitos tratados em colegiados de específicos órgãos públicos.

²⁵⁰ Art. 10 É assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação.

5.6.4 Representante dos empregados na empresa

O art. 11 da Constituição²⁵¹ dispõe sobre o chamado representante de fábrica, ao definir que, nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores. Não se trata, aqui, de mecanismo de co-gestão da empresa, cuja previsão consta, de forma excepcional, na hipótese do inciso XI do art. 7º da Constituição, já tratado em item anterior. Na verdade, trata-se de participação coletiva direta, de natureza administrativa reivindicativa.

Conforme ressalta Rodrigues Pinto (2002, p. 342), a participação coletiva dos trabalhadores no âmbito da empresa pode ser vista sob o ponto de sua origem, como uma representação sindical ou direta. No caso do art. 11 da Constituição, a previsão é de uma representação direta, uma vez que se menciona a eleição de um representante dos empregados. Já sob o ponto de vista do tipo de participação, esta pode ser administrativa ou econômica. No primeiro caso, a participação pode ser reivindicativa, consultiva ou deliberativa. Por sua vez, a participação econômica pode ser acionária, nos lucros ou nos resultados.

A previsão do art. 11 é de uma participação administrativa reivindicativa, com o objetivo de facilitar a comunicação entre empregados e empregadores. Dessa forma, os empregados podem ter um entendimento direto com os empregadores, independentemente da interveniência do sindicato da categoria. Todavia, não se configura como direito fundamental do trabalhador a ser aplicável às outras espécies de relação de trabalho distinta da relação de emprego. Com efeito, o representante estabelecido na Constituição nada mais é do que um facilitador das relações em que existe a subordinação jurídica, o que, contudo, seria incompatível com as hipóteses distintas da relação de emprego.

5.7 O reconhecimento dos direitos fundamentais trabalhista aos trabalhadores autônomos economicamente dependentes

Como já foi referido, este trabalho tem como proposta apresentar um anteprojeto de regulação das condições de trabalho dos trabalhadores autônomos economicamente dependentes, o que será feito no capítulo seguinte. Porém, independentemente de tal

²⁵¹ Art. 11. Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores.

regulação e até porque o processo legislativo no país é moroso, é importante que se fixem, desde logo, parâmetros mínimos de proteção, a serem aplicados com base no reconhecimento dos direitos fundamentais trabalhistas.

Neste aspecto, ressalte-se o estudo empreendido por Oliveira (2006, p. 202), no sentido de reconhecer alguns incisos do art. 7º da Constituição como direitos trabalhistas fundamentais. Assim, numa primeira aproximação, poder-se-ia advogar o reconhecimento de tais direitos fundamentais aos trabalhadores autônomos economicamente dependentes, independentemente de qualquer alteração legislativa.

Essa aplicação direta dos direitos fundamentais pode ser reconhecida pela jurisprudência, a partir do desenvolvimento de interpretações que primem pelo reconhecimento dos princípios da dignidade da pessoa humana. A partir de tal hermenêutica, reconhece-se que os direitos fundamentais trabalhistas são aplicáveis a todas as categorias de trabalhadores, não apenas àqueles que sejam empregados.

A partir da análise dos direitos trabalhistas fundamentais insertos no art. 7º da Constituição empreendida por Oliveira (2006, p. 202), citada no início deste capítulo, há que se destacar algumas ressalvas. Inicialmente, a questão da vedação do labor extraordinário. Isso porque a proibição esconde a realidade sob a forma de exortações morais sem nenhum conteúdo prático efetivo. Ainda que se considerem as prestações de horas extraordinárias como infrações administrativas, puníveis por multas do Ministério do Trabalho, não se estaria dando a adequada proteção ao direito, e, o que é pior, estar-se-ia criando uma disparidade com o trabalhador com vínculo empregatício. Como se observa, não há suporte jurídico para se proibir a prestação de horas extraordinárias pelo trabalhador autônomo, pois a realidade mostra que este trabalho é a tônica nas relações trabalhistas em que se exigem resultados imediatos.

Há ainda que se considerar que a necessidade do repouso anual é reconhecida por todos os estudos de medicina do trabalho, que apontam para a importância desse descanso. Contudo, o adicional de um terço de férias deveria ser melhor analisado para as relações não-empregatícias, de forma que a jurisprudência teria que definir critérios para tal reconhecimento, a partir de técnicas de ponderação.

Ante essas dificuldades é que não se pode deixar de reconhecer a necessidade de uma legislação específica para a categoria, capaz de resolver as peculiaridades de cada parcela específica. Tal legislação em especial se justifica levando-se em conta a tradição jurídica brasileira, que é diferente dos países da *common law* e diversa ainda de países com forte tradição na jurisdição constitucional dos direitos fundamentais. A tradição jurídica brasileira

não é a de construção jurisprudencial de direitos, ainda que, em algumas esferas e também na trabalhista, possam-se contar exemplos de tal construção ²⁵².

Outros direitos assegurados no art. 7^a da Constituição, não expressamente indicados no rol elaborado por Oliveira (2006), podem ser reconhecidos, como foi visto de forma pormenorizada neste capítulo, em especial aqueles relativos ao salário mínimo, à proibição de retenção dolosa e à irredutibilidade da contraprestação. É preciso observar que quando se fala em salário mínimo, está-se a referir ao salário mínimo hora, tendo em vista a possibilidade de trabalho em jornadas exíguas, ainda que inexista controle específico da jornada do obreiro. Há que se notar, entretanto, que tais casos de jornada exígua não são comuns, uma vez que se trata aqui dos trabalhadores autônomos economicamente dependentes e não propriamente de qualquer tipo de trabalhador autônomo.

Há ainda a se considerar, o direito à preservação do valor da contraprestação. A vedação de sua redutibilidade é outra garantia que impõe seja reconhecida, com a ressalva de que, para aqueles que recebem a contraprestação variável com o serviço prestado, a irredutibilidade refere-se à razão entre a remuneração e o serviço e não propriamente ao valor nominal do serviço final prestado no mês.

Por fim, no que tange à proibição da retenção dolosa da contraprestação, sabe-se que o tipo penal caracterizador desse crime ainda não foi estabelecido pelo legislador infraconstitucional. Todavia, a previsão do art. 7^o, inciso X, induz ao reconhecimento de que a retenção dolosa é ilícita, ainda que se configure mero ilícito civil. Ainda que seja apenas na esfera cível, a ilicitude da retenção dolosa pode gerar efeitos como o da denúncia fundada do contrato pelo trabalhador. Evidentemente, ante a ausência de legislação específica, a matéria deverá ter o adequado tratamento pela jurisprudência.

Em conclusão, podem-se apontar como aplicáveis às relações de trabalho dos trabalhadores autônomos economicamente dependentes os seguintes direitos trabalhistas fundamentais indicados no art. 7^o da Constituição Federal: incisos IV (salário mínimo hora), V (proporcionalidade da contraprestação à extensão e complexidade do trabalho), VI (irredutibilidade da contraprestação), VII (garantia do salário mínimo), VIII (décimo terceiro

²⁵² Exemplo dessa construção jurisprudencial pode ser dada com as horas in *itinere*. Com efeito, muito antes da alteração legislativa, desde 1978, o Tribunal Superior do Trabalho editou o Enunciado 90 no sentido de reconhecer o tempo de deslocamento em caso de inexistência de transporte público regular: O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso ou não servido por transporte regular público, e para o seu retorno, é computável na jornada de trabalho. Tal entendimento jurisprudencial foi posteriormente reconhecido, em 2001, pela alteração do §2^o do art. 58 da CLT: O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.

salário), IX (contraprestação noturna superior à diurna), X (proibição da retenção dolosa da contraprestação), XIII (limitação da jornada de trabalho) XV (repouso semanal remunerado), XVI (remuneração superior do trabalho extraordinário) XVII (férias), XVIII (licença à gestante), XIX (licença-paternidade), XX (proteção do mercado da mulher), XXI (aviso-prévio) XXII (redução dos riscos inerentes ao trabalho) XXIV (aposentadoria), XXV (assistência gratuita aos filhos e dependentes), XXVI (reconhecimento dos acordos e convenções coletivas), XXVII (proteção em face da automação), XXVIII (seguro contra acidentes de trabalho), XXX (proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivos discriminatórios), XXXI (proibição de discriminação com o portador de deficiência), XXXII (proibição de distinção entre trabalhadores intelectuais e manuais), XXXIII (proibição de trabalho noturno, insalubre ou perigoso ao menor de dezoito anos e de qualquer trabalho ao menor de dezesseis anos).

Além dos direitos trabalhistas fundamentais individuais citados, são também aplicáveis às relações de trabalho economicamente dependentes os direitos fundamentais trabalhistas coletivos inseridos nos arts. 8º a 10 da Constituição Federal.

As partir das premissas fixadas neste capítulo, passa-se, no capítulo seguinte, a analisar o anteprojeto aqui apresentado de tratamento jurídico dos trabalhadores autônomos economicamente dependentes.

6 A PROPOSTA DE REGULAMENTAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DOS TRABALHADORES AUTÔNOMOS ECONOMICAMENTE DEPENDENTES

Este capítulo busca apresentar uma proposta de tratamento jurídico protetivo, em nível infraconstitucional, para os trabalhadores autônomos economicamente dependentes. Tal proposta se sustenta, conforme já ficou claro no capítulo anterior, na necessidade de consolidar os direitos dos trabalhadores desta categoria. Entretanto, é preciso reconhecer que a aplicação dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição seja a alternativa mais adequada do ponto de vista da hermenêutica dos direitos fundamentais, embora não seja a que geraria mais resultados práticos.

No intuito de se buscar elementos para o anteprojeto aqui proposto, foram utilizados os subsídios fornecidos pela análise do direito estrangeiro empreendida no capítulo 4 desta tese. Neste capítulo, é formulado um necessário apanhado dos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional sobre a matéria. Com esses elementos, chegou-se finalmente ao anteprojeto de lei, aqui apresentado.

6.1 Projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional

Não são poucos os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que cuidam da área trabalhista e sindical, até porque o momento político de reforma dos pilares do direito do trabalho faz com que a matéria seja objeto de calorosos debates. O objetivo deste tópico é fazer uma análise das propostas de formulação de um regime jurídico diferenciado para os trabalhadores autônomos. Neste aspecto, analisa-se, inicialmente, o Projeto de Lei nº. 6012/2005 de autoria do deputado Leonardo Picciani - PMDB /RJ. Trata-se de uma proposta no sentido de criar um sistema integrado e simplificado de pagamento de tributos e contribuições, para trabalhadores por conta própria de baixa renda e para proprietários de empreendimentos cuja receita bruta anual seja muito pequena²⁵³.

O projeto é composto de quinze artigos. O art. 2º define trabalhador independente como aquele não vinculado a relações de subordinação e de dependência. O art. 3º classifica tal trabalhador em “por conta própria” e “nanoempreendedor”. O art. 4º estabelece que os

²⁵³ O inteiro teor do projeto encontra-se no anexo.

trabalhadores por conta própria se enquadram no sistema proposto se tiverem receita bruta no ano igual ou inferior ao limite de isenção do imposto de renda pessoa física. O mesmo valor se aplica aos nanoempreendedores, mas permitindo-se que se multiplique o limite pelo número de pessoas remuneradas, até o máximo de cinco.

O art. 5º estabelece sistema integrado de pagamento de tributos, que o projeto denomina de Estatuto de Proteção ao Trabalhador Informal. Neste, estabelece-se que se incluem no referido sistema o imposto de renda pessoa jurídica, pessoa física, imposto sobre produtos industrializados, imposto sobre exportação, contribuição para o PIS-PASEP, contribuição sobre o lucro líquido, COFINS, CPMF, contribuição da pessoa jurídica e contribuição individual para a previdência social. Dispõe ainda que os trabalhadores independentes poderão aderir voluntariamente ao FGTS. De plano, verifica-se que se trata de anteprojeto que pretende simplificar e diminuir a tributação. Portanto, não se refere ao objeto central deste trabalho, que é a proteção trabalhista do trabalhador autônomo economicamente dependente.

Do mesmo ano é o Projeto de Lei nº. 255/2005, de autoria do deputado André Figueiredo - PDT /CE. O projeto propõe a alteração da Lei Complementar nº. 26, de 11 de setembro de 1975, no sentido de permitir o saque da conta individual do PIS-PASEP pelo trabalhador autônomo, para adquirir máquinas ou matérias primas para sua profissão.

Outra proposição sobre o regime jurídico dos trabalhadores autônomos é o Projeto de Lei nº. 7176/2006, de autoria do deputado Paes Landim - PTB /PI, apresentado em junho de 2006²⁵⁴. Pelo projeto, o art. 7º da CLT seria modificado para configurar que se considera trabalhador sem vínculo empregatício: I - avulso, diarista ou eventual o que, tendo sua

²⁵⁴ Trata-se de projeto bastante sucinto: Art. 1º - O art. 7º da Consolidação das Leis do Trabalho passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º, 2º e 3º. “§ 1º - Considera-se trabalhador sem vínculo empregatício: I - avulso, diarista ou eventual o que, tendo sua remuneração fixada por hora ou dia efetivamente trabalhados, não prestar serviços ao mesmo empregador por mais de dois dias na semana ou trinta e seis em cada período de doze meses; II - autônomo o que não tiver obrigação de prestação de serviços exclusivamente ao mesmo empregador e não estar sujeito ao cumprimento de horário certo e determinado em seu trabalho. III - profissional liberal o que prestar serviço de natureza técnica, com remuneração fixada em honorários por trabalho certo ou tempo à disposição do empregador, não estando ainda submetido ao comando deste. IV - colaborador o que, tendo menos de 24 (vinte e quatro) anos, se estudante ou mais de 60 (sessenta) de idade, não prestar serviços ao mesmo empregador por mais de 22 (vinte e duas) horas semanais. § 2º - O trabalhador de que trata o parágrafo anterior terá direito: I - por hora de efetivo trabalho, ao pagamento, pelo menos, do valor do salário-hora mínimo; II - ao benefício do vale-transporte, conforme lei própria; III - a aviso prévio, com duração de trinta dias, quando dispensado imotivadamente pelo empregador, se a prestação de serviços tiver durado mais de um mês ou período equivalente; IV - ao pagamento anual de uma décima terceira remuneração, na proporção de um doze avos da valor mensal médio percebido, por período de 30 (trinta) dias ou fração igual ou superior a 15 (quinze) à disposição do empregador”. Art. 2º - Revogam-se as disposições em contrário. Art. 3º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

remuneração fixada por hora ou dia efetivamente trabalhados, não prestar serviços ao mesmo empregador por mais de dois dias na semana ou trinta e seis em cada período de doze meses; II - autônomo o que não tiver obrigação de prestação de serviços exclusivamente ao mesmo empregador e não estiver sujeito ao cumprimento de horário certo e determinado em seu trabalho; III - profissional liberal o que prestar serviço de natureza técnica, com remuneração fixada em honorários por trabalho certo ou tempo à disposição do empregador, não estando ainda submetido ao comando deste; IV - colaborador o que, tendo menos de vinte e quatro anos, se estudante ou mais de 60 de idade, não prestar serviços ao mesmo empregador por mais de vinte e duas horas semanais.

Ainda de acordo com a proposta, o § 2º do art. 7º da CLT, passaria a ter nova redação que consagraria que os trabalhadores sem vínculo empregatício teriam direito: I - por hora de efetivo trabalho, ao pagamento, pelo menos, do valor do salário-hora mínimo; II - ao benefício do vale-transporte, conforme lei própria; III - a aviso prévio, com duração de trinta dias, quando dispensado imotivadamente pelo empregador, se a prestação de serviços tiver durado mais de um mês ou período equivalente; IV - ao pagamento anual de uma décima terceira remuneração, na proporção de um doze avos do valor mensal médio percebido, por período de trinta dias ou fração igual ou superior a quinze à disposição do empregador”.

Ressalte-se que o projeto citado não regula de forma eficiente o tema. Ao contrário, apenas insere um parágrafo no art. 7º da CLT, estabelecendo direitos mínimos, sem qualquer regulamentação. Observe-se, também, que o projeto não estabelece a devida diferenciação entre as categorias de avulsos, autônomos, eventuais e diaristas. Portanto, não observa o necessário rigor técnico para individualização das figuras jurídicas que pretende regular.

Conforme se verifica, os projetos em tramitação no Congresso Nacional, embora tangenciem o tema objeto da presente tese, não apresentam a necessária e completa regulação da matéria, sendo insuficientes para uma adequada proteção do trabalhador autônomo economicamente dependente.

Poder-se-ia argumentar que, ao invés de se elaborar um regime próprio, bastaria o aproveitamento dos projetos em tramitação no Congresso Nacional ou mesmo a mera alteração de dispositivos da CLT. A objeção, contudo, não pode prevalecer, uma vez que os anteprojetos em tramitação apenas fazem alterações pontuais, sem estabelecer um verdadeiro regime jurídico diferenciado. Em relação à inserção de capítulo na CLT, ao invés da elaboração de estatuto, tal proposta é incompatível com a própria noção de coesão do sistema.

Por tudo isso, a proposta aqui apresentada pretende criar regime jurídico próprio e diferenciado, atendendo-se, assim, às características peculiares da relação de emprego e

relação de trabalho economicamente dependente, de forma que esta última não seja regulada apenas como um apêndice da primeira. Pelas razões expostas é que se justifica a elaboração da proposta de anteprojeto, que é apresentada em inteiro teor no apêndice e que vem explicada nos itens que se seguem.

6.2 A proposta do estatuto do trabalhador autônomo economicamente dependente

Este tópico destina-se a apresentar uma proposta de alteração legislativa no sentido da criação do regime jurídico diferenciado para os trabalhadores autônomos economicamente dependentes. Como se viu no capítulo 5, os direitos fundamentais do trabalho podem ser aplicados e exigíveis diretamente, independentemente de intermediação legislativa. Porém, conforme adverte Rodolfo Capón Filas (2006, p. 1), embora em termos discursivos a máxima eficácia dos direitos fundamentais pareça objetivo incontroverso, a realidade muitas vezes se manifesta refratária à efetividade dos direitos humanos. Tal realidade evidencia-se não apenas no aspecto político, mas também no social e econômico. Dessa forma, é necessário criar mecanismos que concretizem essa aplicação.

O anteprojeto apresentado neste trabalho se justifica em razão da necessidade de fixação de regras próprias que atendam às peculiaridades do tipo de serviço prestado pelo trabalhador autônomo economicamente dependente. Além disso, busca estruturar um regime jurídico próprio para a categoria, capaz de criar um sistema de aplicação próprio para o trabalhador autônomo economicamente dependente. Para tanto, a abordagem partirá dos capítulos e seções que compõem o anteprojeto de lei apresentado no apêndice deste trabalho.

6.2.1 Dos destinatários da lei

O anteprojeto inicia fixando o objeto da lei, o que faz estabelecendo que é criado o Estatuto do trabalhador autônomo economicamente dependente. Tal cláusula inicial é estabelecida de acordo com a técnica legislativa imposta pelo art. 7º da LC 95/98²⁵⁵.

²⁵⁵ Artigo 7º Lei Complementar 95/98: - O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios: I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto; II - a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão; III - o âmbito de aplicação da lei será estabelecido de forma tão específica quanto o possibilite o conhecimento técnico ou científico da área respectiva; IV - o mesmo assunto não poderá ser disciplinado por mais de uma lei, exceto quando a subsequente se destine a complementar lei considerada básica, vinculando-se a esta por remissão expressa.

Serão regidos pelo Estatuto do Trabalhador autônomo economicamente dependente os trabalhadores pessoas físicas sem vínculo empregatício que realizem de forma habitual, pessoal, e por conta própria, uma atividade laborativa a título oneroso, com dependência econômica do tomador de serviços, mas sem subordinação jurídica.

O anteprojeto aqui elaborado parte da premissa exposta por Santoro Pasarelli (2005, p. 102) que expõe que é necessário evitar a definição legislativa de dependência econômica de caráter geral, uma vez que a utilização de novos critérios descreve uma ordem de interesses irredutíveis às tipificações já definidas. Assim, o §1º do art. 2º, com inspiração na legislação alemã e espanhola, estabelece:

Art. 2º (...)

§1º São requisitos para a caracterização do trabalhador autônomo economicamente dependente:

- I - não utilizar o trabalhador o serviço remunerado de outras pessoas para o exercício das atividades contratadas com o tomador de serviços;
- II - não executar o trabalhador sua atividade de maneira conjunta e indiferenciada com trabalhadores com vínculo empregatício.

Dos elementos expostos, verifica-se que a proposta, em seu inciso I, do §1º do art. 2º deixa clara a necessidade da existência de pessoalidade na prestação de serviços, com o objetivo de caracterização da relação de trabalho economicamente dependente. Trata-se de um requisito necessário para que a proteção se verifique em relação ao trabalhador pessoa física e não para aquele que se utiliza da prestação remunerada de serviços de terceiros. Note-se, neste particular, que, se o prestador de serviços utiliza-se da mão-de-obra familiar ou se conta com o auxílio gratuito de terceiros em suas atividades, não há a exclusão do elemento citado, uma vez que este apenas ocorre se a prestação de serviços por terceiros for remunerada.

O requisito subsequente consiste na não utilização conjunta do trabalhador nas mesmas funções de trabalhadores com vínculo empregatício. A exigência é importante porque, nestas hipóteses, está-se diante de clara fraude à aplicação dos preceitos decorrentes da relação de emprego. Se o trabalhador exerce as mesmas atividades, de maneira conjunta e indiferenciada, a um empregado, então ele será claramente empregado e não trabalhador autônomo economicamente dependente. A hipótese, inclusive, já veio prevista na legislação alemã referente à seguridade social e citada no item 4.3.3 do capítulo 4 desta tese, a qual, embora revogada, tem o mérito de apontar parâmetros para a definição da figura jurídica que ora se estuda.

No §2º do art. 2º, o anteprojeto estabelece dois indícios para a caracterização de trabalhador autônomo economicamente dependente. Neste tópico, poder-se-ia argumentar que a previsão é desnecessária, alegando-se que mesmo sem o preenchimento dos indícios, uma relação pode ou não ser considerada como de vínculo com trabalhador autônomo economicamente dependente. Porém, a previsão é relevante porque facilita a colheita de provas e indica a ilação juridicamente reconhecida da realidade da prestação laboral. Nesse sentido, estabelece o §2º do art. 2º do anteprojeto:

Art. 2º (...)

§2º - São indícios para caracterização do trabalhador autônomo economicamente dependente:

I - dispor o trabalhador de infra-estrutura produtiva e material próprio, quando necessários para o exercício da atividade;

II - desenvolver o trabalhador sua atividade com base em critérios organizativos próprios, sem prejuízo das indicações técnicas de caráter geral que receber do tomador de serviços.

O indício estabelecido no inciso I é relevante porque, caso o trabalhador não utilize infra-estrutura nem materiais próprios, a tendência é ser caracterizado como empregado. Evidentemente, porém, o indício não é excludente, devendo ser interpretado dentro do contexto junto aos demais elementos expostos no dispositivo do anteprojeto.

O outro indício consiste em desenvolver o trabalhador sua atividade com base em critérios organizativos próprios, sem prejuízo das indicações técnicas de caráter geral que receber do tomador de serviços. Trata-se de indício importante, uma vez que, em não se verificando, no caso concreto, tais condições, a subordinação jurídica estará manifesta. Assim, não preenchido o indício, a relação se aproximará bastante do vínculo empregatício, em razão do reconhecimento da subordinação jurídica.

O §3º do art. 2º do anteprojeto dispõe sobre as hipóteses de exclusão de diversas categorias da caracterização como trabalhadores autônomos economicamente dependentes. Estabelece o citado dispositivo:

§3º Excluem-se do regime jurídico estabelecido neste Estatuto:

I - os representantes comerciais autônomos.

II - os trabalhadores autônomos que desempenhem atividades eventuais.

III - os trabalhadores avulsos.

Os representantes comerciais ficam expressamente excluídos da categoria de trabalhadores autônomos economicamente dependentes em razão da existência de regime jurídico próprio e específico para tal espécie de trabalhadores, consistente principalmente na Lei n.º 4.886/65, não se justificando a inserção desses trabalhadores na hipótese sob exame. Contudo, é necessário salientar que não basta a simples assinatura de contrato de representação comercial para elidir a incidência das regras relativas ao regime jurídico previsto no anteprojeto. Isto porque o contrato celebrado pode disfarçar uma fraude à incidência de regimes jurídicos mais favoráveis, tais como a dos trabalhadores autônomos economicamente dependentes ou mesmo da relação de emprego. Em qualquer caso, prevalecerá a realidade da prestação dos serviços. Na hipótese de existência do requisito da subordinação jurídica, ficará caracterizado o contrato de emprego. Por outro lado, na eventualidade de preenchimento dos requisitos estabelecidos no anteprojeto, aliado à tentativa de fraude de aplicação da lei trabalhista, incidirá a regulamentação relativa aos trabalhadores autônomos economicamente dependentes.

A segunda hipótese de exclusão refere-se aos serviços de natureza eventual. Trata-se, a rigor, de exclusão meramente didática, uma vez que o próprio *caput* do dispositivo, ao conceituar os trabalhadores autônomos economicamente dependentes, já indica que a habitualidade é requisito para a caracterização da figura jurídica ali definida.

Em relação aos avulsos, a exclusão se justifica porque, a teor do art. 7º, inciso XXXIV, da Constituição eles possuem igualdade de direitos com os empregados. Enquadram-se na hipótese diversos trabalhadores tais como estivadores, conferentes e consertadores de carga e descarga, vigias portuários, arrumadores e ensacadores. Em conseqüência, não poderia o projeto tentar enquadrá-los como trabalhadores autônomos economicamente dependentes, em razão da expressa previsão constitucional em relação ao regime jurídico aplicável.

Note-se que, diferentemente da exclusão peremptória, o anteprojeto não inclui qualquer categoria de trabalhadores em sua sistemática. Nesse aspecto, é importante advertir, na esteira de Sferrazza (2004, p. 11), que cada atividade humana economicamente relevante pode ser objeto, quer de uma relação de trabalho subordinado, quer de uma relação de trabalho autônomo. Tal fato impõe a impossibilidade de constringer determinadas modalidades de prestações laborativas, aprioristicamente, ao âmbito de uma específica hipótese de relação de trabalho. Assim, em abstrato, qualquer atividade laborativa poderá ser prestada no âmbito de uma relação de tipo dependente, como no contexto de uma relação

autônoma, dependendo, tão somente, da qualificação específica do desenvolvimento da mesma relação.

6.2.2 Do regime profissional do trabalhador autônomo economicamente dependente

Os arts. 3º a 17 do anteprojeto formam o capítulo II, que cuida do regime profissional do trabalhador autônomo economicamente dependente. O capítulo abrange os direitos e deveres desta classe de trabalhadores, além de descer a detalhes no que tange à regulamentação de direitos específicos, dadas as peculiaridades da espécie. Assim, há seções próprias para análise das hipóteses de rescisão do contrato, de duração do trabalho, da contraprestação pecuniária, da formalização do contrato e da interrupção do contrato que serão analisadas detalhadamente nos itens seguintes.

6.2.2.1 Dos direitos do trabalhador autônomo economicamente dependente

O art. 3º do anteprojeto procura estabelecer a aplicação dos direitos trabalhistas individuais previstos no art. 7º da Constituição e que foram objeto de estudo específico no capítulo 5. Com efeito, conforme ficou demonstrado, a aplicação dos direitos trabalhistas fundamentais aos trabalhadores autônomos economicamente dependentes não precisa de lei regulamentadora. Significa que o fato de um artigo específico da legislação infraconstitucional determinar a aplicação dos referidos incisos não altera sua força e validade, já que são aplicáveis, por natureza.

A previsão legal, na verdade, justifica-se como um mecanismo para não deixar margem a dúvidas sobre a aplicação dos direitos trabalhistas fundamentais às relações de trabalho autônomo economicamente dependente. Note-se, neste particular, que alguns direitos necessitam de expressa regulamentação, tais como o direito a férias, o percentual para cálculo do repouso semanal remunerado etc., o que é empreendido no capítulo II do anteprojeto.

Por sua vez, estabelece o art. 3º do anteprojeto:

Art. 3º Os trabalhadores autônomos economicamente dependentes são titulares dos seguintes direitos trabalhistas fundamentais indicados no art. 7º da Constituição Federal: incisos IV (salário mínimo hora), V (proporcionalidade da contraprestação à extensão e complexidade do trabalho), VI (irredutibilidade da contraprestação), VII (garantia do salário mínimo), VIII (décimo terceiro salário), IX (contraprestação noturna superior à diurna), X (proibição da retenção dolosa da contraprestação), XIII (limitação da jornada de trabalho) XV (repouso semanal remunerado), XVI (remuneração superior do trabalho extraordinário) XVII (férias),

XVIII (licença à gestante), XIX (licença-paternidade), XX (proteção do mercado da mulher), XXI (aviso-prévio) XXII (redução dos riscos inerentes ao trabalho) XXIV (aposentadoria), XXV (assistência gratuita aos filhos e dependentes), XXVI (reconhecimento dos acordos e convenções coletivas), XXVII (proteção em face da automação), XXVIII (seguro contra acidentes de trabalho), XXX (proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivos discriminatórios), XXXI (proibição de discriminação com o portador de deficiência), XXXII (proibição de distinção entre trabalhadores intelectuais e manuais), XXXIII (proibição de trabalho noturno, insalubre ou perigoso ao menor de dezoito anos e de qualquer trabalho ao menor de dezesseis anos).

Os direitos trabalhistas individuais fundamentais, indicados no art. 3º, já foram objeto de análise específica no capítulo 5 da tese, que buscou demonstrar a importância de cada um dos direitos assegurados nos incisos citados.

O art. 4º do anteprojeto²⁵⁶ estabelece que, além dos direitos trabalhistas fundamentais previstos no art. 7º da Constituição, ao trabalhador autônomo economicamente dependente são assegurados ainda diversos outros direitos apontados no seu rol de incisos. Importa salientar que o conteúdo de vários incisos citados é mera repetição de direitos já previstos no art. 5º e 8º da Constituição Federal. Entretanto tais direitos, vêm expostos de forma sistemática no anteprojeto para, por um lado, enfatizar o adequado respeito aos referidos direitos e, por outro, para deixar clara a sua aplicação à espécie de trabalhadores sob comento.

Iniciando o rol de direitos, o inciso I estabelece a livre escolha, pelo trabalhador, de sua profissão ou ofício, o que apenas consagra a o direito fundamental de liberdade. Trata-se de direito imanente Estado Democrático de Direito, previsto no art. 5º, inciso XIII da Constituição, abordado no capítulo cinco da presente tese.

O inciso II prevê o direito à propriedade intelectual, nos termos da Lei nº. 9.279/96. Trata-se de matéria importante e polêmica, mas cuja garantia já se encontra prevista no art. 92 da citada lei, ao estabelecer que prevê que suas regras são aplicáveis não apenas a empregados, mas também a trabalhadores autônomos e estagiários. Portanto, a presença do

²⁵⁶Art. 4º além dos direitos trabalhistas fundamentais previstos no artigo anterior, ao trabalhador autônomo economicamente dependente são assegurados ainda os seguintes: I -livre escolha de sua profissão ou ofício; II - direito à propriedade intelectual, nos termos da Lei nº. 9279/96; III - igualdade diante da lei para efeito de não ser discriminado, direta ou indiretamente, por razão de nascimento, origem racial ou étnica, sexo, idade, estado civil, religião, convicções, deficiências físicas ou mentais, orientação sexual ou qualquer outra condição ou circunstância social ou pessoal; IV - respeito de sua intimidade, dignidade, liberdade de locomoção e pensamento; V - proteção contra o assédio sexual e moral; VI - respeito à sua integridade física e a uma proteção adequada de sua segurança e saúde no trabalho; VII - percepção pontual da contraprestação pecuniária pelo seu trabalho; VIII - conciliação da vida pessoal com a laboral; IX - exercício pessoal, por conta própria, das atividades profissionais, salvo nas hipóteses de celebração de cláusula de exclusividade. X - acesso à Justiça do Trabalho. XI – filiar-se a sindicato ou associação de classe XII exercer atividade coletiva de defesa dos seus interesses profissionais. XIII filiação obrigatória à Previdência Social

dispositivo no anteprojeto nada faz senão especificar a hipótese no caso de trabalhadores autônomos economicamente dependentes.

A expressão “propriedade intelectual” é genérica, na medida em que pretende garantir aos inventores ou responsáveis por qualquer produção intelectual o direito de auferir vantagem pela sua criação. Podem-se considerar propriedade intelectual as invenções, obras literárias e artísticas, símbolos, nomes, imagens, desenhos etc. Deve-se esclarecer, porém, que a propriedade intelectual abrange duas grandes áreas: propriedade industrial e direito autoral. No primeiro caso, estão inseridas as patentes, marcas, desenho industrial etc. Já no segundo, inserem-se as obras literárias e artísticas, programas de computador, cultura imaterial etc.

Os artigos 88 e seguintes da Lei n.º 9.279/96 estabelecem as hipóteses em que a invenção é propriedade do empregador ou tomador de serviços, bem como aquelas em que a propriedade é exclusiva do empregado e quando é comum. Nesse sentido, estabelece o art. 88 da citada lei que a invenção e o modelo de utilidade pertencem exclusivamente ao empregador quando decorrerem de contrato de trabalho cuja execução ocorra no Brasil e que tenha por objeto a pesquisa ou a atividade inventiva, ou resulte esta da natureza dos serviços para os quais foi o empregado contratado. A lei estabelece ainda disposições relativas à retribuição pelo trabalho e ao requerimento de patente pelo trabalhador até um ano após a extinção do vínculo²⁵⁷.

Por outro lado, estabelece o art. 90 que pertencerá exclusivamente ao empregado a invenção ou o modelo de utilidade por ele desenvolvido, desde que desvinculado do contrato de trabalho e não decorrente da utilização de recursos, meios, dados, materiais, instalações ou equipamentos do empregador.

Por fim, de acordo com o art. 91, a propriedade de invenção ou de modelo de utilidade será comum, em partes iguais, quando resultar da contribuição pessoal do empregado e de recursos, dados, meios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, ressalvada expressa disposição contratual em contrário.

O inciso III do art. 4º, do anteprojeto, garante aos trabalhadores autônomos economicamente dependentes a igualdade diante da lei para efeito de não serem discriminados, direta ou indiretamente, por razão de nascimento, origem racial ou étnica, sexo, idade, estado civil, religião, convicções, deficiência física ou mental, orientação sexual

²⁵⁷ Art. 88, § 1º da Lei n.º 9.279/96: Salvo expressa disposição contratual em contrário, a retribuição pelo trabalho a que se refere este artigo limita-se ao salário ajustado. § 2º Salvo prova em contrário, consideram-se desenvolvidos na vigência do contrato a invenção ou o modelo de utilidade, cuja patente seja requerida pelo empregado até 1 (um) ano após a extinção do vínculo empregatício.

ou qualquer outra condição ou circunstância social ou pessoal. O referido inciso nada mais é do que a aplicação do princípio constitucional de igualdade e não discriminação, inserto no art. 5º da Constituição, especialmente nos seguintes incisos: “I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”; “XLI: a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. A não discriminação vem ainda prevista nos incisos XXX a XXXII do art. 7º da constituição, que foram objeto de previsão específica no art. 2º do anteprojeto.

O inciso IV estabelece o direito ao respeito da intimidade, dignidade, liberdade de locomoção e pensamento do trabalhador autônomo economicamente dependente. Trata-se, mais uma vez, de consagração de princípios constitucionais insertos no art. 5º da Constituição, especificamente em seus incisos IV²⁵⁸, VI²⁵⁹ e X²⁶⁰ e implicitamente no inciso LXVIII²⁶¹ do mesmo dispositivo constitucional.

Ao tratar da proteção contra o assédio sexual e moral, o inciso V do art. 4º explicita a proteção necessária aos atributos da pessoa humana. O tema que foi objeto de análise específica no capítulo 5 da tese, quando se analisou o inciso X do art. 5º da Constituição Federal.

O inciso VI do art. 4º do anteprojeto prevê o respeito à integridade física do trabalhador e a uma proteção adequada a sua segurança e saúde no trabalho. Trata-se, sem dúvida, de dispositivo que visa a aplicar a garantia constitucional prevista no art. 7º, inciso XXII da Constituição, referente à redução dos riscos inerentes ao trabalho, de forma a tornar aplicáveis as normas regulamentares de segurança e medicina do trabalho à categoria dos trabalhadores autônomos economicamente dependentes.

O inciso VI do citado artigo traz importante regra relativa à percepção pontual da contraprestação pecuniária pelo seu trabalho. A norma é importante porque em razão do caráter alimentar da contraprestação pecuniária fornecida ao trabalhador autônomo economicamente dependente, não há como se tolerar atrasos injustificados no pagamento respectivo. Neste aspecto, o anteprojeto prevê que o atraso no pagamento por três meses configura justa causa a assegurar a rescisão do contrato pelo trabalhador.

²⁵⁸ Art. 5º, inciso IV, Constituição Federal - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

²⁵⁹ Art. 5º, inciso VI, Constituição Federal - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

²⁶⁰ Art. 5º, inciso X, Constituição Federal - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

²⁶¹ Art. 5º, inciso LXVIII, Constituição Federal - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder;

O inciso VIII do art. 4º do anteprojeto traz um direito interessante e atual. Com efeito, a conciliação da vida pessoal com a laboral do trabalhador autônomo economicamente dependente vai ao encontro das necessidades de superação dos antagonismos existentes entre esses dois campos. Neste aspecto, deve-se salientar que a norma é programática, servindo como critério hermenêutico para análise de cláusulas específicas constantes de acordos individuais e coletivos de trabalho autônomo economicamente dependente. A esse respeito, o anteprojeto poderia ter avançado e previsto, de forma específica, algumas hipóteses de conciliação. Essa medida, contudo, não foi incluída em razão do estágio de evolução do direito do trabalho em nosso país, que acabaria por inviabilizá-las.

Como forma de conciliação genérica, o anteprojeto prevê apenas a hipótese do inciso II do art. 17, que dispõe sobre a interrupção ou suspensão da prestação de serviços pelo trabalhador autônomo economicamente dependente na hipótese de necessidade de atender responsabilidades familiares. A hipótese genérica conduz a uma possibilidade de maior abertura e reconhecimento da importância dessa conciliação entre a vida pessoal e laboral.

Estudos sobre o tema, em especial a análise empreendida por Hélios Pietro Campa (2006, p. 40), demonstram o marco legal francês de conciliação da vida pessoal e laboral. Afirma o autor que o Código de Trabalho Francês estabelece diversas espécies de licenças que visam a facilitar a tarefa de educação e cuidado de filhos menores. Nesse sentido, aponta o autor, por exemplo, a licença concedida para a educação dos filhos. Consiste ela na possibilidade aberta ao pai ou mãe com mais de um ano de empresa para, no momento do nascimento do filho, suspender seu contrato de trabalho ou reduzir sua jornada de trabalho em uma quinta parte para promover um melhor acompanhamento da criança. Tal licença começa com o fim da licença-maternidade, ou em outro momento, segundo as disposições da convenção coletiva aplicável, e termina ao final do terceiro ano de idade do filho. Outro exemplo citado por Campa (2006, p. 41), também no direito francês, é uma licença não-remunerada em caso de enfermidade ou acidente de um filho menor de dezesseis anos.

No direito português, dentre outras licenças, segundo Campa (2006, p. 45), existe a destinada à assistência do filho menor de seis anos. Nessa hipótese, o pai ou mãe tem direito a uma licença de três meses, pode trabalhar doze meses em tempo parcial ou ainda intercalar a licença com o trabalho parcial.

Diversos outros dispositivos na legislação estrangeira poderiam ser extraídos para demonstrar a possibilidade de conciliação entre a vida pessoal e laboral. Porém, como o tema ainda não foi amadurecido em nosso país, a previsão do disposto no inciso VIII do art. 4º do anteprojeto serve como princípio programático e hermenêutico. Esse princípio, por um lado,

pode subsidiar alterações legislativas futuras e, por outro, servir como critério interpretativo do inciso II do art. 17 do anteprojeto e de cláusulas contratuais específicas.

O direito assegurado no inciso IX do art. 4º do anteprojeto refere-se ao exercício pessoal, por conta própria, das atividades profissionais, salvo nas hipóteses de celebração de cláusula de exclusividade. Trata-se de consagração da liberdade de profissão, que deve ser protegida, salvo no caso de celebração pelo trabalhador autônomo economicamente dependente de contrato que garanta a exclusividade de uma determinada atividade ao tomador de serviços.

O inciso X do art. 4º do anteprojeto consagra a ampliação de competência levada a efeito pela nova redação do inciso I do art. 114 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº. 45. Com efeito, conforme assinala Pamplona Filho (2007, p. 1), nos termos do dispositivo constitucional citado, se a ação for oriunda diretamente da prestação do trabalho por pessoas físicas, discutindo-se o conteúdo desse labor, bem como as condições em que ele é exercido ou disponibilizado, é indiscutível a competência da Justiça do Trabalho. Ao estabelecer o acesso à Justiça do Trabalho para tutela judicial efetiva desses direitos, o dispositivo deixa claro que o direito de ação do trabalhador autônomo economicamente dependente deverá ser exercitado naquele ramo do judiciário.

No inciso XI do art. 4º do anteprojeto, há a previsão de possibilidade de filiação do trabalhador autônomo economicamente dependente a sindicato ou associação de classe. Tal previsão consagra o que é disposto nos arts 5º, inciso XVII a XX²⁶² e 8º, inciso V, da Constituição²⁶³. A liberdade de associação e sindicalização, aliás, é um dos direitos fundamentais do homem trabalhador assegurados na Declaração da OIT sobre direitos fundamentais, a qual foi objeto de análise específica no capítulo 5 .

O inciso XII, ao assegurar ao trabalhador autônomo economicamente dependente o direito de exercer atividade coletiva de defesa dos seus interesses profissionais, consagra os direitos coletivos do trabalho previstos no art. 8º da Constituição. Por fim, o inciso XIII, ao dispor sobre a filiação obrigatória do trabalhador autônomo economicamente dependente à Previdência Social, vem ao encontro da própria previsão da previdência social como direito social amplo, de acordo com o art. 6º da constituição. Ao mesmo tempo, o dispositivo deixa

²⁶² Art. 5º , inciso XVII, Constituição Federal- é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento; XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado; XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.

²⁶³O art. 8º , inciso V, da constituição foi objeto de análise no capítulo 5 da tese: ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato.

clara a participação do trabalhador autônomo economicamente dependente no regime geral de previdência social.

6.2.2.2 Dos deveres do trabalhador autônomo economicamente dependente

Depois de fixar os direitos dos trabalhadores autônomos economicamente dependentes, o anteprojeto apresenta também seus deveres, tendo em vista a bilateralidade que é ínsita ao contrato sob exame. O art. 5º estabelece:

Art. 5º São deveres do trabalhador autônomo economicamente dependente:

- I - cumprir com as obrigações fixadas nos contratos celebrados com o tomador de serviços.
- II - cumprir com as obrigações legais, convencionais e empresariais pertinentes à segurança, saúde e higiene no trabalho.
- III - cumprir com as obrigações fiscais e tributárias estabelecidas legalmente

Os incisos demonstram que o trabalhador autônomo economicamente dependente tem o dever de cumprir as cláusulas ajustadas, as obrigações pertinentes à segurança, saúde e higiene do trabalho de qualquer espécie, como também as obrigações fiscais e tributárias. O descumprimento de algum desses deveres enseja a possibilidade de rescisão do contrato por justa causa, a teor do disposto no inciso I do art. 16 do anteprojeto.

6.2.2.3 Da formalização do contrato

O art. 4º do anteprojeto estabelece os direitos do trabalhador autônomo economicamente dependente de uma forma geral e o art. 5º dispõe sobre os deveres respectivos. A partir do art. 6º, cuida da regulamentação do novo regime jurídico aplicável ao trabalho autônomo economicamente dependente, cuidando de algumas especificidades do contrato.

Estabelece o art. 6º do anteprojeto ²⁶⁴ que os contratos entre o trabalhador autônomo economicamente dependente e o tomador dos serviços poderão ser formulados de maneira verbal ou por escrito, não havendo forma preestabelecida. O parágrafo único o fixa que a

²⁶⁴Art. 6º Os contratos entre o trabalhador autônomo economicamente dependente e o tomador dos serviços poderão ser formulados verbalmente ou por escrito, não havendo forma preestabelecida. Parágrafo único A qualquer tempo qualquer dos contratantes poderá exigir a formalização do contrato por escrito, respeitadas as condições formuladas verbalmente.

qualquer tempo qualquer dos contratantes poderá exigir a formalização do contrato por escrito, respeitadas as condições formuladas verbalmente.

As regras estabelecidas no art. 6º são relevantes na medida em que o contrato celebrado não é formal, podendo, inclusive, ser verbal. Contudo, qualquer das partes poderá exigir a formalização do contrato pela via escrita. Tal formalidade poderá ser exigida tanto em razão da necessidade de fazer prova de determinadas circunstâncias específicas no caso concreto, como para prevenir conflitos posteriores, em virtude da fixação das cláusulas aplicáveis.

O art. 7º estabelece regra que em muito diferencia o contrato de emprego do contrato celebrado com o trabalhador autônomo economicamente dependente²⁶⁵. Com efeito, na regulamentação do contrato de emprego, a celebração do contrato por prazo indeterminado é a regra, só havendo possibilidade de fixação de contrato por prazo determinado em algumas hipóteses legalmente asseguradas. O art. 7º do anteprojeto não limita as hipóteses de celebração do contrato por prazo determinado, mas tão somente fixa que em caso de ausência de fixação de prazo o contrato perdurará por prazo indeterminado. Nesse sentido, estabelece que o contrato poderá ou não ter duração prefixada no instrumento de sua formalização, presumindo-se, em caso de não fixação expressa, a contratação por prazo indeterminado.

Ainda sobre as regras relativas à formalização do contrato, o art. 8º estabelece que a dependência econômica do tomador de serviços deverá ser explicitada pelo trabalhador no ato da celebração do contrato²⁶⁶. Tal medida é importante para se evitar surpresas no término do contrato, quando o trabalhador poderia exigir parcelas próprias do trabalho economicamente dependente, embora o tomador de serviços não tivesse ciência de tal condição.

O mesmo dispositivo estabelece a presunção de dependência caso o tempo despendido na atividade ocupe, em média, mais de trinta horas semanais do prestador ou o tomador de serviços estabeleça a exigência de exclusividade e não-concorrência na prestação dos serviços. A presunção não é absoluta, mas serve para inverter o ônus da prova. Assim, na hipótese de a atividade ocupar mais de trinta horas semanais ou na ocorrência de exigência

²⁶⁵ Art. 7º O contrato poderá ou não ter duração préfixada no instrumento de sua formalização, presumindo-se, em caso de não fixação expressa, a contratação por prazo indeterminado.

²⁶⁶ Art. 8º A dependência econômica do tomador de serviços deverá ser explicitada pelo trabalhador no ato da celebração do contrato, presumindo-se esta dependência quando o tempo despendido na atividade ocupe em média mais de trinta horas semanais do prestador ou quando o tomador de serviços estabeleça a exigência de exclusividade e não-concorrência na prestação dos serviços. Parágrafo único. A condição de dependente somente poderá ser estabelecida com um único tomador de serviços.

de exclusividade, a dependência econômica é presumível, podendo o empregador, contudo, produzir prova em sentido contrário, caso seja acionado judicialmente.

O parágrafo único do art. 8º do anteprojeto prescreve que a condição de dependente somente poderá ser estabelecida com um único tomador de serviços. Tal cláusula é importante por ser inerente à dependência econômica, uma vez que esta não pode ser configurada com vários tomadores de serviço ao mesmo tempo. Portanto, se o trabalhador tem dependência econômica em relação a mais de um tomador de serviços, significa que o conjunto de duas relações é que promove seu sustento. Implica dizer que não se trata de dependência econômica, mas, no máximo, de co-dependência.

Poder-se-ia argumentar, nesse aspecto, que nem mesmo para o reconhecimento da relação de emprego em sentido estrito é necessária a exclusividade, o que tornaria incongruente a exigência inserta no parágrafo único do art. 8º. A objeção, contudo, não se sustenta, uma vez que a subordinação jurídica pode ser estabelecida com tantos quantos forem os empregadores, mas a dependência econômica não. Ressalte-se, ainda, neste ponto, que a exclusividade atua diferentemente na relação de emprego e na relação de trabalho economicamente dependente. Na relação de emprego, é indício meramente acessório. Já na relação de trabalho autônomo economicamente dependente, a exclusividade é requisito importante, uma vez que, se o tomador de serviços a exige, então, desta circunstância, conclui-se que há dependência econômica do prestador de serviços.

6.2.2.4 Da contraprestação pecuniária

A seção IV do capítulo II estabelece regras relativas à contraprestação pelos serviços prestados pelo trabalhador. O art. 9º determina que o trabalhador autônomo economicamente dependente tem direito à percepção da contraprestação pela execução do contrato no prazo e forma convencionados. Entretanto, estabelece que esta contraprestação não pode ser inferior ao salário mínimo hora vigente no país, nem o prazo de pagamento ser superior a um mês após a execução dos serviços²⁶⁷.

O dispositivo citado possui duas regras relevantes. A primeira é a relativa ao salário mínimo hora, o que inclusive configura-se como direito fundamental do empregado, conforme já mencionado no capítulo 5. A outra regra relevante é aquela que diz respeito ao prazo para

²⁶⁷ Art. 9º O trabalhador autônomo economicamente dependente tem direito à percepção da contraprestação pela execução do contrato, no prazo e forma convencionados, não podendo esta contraprestação ser inferior ao salário mínimo hora vigente no país, nem o prazo de pagamento ser superior a um mês após a execução dos serviços.

pagamento, que deverá ocorrer antes de decorrido um mês da prestação dos serviços. Tais regras se justificam em razão do caráter alimentar do pagamento efetuado ao trabalhador autônomo economicamente dependente. Por esse motivo, a lei impõe limitação em relação ao quantum a ser pago e ao momento do pagamento.

O art. 10 estabelece que o trabalhador autônomo economicamente dependente é beneficiário do vale-transporte²⁶⁸, na forma da legislação específica, no caso a Lei nº. 7.418/85. Cuida-se de benefício que visa a assegurar o deslocamento do trabalhador de casa para o trabalho e vice-versa, sendo aplicáveis todas as regras do sistema geral, inclusive a possibilidade de substituição da parcela pelo transporte fornecido diretamente pelo tomador de serviços.

Convém destacar, porém, que a parcela somente será devida em relação aos dias em que o prestador de serviços precisar se deslocar até a unidade produtiva do empregador ou se o deslocamento for necessário para a efetivação dos serviços. Com efeito, em razão da ausência de subordinação jurídica, muitas vezes a prestação de serviços do trabalhador autônomo economicamente dependente poderá ocorrer em sua própria residência, não fazendo jus, portanto, ao vale-transporte.

O art. 11 estabelece que, até o dia 20 de dezembro de cada ano, o trabalhador autônomo economicamente dependente receberá o pagamento do décimo terceiro salário, equivalente a um doze avos da remuneração recebida no ano civil²⁶⁹. Como se observa, a forma de cálculo é diferente do décimo terceiro salário do empregado comum. A diferença se justifica em razão das peculiaridades da prestação de serviços, visto que podem ocorrer oscilações significativas no montante mensal do pagamento recebido do tomador de serviços. Ademais, não há referência à obrigatoriedade da antecipação em novembro, podendo o tomador de serviços adotar ou não a sistemática de divisão, limitada a duas parcelas.

²⁶⁸ Art. 10 O trabalhador autônomo economicamente dependente é beneficiário do vale transporte, na forma da legislação específica sobre o tema.

²⁶⁹ Art. 11 - Até o dia 20 de dezembro de cada ano, o trabalhador autônomo economicamente dependente receberá o pagamento do décimo terceiro salário, em até duas parcelas, equivalente um doze avos da remuneração recebida no ano civil.

6.2.2.5 Da jornada de trabalho e descansos remunerados

A seção V do capítulo II cuida das regras relativas à duração do trabalho e ao descanso respectivo. Nos termos do art. 12 fixa que o trabalhador autônomo economicamente dependente tem direito, após um ano de prestação de serviços, a uma interrupção de sua atividade anual por quinze dias consecutivos²⁷⁰. Nesse período de interrupção de atividades, equivalente às férias, receberá o prestador de serviços o pagamento equivalente a um vinte e quatro avos da remuneração percebida no período de um ano referente à aquisição do direito, acrescida do adicional de um terço.

Trata-se de regime jurídico semelhante ao das férias do empregado comum, com a diferença de que o descanso é de quinze dias consecutivos. Não há, além disso, qualquer previsão de desconto de dias de férias em razão de faltas não justificadas, pois tal sistema não é adotado no anteprojeto. O pagamento devido é equivalente a um vinte e quatro avos da remuneração recebida no ano de aquisição do direito às férias.

Poder-se-ia questionar qual a razão do tratamento diferenciado em relação ao empregado comum, que tem o direito de gozar trinta dias de férias. A resposta é que o regime estabelecido no Estatuto do Trabalhador Autônomo Economicamente Dependente é um sistema intermediário que visa a assegurar a tais trabalhadores os direitos fundamentais, sem, contudo, inviabilizar, onerar ou dificultar sobremaneira a atividade econômica. O prazo reduzido é previsto também como estratégia para adoção do sistema. Mas isso não impede que, após a adoção do novo regime e a cristalização de direitos, esse prazo possa ser estendido por legislação posterior.

Por outro lado, a fixação de trinta dias poderia, num primeiro momento, levar a resistências maiores por parte dos defensores do capital. Poder-se-ia argumentar que pouca diferença existe entre um empregado e um trabalhador autônomo economicamente dependente e que, na verdade, não se estaria diante de um regime intermediário, mas sim do regime comum. Conforme se verifica, não somente o direito às férias é diferenciado, como

²⁷⁰ Art. 12 O trabalhador autônomo economicamente dependente tem direito, após um ano de prestação de serviços, a uma interrupção de sua atividade por quinze dias consecutivos, equivalente às férias, recebendo o pagamento equivalente a um vinte e quatro avos da remuneração percebida no período de um ano referente à aquisição do direito, acrescidas do adicional de um terço. §1º o período de interrupção deverá ser concedido pelo tomador de serviços em data que lhe seja mais conveniente, desde que comunicada ao trabalhador com o prazo mínimo de noventa dias de antecedência, dentro do período de um ano após o término do período aquisitivo do direito, não podendo em nenhuma hipótese ser convertido em abono. §2º Em caso de extrapolção do período concessivo, o pagamento será feito de forma dobrada, sem prejuízo do gozo do período de férias.

também vários outros, tais como a ausência de fundo de garantia por tempo de serviço e inúmeros adicionais remuneratórios previstos para a relação de emprego comum.

Saliente-se também que não há previsão de repartição do período de férias. Nesse aspecto, a omissão é eloqüente, uma vez o período de descanso é reduzido, impossibilitando assim qualquer hipótese de sua repartição, mesmo com compensação financeira. Saliente-se, ademais, que a proporcionalidade das férias é assegurada em todas as hipóteses, salvo na de justa causa provocada pelo trabalhador autônomo economicamente dependente, conforme estabelecem os arts.15 e 16 do mesmo anteprojeto.

Prescreve o §1º do art. 12 que o período de gozo de férias deverá ser concedido pelo tomador de serviços em data que lhe seja mais conveniente. Entretanto, o período deve ser comunicado ao trabalhador no prazo de noventa dias de antecedência, dentro do período de um ano após o término do período aquisitivo do direito. Com tal regra, assegura-se a iniciativa do tomador de serviços para a fixação do período de férias. Por outro lado, possibilita-se uma melhor programação do prestador de serviços, na medida em que se amplia o período de antecedência de comunicação do período de gozo. O mesmo dispositivo impede a possibilidade de troca do período de descanso por abono respectivo, quer parcial, quer total, conforme está expresso em sua parte final. Tal medida se justifica tendo em vista a quantidade já reduzida de dias de desconto, razão pela qual não podem as férias em nenhuma hipótese ser convertidas em abono.

O §2º do art. 12 estabelece que, em caso de extrapolação do período concessivo, o pagamento será feito de forma dobrada, sem prejuízo do gozo do período de férias. Trata-se de medida que se justifica em razão do interesse em se estimular a concessão do gozo de férias no período concessivo, sob pena de incidência da sanção estabelecida no referido dispositivo.

O art. 13²⁷¹ dispõe que o trabalhador autônomo economicamente dependente terá direito ao descanso semanal. A remuneração será equivalente a um dia de prestação de serviços, por semana, para aqueles que recebem por unidade de tempo e equivalente a um sexto da produção semanal para aqueles que recebem de acordo com o trabalho prestado. Neste tópico, o anteprojeto apresenta regulamentação semelhante à empreendida pela Lei nº605/49, que é adotada pela sua simplicidade e eficiência. Porém, diferentemente da citada lei, não há qualquer previsão de desconto do repouso em razão de faltas ou atrasos. Isso

²⁷¹ Art. 13 O trabalhador autônomo economicamente dependente terá direito ao descanso semanal, cuja remuneração será equivalente a um dia de prestação de serviços para aqueles que recebem por unidade de tempo e equivalente a um sexto da produção semanal para aqueles que recebem por de acordo com o trabalho prestado.

porque não se está diante de trabalhador juridicamente subordinado, mas tal somente diante de trabalhador com dependência econômica.

Nos termos do art. 14 do anteprojeto²⁷², na hipótese em que houver controle, o horário de trabalho dos trabalhadores autônomos economicamente dependentes procurará adaptar-se à necessidade de conciliação com a vida pessoal, familiar e profissional do trabalhador. Estabelece o citado dispositivo que a jornada de trabalho não poderá exceder a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais.

A regra geral é, portanto, a ausência de controle de jornada, até porque esta é um dos elementos para caracterização da subordinação jurídica. Esse controle é admitido apenas em caráter eventual e transitório na relação de trabalho economicamente dependente. Se, eventualmente ocorrer prestação de serviços que extrapole os limites citados, nos termos do §1º, será devido adicional remuneratório mínimo no importe de 150%, calculado sobre o montante das horas excedentes, quando o trabalhador autônomo economicamente dependente receber por unidade de serviço prestado. Na hipótese em que os pagamentos ocorrem em unidade de tempo, o pagamento será de uma hora mais o adicional respectivo.

O adicional majorado em 150% tem o objetivo de dificultar as fraudes e reduzir o interesse na prestação de serviços extraordinários pelo trabalhador autônomo economicamente dependente. Na hipótese de um tomador de serviços precisar controlar a jornada do trabalhador, então deverá adotar o sistema da relação de emprego comum, em que se aplicarão todas as regras pertinentes, inclusive o adicional básico de 50% previsto na CLT, salvo regra convencional ou contratual específica.

Poder-se-ia argumentar que a concessão de benefícios majorados ao trabalhador autônomo economicamente dependente em comparação ao empregado comum, geraria uma inconsistência no sistema jurídico trabalhista. A argumentação é verdadeira. Contudo, não se aplica à hipótese de tratamento sob apreço, especificamente no que tange à duração e ao controle de jornada.

²⁷² Art. 14 Na hipótese de haver controle pelo tomador de serviços, o horário de trabalho do trabalhador autônomo economicamente dependente procurará adaptar-se à necessidade de conciliação entre as vidas pessoal, familiar e profissional do trabalhador, respeitados os limites de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais. §1º Na hipótese de a prestação de serviços extrapolar a carga horária estabelecida no caput deste artigo, será devido adicional remuneratório mínimo no importe de 150%, calculado sobre o montante das horas excedentes nos casos de recebimento por serviços e no importe de uma hora mais 150% para as hipóteses de recebimento por unidade de tempo. §2º Não poderá ocorrer compensação de jornada ou banco de horas com o objetivo de excluir o adicional remuneratório previsto no parágrafo anterior. §3º Na hipótese em que o tomador de serviços exija a prestação do trabalho entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco da manhã do dia seguinte, o pagamento respectivo deverá ter o adicional de 50%.

Na verdade, o que o anteprojeto busca é coibir a utilização da figura do trabalhador autônomo economicamente dependente como instrumento para fraudar o reconhecimento do vínculo empregatício. Assim, se o tomador de serviços controla a atividade e a jornada do trabalhador, tal realidade, para além de poder configurar a relação de emprego em sentido estrito, gerará, no caso concreto, direitos majorados ao trabalhador economicamente dependente. Em consequência, essa configuração intermediária não seria mais interessante para o tomador de serviços, que buscaria então efetivar o reconhecimento da relação de emprego em sentido estrito.

É preciso frisar que o anteprojeto não pretende estimular a prestação de horas extraordinárias pelo trabalhador autônomo economicamente dependente. Ao contrário, pretende servir de instrumento para coibir tal exigência, que deverá ocorrer apenas em hipóteses excepcionais. Até porque não é economicamente viável ou interessante a prestação contínua de horas extras pelo trabalhador autônomo economicamente dependente.

O anteprojeto não estabelece nenhuma regra ou limitação no que se refere aos repousos inter e intrajornada. A lacuna se justifica em razão da ausência de subordinação jurídica. Por sua vez, o §2º do art. 14 estabelece que não poderá ocorrer compensação de jornada ou banco de horas com o objetivo de excluir o adicional remuneratório previsto no §1º do mesmo artigo. A medida também se justifica em razão de não se encontrar configurada a subordinação jurídica e com o objetivo de se coibir fraudes. Por fim, o §3º tem o objetivo de coibir a exigência de trabalho noturno. Segundo prescreve, na hipótese em que o tomador de serviços exija a prestação do trabalho entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco da manhã do dia seguinte, o pagamento respectivo deverá ser adicionado em 50%.

Conforme ficou assinalado no capítulo 5, inúmeros são os prejuízos causados à saúde do trabalhador pelo trabalho noturno. Daí a razão da remuneração mais elevada para o trabalho prestado nessas condições. O adicional majorado, se comparado ao empregado comum, por seu turno, se justifica como mais uma medida para coibir fraudes, evitando-se a caracterização como trabalhador autônomo economicamente dependente daquele prestador que, na verdade, deveria ser enquadrado como empregado.

Assim, mais do que na relação de emprego, a prestação de sobrejornada ou trabalho noturno deverá ser eventual para o trabalhador autônomo economicamente dependente. Isso se justifica até mesmo em razão da ausência de configuração da subordinação jurídica, não devendo o trabalhador se submeter à jornada de trabalho fixada normalmente pelo tomador de serviços. Observe-se, por fim, que a parcela recebida extraordinariamente em razão da extrapolação da jornada ou em razão do trabalho noturno incidirá na base de cálculo das férias

e do 13º salário, em virtude de a primeira ser calculada com base na remuneração recebida no período aquisitivo e a segunda com base na remuneração recebida no ano civil.

6.2.2.6 Da rescisão do contrato

O art. 15 do anteprojeto²⁷³ estabelece que a relação contratual entre o tomador de serviços e o trabalhador autônomo economicamente dependente se extinguirá nas seguintes situações: por mútuo acordo entre as partes; nas hipóteses previstas no contrato; em caso de morte, aposentadoria ou invalidez do trabalhador; mediante denúncia imotivada por qualquer das partes ; por justa causa para a rescisão do contrato.

De acordo com o §1º do art. 15, em qualquer das hipóteses previstas nos incisos I a IV do artigo sob comento, o trabalhador autônomo economicamente dependente deverá receber, além de outras parcelas eventualmente devidas, as férias e o 13º proporcional. Portanto, as parcelas em destaque são devidas não apenas em sua integralidade, mas também de forma proporcional.

O anteprojeto procurou, também, apresentar solução legislativa explícita a respeito da aposentadoria do trabalhador autônomo economicamente dependente. Nesse aspecto, fixa que esta não impede a continuação dos serviços ao tomador. Dessa forma, se houver iniciativa de rescisão do contrato por parte do tomador de serviços em razão da aposentadoria, esta será entendida como denúncia imotivada, nos termos do §3º do art. 15. No caso, contudo, de a iniciativa partir do trabalhador autônomo economicamente dependente, este não arcará com

²⁷³ Art. 15 A relação contratual entre o tomador de serviços e o trabalhador autônomo economicamente dependente se extinguirá por uma das seguintes circunstâncias: I-mutuo acordo entre as partes;II-alguma hipótese previstas no contrato;III morte, aposentadoria ou invalidez do trabalhador;IVdenúncia imotivada por qualquer das partes, devendo nesse caso ser concedido o aviso prévio de trinta dias pela parte denunciante, independentemente do tempo de serviço do trabalhador autônomo economicamente dependente; V-Justa causa para a rescisão do contrato.§1º Nas hipóteses previstas nos incisos I a IV o trabalhador autônomo economicamente dependente deverá receber, além de outras parcelas eventualmente devidas, as férias e o 13º salário proporcional.§2º A aposentadoria do trabalhador autônomo economicamente dependente não impede a continuação dos serviços ao tomador, excluindo-se, porém, a necessidade de indenização legal ou contratual por parte do prestador de serviços em razão da cessação do trabalho por iniciativa do trabalhador autônomo economicamente dependente. §3º Na hipótese de a iniciativa de rescisão do contrato em razão da aposentadoria partir do tomador de serviços, são devidas as mesmas parcelas resultantes da denúncia imotivada.§4º Na hipótese prevista no inciso IV, em caso de ausência de concessão do pré-aviso pelo tomador de serviços, este deverá efetuar o pagamento de indenização equivalente a trinta dias de retribuição. Se a iniciativa de denúncia imotivada partir do trabalhador, será este devedor de indenização equivalente à que seria paga pelo tomador de serviços em igual hipótese.§5º Nas hipóteses de subcontratação, o trabalhador autônomo economicamente dependente poderá pleitear o pagamento das parcelas rescisórias do seu tomador de serviços ou da empresa principal.

qualquer indenização ao tomador de serviços, consoante previsto no §2º do referido dispositivo.

De acordo com o §4º do art. 15, na hipótese de denúncia imotivada, em caso de ausência de concessão do pré-aviso pelo tomador de serviços, este deverá efetuar o pagamento de indenização equivalente a trinta dias de retribuição. Idêntico valor será devido pelo trabalhador autônomo economicamente dependente se a iniciativa de denúncia imotivada dele partir.

Na hipótese sob apreço, o anteprojeto deixa fixadas as conseqüências da ausência de concessão do pré-aviso, não tendo, neste tópico, estabelecido prazos variáveis do pré-aviso, a depender do tempo de serviço do trabalhador autônomo economicamente dependente. Tal medida foi adotada tendo em vista ser tradicional no direito brasileiro. A partir da constituição de 1988, o prazo de aviso prévio para o empregado foi unificado em trinta dias, ante a falta de regulamentação da proporcionalidade prevista no inciso XXI do art. 7º.

Saliente-se, neste ponto, que o direito estrangeiro fornece soluções interessantes, como faz o art. 23 da Lei nº. 35/04 – já demonstrado no capítulo 4 desta tese. Porém, no anteprojeto, optou-se, em primeiro lugar, por respeitar o prazo mínimo de trinta dias; em segundo, procurou-se não aumentar o prazo além desse período. Do contrário, o trabalhador autônomo economicamente dependente iria gozar de prazo de pré-aviso superior ao concedido ao empregado comum.

Caso o anteprojeto optasse pela proporcionalidade do pré-aviso, deveria adotar um regime intermediário entre a relação de emprego e os contratos de prestação de serviços previstos no art. 599 do Código Civil. Nesse caso, a fixação do prazo de trinta dias fica coerente com a previsão constitucional do art. 7º, inciso XXI, reputada, conforme capítulo 4 desta tese, como direito fundamental do trabalhador.

No parágrafo 5º, prevê o anteprojeto que nas hipóteses de subcontratação, o trabalhador autônomo economicamente dependente poderá pleitear o pagamento de suas parcelas rescisórias ao seu tomador de serviços ou à empresa principal. Tal tema liga-se ao da terceirização de atividades²⁷⁴, que cada vez mais vem sendo a tônica do mercado de trabalho.

²⁷⁴ Sobre a terceirização, é importante diferenciar a terceirização material e a de serviços. No primeiro caso, uma determinada fase do processo produtivo é apartada da estrutura empresarial e acometida ao terceiro especializado, que se limita a executá-la, com recursos próprios e autonomia gerencial, para adiante fornecer ao contratante o produto final de sua atividade, que será incorporado à linha de produção da empresa-cliente no estado em que se apresenta. Na terceirização pessoal, terceirizam-se serviços pessoais indissociáveis da unidade produtiva e que, por isso, tem de ser prestados nas próprias dependências da empresa-cliente, sob subordinação ou coordenação de seus prepostos (FELICIANO, 2007, p. 1). Neste aspecto, a terceirização para um trabalhador autônomo economicamente dependente fica no meio termo das duas espécies de terceirização e atrai a responsabilidade do tomador de serviços.

A importância de se responsabilizar o tomador de serviços é manifesta. Essa responsabilidade solidária enseja um maior controle da empresa principal, que passa a fiscalizar o efetivo cumprimento dos direitos atribuídos ao trabalhador autônomo economicamente dependente.

O art. 16 do anteprojeto fixa as hipóteses de configuração de justa causa para a rescisão do contrato. No rol apontado, destacam-se as hipóteses de não cumprimento habitual, pelo trabalhador autônomo economicamente dependente, das obrigações e deveres decorrentes do contrato e atraso na contraprestação pelo tomador de serviços por período superior a três meses. Essas duas hipóteses estão previstas nos incisos I e II, destacando-se em razão do caráter sinalagmático do contrato mantido entre o trabalhador autônomo economicamente dependente e o tomador de serviços.

Com efeito, a obrigação principal do trabalhador autônomo economicamente dependente é prestar os serviços na forma convencionada, enquanto a obrigação principal do tomador é efetuar a contraprestação pecuniária respectiva. Desta forma, o não cumprimento pelas partes das suas obrigações básicas leva à possibilidade de rescisão do contrato por justa causa pela parte prejudicada. Ressalte-se, porém, que os dois incisos citados exigem a habitualidade no descumprimento da obrigação. Assim, o inciso I é expresso ao referir-se ao não cumprimento habitual de suas obrigações pelo trabalhador autônomo, enquanto o inciso II menciona a mora de três meses. Neste último caso, foi usado como critério o prazo estabelecido no Decreto nº. 368/68²⁷⁵ e entendimento jurisprudencial dominante, no que se refere à configuração da rescisão indireta do contrato de emprego em razão da mora salarial reiterada, ainda que não atingidos três meses seqüenciados²⁷⁶.

O inciso III prevê como hipótese de justa causa as ofensas físicas ou morais cometidas pelo trabalhador autônomo economicamente dependentes ou pelo tomador de serviços contra o outro. Trata-se, sem dúvida, de hipótese de rescisão justificada do contrato estabelecido entre as partes, tendo em vista a necessidade de respeito à honra e à dignidade da

²⁷⁵ Decreto-Lei nº. 368/68 - Art. 2º A empresa em mora contumaz relativamente a salários não poderá, além do disposto no artigo 1º, ser favorecida com qualquer benefício de natureza fiscal, tributária, ou financeira, por parte de órgãos da União, dos Estados ou dos Municípios, ou de que estes participem. § 1º Considera-se mora contumaz o atraso ou sonegação dos salários devidos aos empregados, por período igual ou superior a três meses, sem motivo grave e relevante, excluídas as causas pertinentes ao risco do empreendimento.

²⁷⁶ Nessa hipótese, o tomador de serviço atrasa os pagamentos de forma reiterada, retardando constantemente a quitação da contraprestação, sem, contudo atingir três meses de mora. Nesse sentido, tem se posicionado a jurisprudência pátria, que exclui a necessidade de configuração de três meses de atraso nas hipóteses em que este é reiterado: rescisão indireta. Configuração.Mora salarial. Reiteração. Declara-se a rescisão indireta do contrato de trabalho, com base no artigo 483, alínea "d", da CLT, quando comprovada a mora salarial reiterada, ainda que não atingido o prazo igual ou superior a três meses previsto no Decreto-Lei nº. 368/68, ficando caracterizado o descumprimento de obrigação contratual pelo empregador. Recurso obreiro provido". (TRT 14ª Região,RO 00751.2003.004.14.00-6 – Prol. Juiz Conv. Carlos Augusto Gomes Lôbo – DOJT 13.04.2004).

pessoa humana. Nesse sentido, inclusive, encontra-se inserida a hipótese de assédio moral estabelecida no inciso V do art. 4º do anteprojeto.

Os três últimos incisos do art. 16 prevêm hipóteses de justa causa cometidas exclusivamente pelo trabalhador autônomo economicamente dependente: o inciso IV cuida de ato de improbidade; o inciso V refere-se à violação de segredo de empresa e o inciso VI trata da violação da cláusula de não concorrência e exclusividade, quando esta for firmada, por escrito, entre as partes.

O ato de improbidade previsto no inciso IV do art. 16 tem redação idêntica à da alínea “a” do artigo 482 da CLT. Trata-se de ato comissivo ou omissivo pelo qual o trabalhador autônomo economicamente dependente pratica fraude em proveito próprio ou de terceiro. Já a violação de segredo de empresa reflete a hipótese prevista na alínea “g” do art. 482 da CLT e refere-se à violação do dever de fidelidade que é ínsito à relação de trabalho autônomo economicamente dependente. A hipótese é correlata à do inciso VI, que trata da violação da cláusula de não concorrência e exclusividade, quando esta for firmada, por escrito, entre as partes. Em ambos os casos, a conduta do trabalhador autônomo economicamente dependente viola a expectativa contratual básica de boa-fé e fidelidade. Por essa razão, tal conduta foi caracterizada como sendo justa causa para rescisão do contrato.

O §1º do art. 16 prevê que, na hipótese de rescisão por justa causa pelo tomador de serviços, o trabalhador autônomo economicamente dependente não receberá o pagamento de aviso prévio, férias proporcionais e 13º salário proporcional. A previsão tem o objetivo de deixar claro que na hipótese de justa causa não são devidas indenizações pela proporcionalidade de férias e 13º salário.

Já o §2º do mesmo art. 16 prevê que, na hipótese de rescisão por justa causa pelo trabalhador autônomo economicamente dependente, o tomador de serviços deverá pagar uma indenização equivalente um pagamento mensal, além das parcelas vencidas e, proporcionalmente, as vincendas. Trata-se de tratamento jurídico semelhante ao dado ao empregado na hipótese de rescisão indireta do contrato de trabalho.

6.2.2.7 Da interrupção e suspensão do contrato

O artigo 17 do anteprojeto²⁷⁷ cuida das hipóteses de suspensão ou interrupção do contrato de trabalho com o trabalhador autônomo economicamente dependente, estabelecendo

²⁷⁷Art. 16 Constituem justa causa para a rescisão do contrato: I-não cumprimento habitual pelo trabalhador autônomo economicamente dependente das obrigações e deveres decorrentes do contrato;II-atraso na

o referido dispositivo que a interrupção ou suspensão não poderá ensejar a rescisão do contrato mantido entre as partes.

Inicialmente, convém destacar a diferença entre suspensão e interrupção do contrato mantido entre as partes. Consoante ressalta Alice Monteiro de Barros (1997, p. 386), a interrupção do contrato de emprego é a paralisação temporária da prestação do serviço, sendo que o tempo de afastamento é computado para todos os efeitos legais, inclusive no que tange ao pagamento dos salários. De forma semelhante, na hipótese de contrato de trabalho autônomo economicamente dependente, a interrupção dos serviços não acarreta a interrupção do pagamento da contraprestação.

Já na suspensão do contrato de trabalho, assinala Barros (1997, p. 386) que ocorre a suspensão temporária da prestação de serviços, bem como a suspensão do pagamento de salários e demais vantagens. Assim, da mesma maneira, no contrato mantido com o trabalhador autônomo economicamente dependente, a suspensão do contrato elide a obrigação de contraprestação pelo tomador de serviços.

As hipóteses previstas no art. 17 do anteprojeto²⁷⁸ são relativamente diferenciadas em comparação às hipóteses de suspensão e interrupção do contrato de emprego. Com efeito, prevê o inciso I do referido dispositivo a possibilidade de suspensão ou interrupção por mútuo acordo entre as partes. Neste caso, o trabalhador autônomo economicamente dependente não tem o direito potestativo de se ausentar do serviço, devendo estabelecer o prazo e condições de afastamento com o seu tomador de serviços. Assim, essa paralisação na prestação de

contraprestação pelo tomador de serviços por período superior a três meses seguidos ou na hipótese de atrasos reiterados;III-ofensas físicas ou morais cometidas pelo trabalhador autônomo economicamente dependente ou pelo tomador de serviços contra o outro;IV-ato de improbidade cometido pelo trabalhador autônomo economicamente dependente;V-violação de segredo de empresa;VI violação da cláusula de não concorrência e exclusividade, quando esta for firmada, por escrito, entre as partes;§1º Na hipótese de rescisão por justa causa pelo tomador de serviços, o trabalhador autônomo economicamente dependente não receberá o pagamento de aviso prévio, férias proporcionais e 13º salário proporcional.§2º. Na hipótese de rescisão por justa causa pelo trabalhador autônomo economicamente dependente, o tomador de serviços deverá pagar uma indenização equivalente um pagamento mensal, além das parcelas vencidas, férias proporcionais e 13º salário proporcional.

²⁷⁸ Art. 17 São consideradas causas justificadas para a interrupção ou suspensão do contrato de prestação de serviços pelo trabalhador autônomo economicamente dependente as fundadas em: I - mútuo acordo entre as partes;II - necessidade de atender responsabilidades familiares, por prazo não superior a oito dias, hipótese em que as partes deverão transacionar acerca da permanência ou não da contraprestação salarial;III - licenças médicas;IV -caso fortuito e força maior;V - motivos de ordem técnica ou econômica a cargo do tomador de serviços.§1º A interrupção ou suspensão do contrato de trabalho economicamente dependente estabelecida neste artigo não poderá ensejar a rescisão do contrato de trabalho.§2º Na hipótese do inciso V, a suspensão do contrato, caso não seja recuperada nos três meses seguintes, gerará ao trabalhador autônomo economicamente dependente o direito a indenização em valor equivalente à metade da retribuição correspondente ao período de suspensão ou, não sendo possível a sua apuração, metade da retribuição média, calculada levando-se em conta a média das remunerações auferidas nos últimos 12 meses ou nos meses de execução do contrato, caso seja de duração inferior.

serviços poderá ser caracterizada como interrupção ou suspensão do contrato, a depender das cláusulas pactuadas.

O inciso II cuida da hipótese de interrupção ou suspensão do contrato para atender responsabilidades familiares urgentes, por prazo não superior a oito dias. Nessa hipótese, o trabalhador autônomo economicamente dependente tem o direito de se ausentar do serviço, sendo as conseqüências negociadas posteriormente. Assim, a depender do caso concreto, poderá ou não remanescer a obrigação de o tomador de serviços continuar a efetivar a contraprestação. Difere-se, portanto, da hipótese prevista no inciso I porque, neste segundo caso, o tomador de serviços não poderá impedir o afastamento do trabalhador, embora possa considerá-lo como suspensão do contrato.

Conforme se verifica, o tratamento é bastante diferenciado em relação ao empregado comum, que dispõe de um prazo mais reduzido para atendimento às necessidades familiares, tais como o afastamento por falecimento de cônjuge, ascendentes e descendentes previsto no art. 473 da CLT. A depender do caso concreto, porém, o tomador de serviços pode considerar o período como de suspensão do contrato, não havendo, portanto, a manutenção da contraprestação. A ampliação do prazo de afastamento do trabalhador autônomo economicamente dependente vem ao encontro da necessidade de conciliação da vida pessoal com a laboral. Esse tema já foi ressaltado quando da análise do inciso VIII do art. 4º do anteprojeto, que prevê a fórmula genérica de conciliação de vida pessoal e laboral.

No inciso III do art. 17, há a previsão de suspensão ou interrupção do contrato em virtude de licenças médicas. Neste caso, há tratamento jurídico bastante diferenciado em relação aos empregados comuns. Com efeito, para os empregados, a hipótese é de interrupção do contrato até o 15º dia e de suspensão a partir do 16º dia, consoante previsão do art. 60, caput, da Lei nº. 8.213/91. Contudo, conforme dispõe o citado dispositivo, no caso de trabalhadores autônomos, o ônus é assumido integralmente pela previdência social, tratando-se, assim, de hipótese de suspensão do contrato com o trabalhador autônomo economicamente dependente²⁷⁹.

O inciso IV prevê a hipótese de caso fortuito e força maior. Várias situações concretas podem se enquadrar nessas hipóteses, devendo-se ressaltar que poderão ocorrer circunstâncias que impeçam a prestação de serviços pelo trabalhador autônomo economicamente dependente ou que gerem a inutilidade ou inviabilidade dessa prestação. Em

²⁷⁹ Art. 60 da Lei nº. 8.213/91: O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz.

qualquer caso, as partes deverão transacionar as conseqüências financeiras daí decorrentes, podendo o período ser considerado como interrupção ou suspensão do contrato de trabalho.

Finalmente, na hipótese do inciso V, a suspensão ou interrupção do contrato ocorre por motivos de ordem técnica ou econômica, gerados pelo tomador de serviços. Nesse caso, adotou-se a solução semelhante ao direito português que, no art. 22 da Lei nº. 35/04, fixa a compensação pela suspensão da atividade. Assim, considerando-se que o trabalhador depende economicamente da relação estabelecida com o tomador de serviços, este será devedor de indenização equivalente à metade dos valores devidos durante o período de suspensão, salvo se nos três meses seguintes à suspensão ocorrer recuperação dos valores que deveriam ter sido recebidos durante o período de suspensão.

6.2.3 Do privilégio dos créditos do trabalhador autônomo economicamente dependente

O capítulo III do anteprojeto cuida de matéria relevante do ponto de vista de garantia do adimplemento dos créditos do trabalhador autônomo economicamente dependente. Nesse sentido, dispõe o art. 18²⁸⁰ que os pagamentos destinados a esse trabalhador gozam dos mesmos privilégios no concurso de credores outorgados aos créditos decorrentes da relação de emprego.

A previsão é fundamental. Com efeito, dentre os privilégios outorgados aos créditos trabalhistas, encontra-se a previsão do art. 151 da Lei nº. 11101/05. Dispõe o citado dispositivo que os créditos trabalhistas de natureza estritamente salarial vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência, até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador, serão pagos tão logo haja disponibilidade em caixa.

O art. 83 da referida lei estabelece, no seu inciso I, o privilégio, em primeiro plano, dos créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a cento e cinquenta salários mínimos por credor, bem como os créditos decorrentes de acidentes de trabalho, neste caso, sem limite. O mesmo artigo estabelece, no seu inciso VI, que constituem créditos quirografários os saldos dos créditos derivados da legislação do trabalho que excederem o limite de cento e cinquenta salários mínimos.

Sabe-se que tais privilégios conferidos aos créditos resultantes da relação de emprego constituem um mínimo de proteção ao trabalhador, o que foi bastante restringido pela Lei 11105/05, na medida em que a legislação anterior não limitava o crédito privilegiado

²⁸⁰ Art. 18 Os pagamentos destinados ao trabalhador autônomo economicamente dependente gozam dos mesmos privilégios no concurso de credores outorgados aos créditos decorrentes da relação de emprego.

trabalhista a cento e cinquenta salários mínimos. Assim, a regra estabelecida no art. 18 do anteprojeto visa a assegurar os mesmos privilégios dos créditos resultantes da relação de emprego ao trabalhador autônomo economicamente dependente.

6.2.4 Do fomento público às iniciativas profissionais autônomas

O capítulo IV do anteprojeto dispõe sobre o fomento público às iniciativas profissionais autônomas, que estão fixadas no art. 19²⁸¹. Inicialmente, o caput do artigo estabelece que os poderes públicos, no âmbito das respectivas competências, adotarão políticas destinadas ao estabelecimento e desenvolvimento de iniciativas econômicas e profissionais autônomas.

Essa política de fomento é muito importante para promover uma base de igualdade, capaz de permitir a inserção dos trabalhadores de todos os tipos. Busca também evitar discriminações por razão de nascimento, origem racial ou étnica, sexo, idade, estado civil, religião, convicções, deficiências físicas ou mentais, orientação sexual ou qualquer outra condição ou circunstância social ou pessoal do trabalhador. Tal propósito, inclusive, vem expressamente previsto no §1º do art. 19.

O §2 do art. 19 estabelece que o fomento do trabalho autônomo se destinará especialmente a propiciar a formação e readaptação profissional dos trabalhadores autônomos, facilitando seu acesso aos programas de formação profissional, que terão por objetivo a melhoria de sua capacitação profissional e o desenvolvimento de sua capacidade gerencial.

Por fim, o §3º estabelece que o fomento do trabalho também atenderá as necessidades de informação e assessoramento técnico para sua criação, consolidação e renovação, promovendo a comunicação e cooperação entre os trabalhadores autônomos economicamente dependentes.

A importância do fomento público nas atividades empreendedorísticas é muito relevante, o que inclusive vem sendo alvo de grandes debates a partir da Lei Complementar

²⁸¹ Art. 19-Os poderes públicos, no âmbito das respectivas competências, adotarão políticas destinadas ao estabelecimento e desenvolvimento de iniciativas econômicas e profissionais autônomas. §1º A elaboração dessa política de fomento deverá promover a igualdade de oportunidades com objetivo de promover a integração dos trabalhadores inseridos na hipótese do art. 4º, inciso III, desta lei. §2 O fomento ao trabalho autônomo se destinará especialmente a propiciar a formação e readaptação profissional dos trabalhadores autônomos, facilitando seu acesso aos programas de formação profissional, que se orientarão à melhoria de sua capacitação profissional e ao desenvolvimento de sua capacidade gerencial. §3º Esse fomento também atenderá as necessidades de informação e assessoramento técnico para sua criação, consolidação e renovação, promovendo a comunicação e cooperação entre os trabalhadores autônomos economicamente dependentes. .

nº. 123/06²⁸². Sem dúvida, o fomento público para o desenvolvimento de atividades autônomas é medida necessária para a redução das taxas de desemprego e incentivo ao crescimento econômico de uma forma mais ampla.

6.2.5 Das disposições finais

As disposições finais, integrantes do capítulo V do anteprojeto, são compostas de normas de ordem geral, com vistas a oferecer regras interpretativas e cláusulas de vigência das normas insertas no anteprojeto. O art. 20²⁸³ consagra o princípio da proteção, estabelecendo que os direitos assegurados na lei não elidem outros que derivem das normas especiais de profissões regulamentadas, das normas coletivas e dos contratos individuais celebrados entre as partes.

Como já foi visto no capítulo 5, o princípio da proteção deve ser aplicado nas relações trabalhistas *lato sensu* por ser a que mais evidencia a desigualdade de fato entre os sujeitos da relação jurídica. Dessa forma, surge a necessidade de promover a atenuação da inferioridade econômica, hierárquica e intelectual dos trabalhadores através do reconhecimento de que as regras estabelecidas no anteprojeto apenas constituem um patamar mínimo de proteção, sem prejuízo de normas mais benéficas que devem ser aplicadas no caso concreto de cada relação específica com o trabalhador autônomo economicamente dependente.

Outro dispositivo de relevância é a norma inserta no art. 21²⁸⁴ ao exigir que os poderes públicos devem garantir a efetividade dos direitos consagrados nesta lei. Cuida-se de norma que visa a estabelecer um comando de políticas públicas a serem elaboradas no sentido de garantir a efetividade do regime jurídico especial aplicável ao trabalhador autônomo economicamente dependente. Com esse objetivo, o Ministério do Trabalho e Emprego deverá fiscalizar o correto cumprimento do Estatuto do Trabalhador Autônomo Economicamente Dependente.

²⁸² A Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, estabelece as normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, consagrando o disposto no artigo 146 da Constituição. A lei cuida especialmente da apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias; do cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias; e do acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.

²⁸³ Art. 20 Os direitos consagrados nesta lei não elidem outros que derivem das normas especiais de profissões regulamentadas, das normas coletivas e dos contratos individuais celebrados entre as partes.

²⁸⁴ Art. 21 Os poderes públicos devem garantir a efetividade dos direitos consagrados nesta lei.

De grande importância, também, é a regra exposta no art. 22²⁸⁵ ao estabelecer que serão considerados nulos de pleno direito quaisquer atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos previstos no Estatuto. Trata-se de norma semelhante ao art. 9º da CLT, de larga aplicação no campo das relações de emprego. O artigo, portanto, visa a evitar a incidência de fraudes, ao reconhecer a nulidade de quaisquer atos que ensejem tal sistemática.

O art. 23 do anteprojeto²⁸⁶ estabelece a cláusula de vigência no sentido de fixar o prazo de *vacatio legis* em cento e oitenta dias, a partir da publicação do novo regime jurídico do trabalhador autônomo economicamente dependente. Esse prazo ampliado é importante, na medida em que o anteprojeto apresenta várias modificações nas regras aplicáveis a essa espécie de trabalho. Com efeito, a teor do art. 8º da Lei Complementar nº. 95/98, a vigência da lei deve contemplar prazo razoável para que dela se tenha amplo conhecimento, reservada a cláusula "entra em vigor na data de sua publicação" para as leis de pequena repercussão. Frise-se, por fim, que o período da *vacatio legis* é fixado em dias, tendo em vista expressa disposição nesse sentido do §2º da Lei Complementar nº. 95/98²⁸⁷.

Neste aspecto, nos termos do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Assim, desnecessária seria a previsão do art. 24 do anteprojeto²⁸⁸, no sentido de que a aplicabilidade da lei aos contratos em vigor por ocasião da entrada em vigência do Estatuto é imediata, fluindo os direitos ali estabelecidos apenas a partir da sua vigência. Contudo, o dispositivo foi inserido apenas para que não se suscitem dúvidas acerca da aplicabilidade retroativa do disposto na lei aos meses de trabalho anteriores nos contratos já em vigor por ocasião da celebração. Tem também o objetivo de evitar o entendimento de que a aplicação do regime somente atingiria os contratos firmados após a entrada em vigor da lei. Assim, a aplicabilidade é imediata, alcançando todas as relações jurídicas em curso a partir do mês de sua entrada em vigor.

Por fim, há que ressaltar a ausência, no anteprojeto, de dispositivo estabelecendo que se revogam as disposições em contrário. Isso porque tal é desnecessário a teor do §1º do art. 2º do Decreto-Lei nº. 4657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil). Esse dispositivo

²⁸⁵ Art. 22 serão considerados nulos de pleno direito quaisquer atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos previstos nesta lei.

²⁸⁶ Art. 23 Esta lei entra em vigor após decorridos 180 dias de sua publicação oficial.

²⁸⁷ Art. 8º, § 2º Lei Complementar 95/98 - As leis que estabeleçam período de vacância deverão utilizar a cláusula 'esta lei entra em vigor após decorridos (o número de) dias de sua publicação oficial'.

²⁸⁸ Art. 24 A aplicabilidade da lei aos contratos em vigor por ocasião da entrada em vigência desta lei é imediata, fluindo os direitos aqui estabelecidos apenas a partir da sua vigência.

estabelece que a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Por outro lado, o dispositivo não vem expresso no anteprojeto por força do art. 9º da Lei Complementar nº. 95/98 que estabelece que a cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.

A análise do anteprojeto, empreendida nas páginas anteriores permite constatar que o regime aqui proposto tem alguma influência do tratamento jurídico estrangeiro, em especial do regime jurídico espanhol. Contudo, foi realizada a adaptação às peculiaridades do direito e do meio social brasileiro, procurando-se adequar o nível protetivo pretendido às circunstâncias nacionais. O anteprojeto, em sua essência, responde a um dos anseios de proteção jurídica a essa classe de trabalhadores autônomos que vem crescendo ultimamente, a partir das alterações empreendidas na economia, que geraram reflexos no mundo do trabalho.

Conforme foi evidenciado, embora o tratamento jurídico através de lei específica regulamentadora fosse dispensável a partir de uma hermenêutica constitucional concretizadora dos direitos fundamentais, na realidade, a especificação de alguns direitos e a regulamentação de outros tantos contribuem para a adequada compreensão e regulação do tratamento jurídico aplicável ao trabalhador autônomo economicamente dependente.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após todas as considerações feitas ao longo deste trabalho pode-se extrair uma síntese das idéias desenvolvidas. O primeiro ponto a se destacar é que a conceituação do que sejam direitos fundamentais é particularmente difícil, tendo em vista a ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no envolver histórico. Pode-se afirmar que o direitos fundamentais representam a constitucionalização dos direitos humanos que gozaram de alto grau de justificação ao longo da história e que são reconhecidos como condição para o exercício dos demais direitos.

Dentro do extenso rol de teorias para o estabelecimento do conceito e conteúdo dos direitos fundamentais, parece restar claro o caráter histórico dos mesmos. Inicialmente, foram concebidos como direito de defesa frente ao Estado e posteriormente ampliados aos direitos de prestações positivas pelo Estado. No conceito atual dos direitos fundamentais não há como se olvidar sua eficácia privada, máxime nas relações hierárquicas, como é o caso dos vínculos trabalhistas. De igual forma, insito ao conceito dos direitos fundamentais está o seu reconhecimento pelo Estado quando os consagra na Constituição. Desta forma, pode-se afirmar, a partir do conteúdo mínimo aqui destacado, que direitos fundamentais são direitos subjetivos historicamente reconhecidos pelo Estado que visam a assegurar a dignidade da pessoa humana, quer pelo respeito às liberdades civis, quer pelo adimplemento dos direitos de natureza prestacional.

O respeito à dignidade da pessoa humana não se encontra listado no rol dos direitos fundamentais individuais insculpidos no art. 5º da Constituição Federal. Porém, encontra-se previsto no rol dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, especificamente no inciso III do art. 1º da Constituição. O princípio da dignidade da pessoa humana é essencial dentro do contexto de análise dos direitos fundamentais. Ela, como valor fundamental, exerce um comando no conteúdo dos demais direitos fundamentais, pressupondo o reconhecimento de todos eles, independentemente de suas dimensões. Com efeito, sem reconhecimento dos direitos humanos fundamentais, nega-se a própria dignidade da pessoa humana.

Dado ao caráter aberto e amplo da Constituição, os problemas de interpretação surgem com maior freqüência do que em outros ramos do direito, em que as normas são mais

detalhadas. O objetivo da interpretação constitucional é deduzir o resultado constitucionalmente correto através de um procedimento racional e controlável. É também fundamentar esse mesmo resultado, criando certeza e previsibilidade jurídicas e não apenas a solução de determinado caso concreto.

Numa perspectiva atual, reconhecem-se os direitos fundamentais como tendo uma dupla dimensão: subjetiva e objetiva. Em sua significação objetiva, os direitos fundamentais representam as bases do consenso sobre os valores de uma sociedade democrática. Já em sua dimensão subjetiva, têm a função de tutelar a liberdade, a autonomia e a segurança dos cidadãos. Tais dimensões são importantes porque uma das discussões mais atuais dentro do debate relativo à publicização do direito privado ou mesmo da superação da dicotomia entre direito público e direito privado é aquela relativa à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. A questão se coloca tanto questionando se existe tal vinculação, como, respondendo-se afirmativamente à primeira indagação, em que medida se dá tal vinculação.

Atualmente, existe certa tendência em aceitar a eficácia privada dos direitos fundamentais. No Brasil, tal tendência foi reforçada pela decisão do STF, nos autos do Recurso Extraordinário 201.819/RJ. Na esfera trabalhista, a aplicação direta dos direitos fundamentais é ainda mais patente, principalmente nos casos de assédio moral ou revista íntima. A esse respeito, o Tribunal Superior do Trabalho diversas vezes se manifestou no sentido de assegurar ao empregado o respeito ao direito fundamental de intimidade e dignidade da pessoa humana.

O direito do trabalho surgiu no contexto de inúmeras circunstâncias que criaram o ambiente propício para o seu desenvolvimento em escala mundial. Com isso, serviu de modelo para um modo de produção próprio que se desenvolveu após a Revolução Industrial, mas que hoje sofre para resistir às mudanças provocadas pela sociedade pós-industrial.

O paradigma do mundo do trabalho na sociedade atual está premido pela evolução tecnológica empreendida nas últimas décadas. A partir dos eventos desencadeados pela crise do petróleo de 1973, deu-se a articulação de uma série de tecnologias que vinham sendo desenvolvidas de forma isolada, em especial no interior do complexo militar que dava sustentação à “guerra fria”. O uso combinado da informatização, automação e biotecnologia implicaram na destruição progressiva das estruturas de produção tayloristas-fordistas-toyotistas que marcaram o desenvolvimento industrial até o terceiro quartel do século XX. A divisão do trabalho e a cooperação no plano da produção foram substituídas pela cooperação competitiva no plano da criação ininterrupta de novos produtos e serviços.

O famoso relatório Supiot é fruto de uma pesquisa multidisciplinar no âmbito da Comunidade Européia, levada a efeito no final do século XX, com o objetivo de demonstrar as transformações no mundo do trabalho e as alterações no direito do trabalho na Europa. No estudo, demonstra-se que o direito do trabalho é enraizado em um modelo industrial que atualmente vem passando por várias mudanças. Do modelo taylorista-fordista passou-se a uma nova concepção que se desenvolveu a partir de três fatores: o aumento dos níveis de habilidade e autonomia ocupacional; a pressão crescente da competição em mercados cada vez mais abertos ; o ritmo veloz do progresso tecnológico, especialmente nos campos da informação e da comunicação.

A dificuldade maior enfrentada atualmente é que a situação econômica e social não pode ser enquadrada em um único modelo de relação de emprego. Pelo contrário, apresenta uma variedade de ambientes da produção. Isto explica a variedade crescente de tipos de relações de trabalho. Assim, o mundo do trabalho busca adaptar-se à nova realidade advinda do impacto conjunto da revolução tecnológica e da globalização da economia. Esse impacto pôs em xeque as bases em que se assentavam as relações do trabalho assalariado, tanto na dimensão institucional quanto nas abordagens científicas, nos campos da administração, da economia, da sociologia e, até, da psicologia.

Nesse contexto, destaca-se a tendência da flexibilização. A substituição da sociedade industrial pela sociedade pós-industrial aponta para o declínio do assalariamento como forma jurídica elementar de organização do processo de cooperação produtiva. Várias são as soluções apontadas pelos estudiosos do direito do trabalho, cientistas políticos e entidades empresariais e laborais para o enfrentamento da questão do desemprego e modificações no mundo do trabalho na sociedade pós-industrial. Por um lado, há que se frisar a atuação dos sindicatos na luta pela permanência dos direitos trabalhistas. Ao lado da atuação destes, é preciso destacar, também, em nosso país, a criação do Fórum Nacional do Trabalho, constituído majoritariamente de forma tripartite, por representantes institucionais, indicados pelas entidades do mundo do trabalho, além de elementos da esfera pública.

Dentro do panorama de mudanças no mundo do trabalho, gerado pelas alterações estruturais no campo da economia e do emprego, merece também destaque a alteração levada a efeito pela Emenda Constitucional nº. 45 no art. 114 da Constituição, que ensejou grande mudança de competência da Justiça do Trabalho. Em meio a inúmeras discussões sobre a flexibilização e a necessidade de permanência de padrões mínimos para os trabalhadores, a questão tem-se deslocado para um balanço adequado entre flexibilidade - como requisito da

gestão empresarial competitiva - e segurança - como necessidade do trabalhador e condição da paz social. É a chamada flexissegurança.

Outra espécie de reflexo do novo paradigma no mundo do trabalho é a proliferação de cooperativas. No Brasil, houve uma regulamentação jurídico-positiva no começo do século XX sobre o cooperativismo. Coincidentemente, foi a mesma que criou os primeiros sindicatos no território nacional, autorizando-os expressamente ao exercício do cooperativismo. Contudo, atualmente, as cooperativas vêm sendo um campo aberto às mais diversas fraudes contra a aplicação da legislação trabalhista.

Tradicionalmente, a expressão “relação de trabalho” engloba a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho parassubordinado, de trabalho avulso e outras modalidades. É, portanto, o gênero, no qual se inserem as demais. A diferenciação e atribuição de regimes jurídicos diversos a essas diferentes espécies de relação de trabalho encontram-se em plena discussão diante das alterações que o mundo do trabalho tem enfrentado.

Nesse aspecto, acesa é a controvérsia para a caracterização da relação de emprego. No que se refere ao vínculo empregatício, estabelece o art. 3º da CLT que: “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. A partir de tal definição legal, são extraídos os elementos da configuração do vínculo empregatício, dos quais o mais estudado é a subordinação jurídica.

Fora da relação de emprego, encontra-se a prestação de serviços autônomos, que vem cada vez mais ganhando espaço no mundo do trabalho. Saliente-se que essa modalidade não tem como característica a pessoalidade da prestação, podendo, desde que haja anuência do tomador, ocorrer a substituição do prestador, nos termos do art. 605 do Código Civil. A exemplo do que vem ocorrendo em relação a outras formas de exclusão da relação de emprego, também a natureza autônoma da prestação de serviços vem sendo discutida em juízo, existindo forte corrente jurisprudencial no sentido de impedir as tentativas de burla à incidência da legislação trabalhista.

Quando se cuida de analisar a prestação de serviços autônoma, há que se destacar a figura do trabalhador autônomo economicamente dependente. Com efeito, embora a natureza da prestação de serviços seja autônoma e não juridicamente subordinada, o prestador de serviços tem uma peculiar dependência econômica, que leva à necessidade de estabelecimento de um regime jurídico próprio.

Nesse campo, uma das críticas lançadas à atual realidade do direito do trabalho baseia-se no fato de que trabalhadores empregados recebem, por serem empregados, por estarem subordinados ao empregador, ampla proteção legal. Já outros trabalhadores, igualmente necessitados e hipossuficientes, nada recebem de tutela justrabalhista, em razão da ausência de subordinação jurídica. A tipificação da parassubordinação serviria, assim, para minorar a situação em que se encontram alguns contratantes fracos que, embora trabalhadores, não são empregados.

Diante dos efeitos da globalização econômica no mundo do trabalho, acendeu-se uma forte controvérsia na doutrina trabalhista no sentido de descaracterizar a exigência de subordinação jurídica para o reconhecimento dos direitos trabalhistas. No caso brasileiro, ampliou-se a discussão sobre a interpretação do art. 3º da CLT para entendê-lo como protetivo das relações dependentes *lato sensu*. Alega-se, nesse sentido, que a dicotomia entre a subordinação jurídica e a autonomia não se mostraria suficiente frente à realidade atual do mundo do trabalho. Surgem, assim, as discussões em torno da caracterização da subordinação jurídica, em cotejo com a dependência em sentido amplo, existindo uma tendência em ampliar a conceituação da subordinação jurídica, tendo em vista a necessidade de se atribuir proteção aos trabalhadores engajados nas novas formas de produção.

Outra grande questão consiste em caracterizar essa dependência econômica ou debilidade contratual capaz de caracterizar esse novo eixo do direito do trabalho. Nesse aspecto, podem-se indicar algumas condições caracterizadoras: a) existência de condições gerais do contrato dispostas pelo tomador de serviços que excluem a possibilidade de tratativas; b) o caráter prevalentemente pessoal da prestação de trabalho; c) a existência de cláusulas do contrato que limitam a faculdade de opção por parte do colaborador; d) a importância econômica dos valores recebidos do tomador de serviços, sem dispor o prestador de alternativa.

Há que se destacar a idéia atual no sentido de se estabelecer um patamar mínimo de proteção, que abranja não apenas os empregados, mas também os demais tipos de trabalhadores. Nesta linha é que realmente se orienta o presente trabalho, na medida em que procura fixar os direitos fundamentais trabalhistas. Tais direitos seriam aplicados não apenas aos empregados tradicionais, mas também aos trabalhadores que, embora não se caracterizem como subordinados juridicamente dentro do conceito clássico do direito do trabalho, possuem dependência econômica do tomador de mão-de-obra capaz de ensejar a necessidade de proteção de um direito do trabalho mais amplo.

Sabe-se que, historicamente, o critério da dependência econômica foi superado pelo da subordinação jurídica, no campo da doutrina do direito do trabalho, forjada num modelo fordista de produção. Porém, a retomada do critério da subordinação econômica surge no momento em que têm destaque as formas pós-fordistas de produção, como o teletrabalho, trabalhadores em domicílio e uma série de profissionais tecnicamente autônomos, mas economicamente dependentes. Diante desse novo panorama do mundo do trabalho, ressurgiu a discussão em torno da retomada da subordinação econômica.

Dentre as diversas soluções apontadas para o direito do trabalho na pós-modernidade, esta linha merece destaque, porque ao invés de flexibilizar e diminuir direitos trabalhistas, resolve ampliar a atuação dos direitos fundamentais nas relações de trabalho. Assim, busca-se com este trabalho, a partir da necessidade de ampliação da eficácia dos direitos fundamentais, apontar como solução para o direito do trabalho na sociedade pós-industrial não apenas eventual alteração legislativa, que é aqui proposta, mas principalmente a máxima aplicação dos preceitos da própria constituição.

Para a elaboração da proposta legislativa de um novo tratamento jurídico para os trabalhador, foi necessário a busca de subsídios do direito estrangeiro, em especial de países da família romano-germânica. Com efeito, as três principais tradições jurídicas ou sistemas jurídicos contemporâneos são o romano-germânico, o anglo-americano e o socialista. Dentre elas, o mais importante é o sistema romano-germânico, que se espalha particularmente pela Europa Continental, América Latina, grande parte da África, pelos países do Oriente Próximo, Japão e Indonésia.

Os direitos da família romano-germânica diferem consideravelmente uns dos outros quanto à substância. As distinções são claras particularmente no direito público, considerando as opções políticas e o maior ou menor grau de centralização de poder. Sobre as fontes do direito na tradição romano-germânica a lei, considerada *lato sensu*, é aparentemente a fonte primordial do direito nos países que adotam esse sistema. Porém, o direito comporta outras fontes importantes que não só a lei. Saliente-se também a importância da jurisprudência, que, na França e na Alemanha, assume, em certos domínios, um papel de primeiro plano na evolução do direito.

Porém, o papel da jurisprudência nos países da família romano-germânica apenas pode precisar-se em ligação com o da lei, pois se verifica a propensão dos juristas para procurarem apoio num texto de lei, de forma que o papel criador da jurisprudência dissimula-se atrás da aparência da interpretação da lei. Assim, só excepcionalmente os juristas se afastam deste paradigma.

Tais noções tradicionais da família romano-germânica, porém, não podem ser analisadas sem se fazer referência ao movimento neoconstitucionalista. A concepção do neoconstitucionalismo se identifica com um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional. O neoconstitucionalismo se caracteriza por uma série de estudos teóricos que levam à compreensão e inserção dos valores na Constituição. Contribuiu também para o surgimento e resolução de conflitos entre as opções normativas e valorativas inscritas na Constituição.

No estudo do direito estrangeiro, há que se destacar o reconhecimento dos direitos fundamentais pelo direito comunitário europeu através da carta europeia dos direitos fundamentais. Além disso, deve-se ressaltar o tratamento jurídico atribuído às relações de trabalho autônomas e economicamente dependentes na Espanha, Itália, Alemanha e Portugal. A forma mais relevante de expansão do direito do trabalho na Espanha consiste em equiparar a técnica protetiva do direito do trabalho a pessoas que não são empregados em sentido estrito. No tocante ao tratamento jurídico das relações trabalhistas não empregatícias, vale apontar, de forma mais destacada, a lei nº. 20/2007 de 11 de Julho de 2007, que cria o estatuto do trabalhador autônomo. Tal lei é interessante porque cria a figura do “trade” - trabalhador autônomo economicamente dependente.

Por sua vez, a Constituição Italiana, em vigor desde 1948, em que pesem às sucessivas alterações, reconhece, em seu corpo, o direito do trabalho. Quando se fala no tratamento jurídico das relações de trabalho lato sensu no direito italiano, imediatamente se deve ressaltar o desenvolvimento do conceito da parassubordinação e a tipificação do contrato de trabalho a projeto.

Por seu lado, a Constituição alemã não prevê direitos sociais, na medida em que o legislador constituinte optou por não regular os direitos fundamentais sociais, satisfazendo-se com a consolidação do princípio do Estado Social. Entre os extremos do trabalho com relação de emprego e o trabalho autônomo, existem diversas formas intermediárias de trabalho na Alemanha. Entre elas, uma das que chama mais atenção é o trabalhador em domicílio, que possui uma legislação específica (HAG) prevendo, especialmente, a fixação de um piso salarial e de condições mínimas de trabalho. A dicotomia entre os trabalhadores autônomos excluídos da lei trabalhista e os empregados protegidos pelo direito do trabalho nunca foi bem aceita pela doutrina alemã, criando-se, em conseqüência, a figura dos assemelhados a empregados.

A noção dos quase empregados foi desenvolvida pelos tribunais alemães levando em conta os seguintes critérios: os assemelhados a empregados devem cumprir seus deveres contratuais de forma pessoal, essencialmente sem a ajuda de empregos; a maior parte do seu

trabalho deve ser feita para uma pessoa ou instituição ou mais da metade de seu sustento deve ser pago por uma pessoa ou instituição. Por outro lado, o legislador não regulamentou o direito de tais pessoas em situação análoga à relação de emprego de modo sistematizado, existindo uma série importante de normas esparsas sobre essa matéria.

A Constituição da República Portuguesa estabelece a todos os trabalhadores diversos direitos apontados no seu art. 59, fazendo especial referência à necessidade de observância da dignidade da pessoa humana. Esse caráter protecionista, expresso na constituição, vem refletir na normativa infraconstitucional pertinente às relações de trabalho. O Código do Trabalho Português (Lei nº. 99/2003) estabelece, em seu art. 12, a presunção de que existe um contrato de trabalho sempre que o prestador esteja na dependência e inserido na estrutura organizativa do beneficiário da atividade e realize a sua prestação sob ordens, direção e fiscalização deste último, mediante retribuição.

Já em seu art. 13, o Código do Trabalho Português determina que ficam sujeitos aos princípios definidos em seu texto, em especial quanto a direitos de personalidade, igualdade e não-discriminação, segurança, higiene e saúde no trabalho, os contratos que tenham por objeto a prestação de trabalho, sem subordinação jurídica, sempre que o trabalhador deva considerar-se na dependência econômica do beneficiário da atividade.

O exame efetivado no direito estrangeiro permite demonstrar que várias soluções adotadas pelos citados países podem ser condensadas e compatibilizadas com o direito brasileiro, a ponto de servir de fonte de inspiração para a elaboração do anteprojeto de regulamentação do trabalho autônomo economicamente dependente. Após as análises empreendidas, relativas ao tratamento jurídico estrangeiro dos contratos de trabalho de natureza não empregatícia, verificam-se semelhanças entre os sistemas, que procuram conceder um regime protetivo intermediário às categorias não abrangidas pela relação de emprego tradicional.

No Brasil inexistente legislação regulamentadora sistematizada que assegure direitos intermediários a tais categorias. Assim, levando-se em conta a necessidade de pronta proteção a essas categorias, independentemente de alteração legislativa, esta tese procura, a partir destes subsídios, trazer uma proposta de tratamento jurídico para os contratos de trabalho não enquadrados na relação de emprego, a partir da interpretação dos direitos e princípios fundamentais.

Os direitos trabalhistas fundamentais estão previstos em diversos instrumentos normativos supranacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a

Declaração dos Direitos e Princípios Fundamentais da OIT e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Estabelece o art. 1º da Constituição que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento, dentre outros ali discriminados, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. O fato de os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa virem no mesmo inciso já demonstra a necessidade de ponderação de princípios e valores. Esse tema que é a tônica do atual estágio de estudos da aplicação dos direitos fundamentais, que se aplicam com base na ponderação de princípios e valores muitas vezes conflitantes.

O art. 5º da Constituição, ao estabelecer os direitos e deveres individuais e coletivos, fornece o conteúdo mínimo de proteção aos direitos fundamentais, consistindo seu conteúdo em cláusula pétrea da Constituição, de acordo com o disposto em seu art. 60, §4º, inciso IV. Alguns direitos constantes no art. 5º apresentam íntima ligação com as relações de trabalho, tais como os incisos I, IV, X, XII, XIII, XLVII, alínea “c”, dentre outros que embora não destinados às relações trabalhistas, podem ter nelas o seu campo de aplicação.

No capítulo dos direitos sociais, a Constituição estabelece, no caput do seu art. 7º que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, todos aqueles indicados em seus incisos. Tal redação poderia dar margem ao entendimento de que os direitos previstos no art. 7º são aplicáveis a todos os trabalhadores, mas tal leitura do referido dispositivo constitucional acabou não prevalecendo,

Questiona-se se o disposto no art. 7º, inciso I, da Constituição constitui direito fundamental do trabalhador, independentemente de sua qualificação como empregado. Neste aspecto, convém frisar que a adoção de mecanismos que busquem evitar a despedida abusiva ou sem justa causa vem ao encontro dos princípios básicos de proteção da dignidade do trabalhador, uma vez que sua força de trabalho é a sua forma de sobrevivência. Contudo, é preciso ter em mente que a partir do momento em que se repute o direito como universal para qualquer espécie de trabalhadores, estar-se-ia a desconsiderar as condições peculiares de cada tipo, em especial em relação às relações de trabalho autônomo. Por tais motivos, pode-se concluir que o inciso não consagra um direito fundamental do trabalhador *lato sensu*.

O inciso II do art. 7º da Constituição dispõe sobre o seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário. Porém, esse instituto não constitui direito fundamental do trabalhador, tratando-se de parcela que visa a garantir a sua sobrevivência no período de desemprego. Da mesma forma, o direito estabelecido no inciso III do art. 7º, o fundo de garantia do tempo de serviço, não é um direito fundamental do trabalhador. Ao contrário,

trata-se de uma criação do legislador brasileiro para elidir a estabilidade decenal do empregado.

Por seu turno, as garantias salariais inseridas nos incisos IV a VII constituem direitos fundamentais do trabalhador, independentemente da sua condição de empregado. Já o inciso VIII do art. 7º da CLT estabelece o direito ao décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria. Ressalte-se, aliás, que a medida tem sido uma prática em determinados setores autônomos, mas com relação de continuidade. O inciso IX determina a remuneração do trabalho noturno superior ao diurno. Trata-se de direito fundamental do trabalhador. É necessário salientar, contudo, que as regras da Consolidação das Leis do Trabalho no tocante ao adicional remuneratório não podem ser utilizadas de forma analógica para fixação da remuneração devida a outras categorias que não se inserem na relação de emprego, sendo necessária prévia lei fixadora do quantum relativo ao adicional devido.

A participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, a participação na gestão da empresa, previstas no art. 7º, inciso XI da Constituição não constituem direitos fundamentais do trabalhador, não gozando das características da historicidade e caráter basilar de direito. Com efeito, trata-se de normas conjunturais que asseguram direitos aos empregados, sendo, inclusive, muitas vezes utilizadas para disfarçar aumentos salariais aos empregados, principalmente nas hipóteses de empresa que sustentam planos de aposentadoria privadas.

Fixa o inciso XII do art. 7º da Constituição o salário-família, pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei. O salário-família não constitui direito fundamental do trabalhador. Trata-se, aliás, de parcela que, no Brasil, contribuiu para a manutenção de altas taxas de natalidade nas camadas mais pobres da população, não se justificando, porque ineficaz, enquanto medida para promover a inserção social do trabalhador e sua prole.

O inciso XIII do art. 7º prescreve que a duração do trabalho normal não pode ser superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Fixa, ainda, no inciso XIV a jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva. Por sua vez, o inciso XVI estabelece a remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal. As regras sobre a duração do trabalho previstas Constituição constituem direito

fundamental de todos os trabalhadores, devendo ser observados os critérios constitucionais para a fixação de carga horária máxima de trabalho.

A Constituição consagra o repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos no inciso XV do art. 7º, ao tempo em que estabelece, no inciso XVII, o gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal. Da mesma forma que as regras relativas à duração do trabalho, também a proteção ao descanso do trabalhador pode ser considerada direito fundamental a ser atribuído a todas as categorias de trabalhadores e não somente aos empregados. Há que salientar, porém, especialmente em relação às férias, que esse direito somente se poderá efetivar em relação às prestações de serviços de natureza contínua no decorrer do ano, não havendo como se verificar nas relações de trabalho meramente eventuais.

O inciso XVIII do art. 7º estabelece a proteção à maternidade e fixa a licença à gestante. Já o inciso XIX do art. 7º prevê a licença-paternidade, nos termos fixados em lei. Tanto a licença-maternidade quanto a licença-paternidade constituem direito fundamental do trabalhador, independentemente da sua condição de empregado. Na verdade, cuida-se de proteção à infância e, desta forma, trata-se de ônus para toda a sociedade, impondo-se o seu respeito.

O art. 7º estabelece, ainda, em seu inciso XXI, o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Cuida-se de direito fundamental do trabalhador nas hipóteses de relação jurídica de trabalho de natureza continuativa e por tempo indeterminado, em que o prestador de serviços desenvolve suas atividades de modo continuado e deve tanto conceder aviso prévio de que não mais deseja continuar na prestação de serviços, como tem o direito de ser pré-avisado da intenção de rescisão contratual.

O art. 7º da Constituição estabelece, também, em seu inciso XXII a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Por outro lado, o inciso XXVIII determina a obrigatoriedade de seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo. Os direitos estabelecidos nos incisos XXII e XXVIII da Constituição constituem em direitos fundamentais dos trabalhadores, não apenas dos empregados, devendo ser salientado que, neste caso, a redução dos riscos inerentes ao trabalho deve ser aplicada a qualquer hipótese de trabalho humano, eventual ou contínua, subordinada ou não, tendo em vista a necessidade de se assegurar a dignidade do homem trabalhador.

A Constituição estabelece, em seu inciso XXIII do art. 7º, o adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei. Pode-se

afirmar que os adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade não constituem direitos fundamentais do trabalhador, uma vez que na realidade, o direito fundamental é a um meio ambiente que não tenha agentes insalubres, perigosos ou penosos. Com efeito, ao se aceitar a tarifação empreendida pela regulamentação dos adicionais, está-se a tolerar o trabalho humano em tais condições, o que, sem dúvida, não pode ser alçado à condição de direito fundamental do empregado. Assim, a existência dos adicionais e a conseqüente permanência dos agentes insalubres, perigosos e penosos é uma característica para funcionamento do sistema econômico, sem, contudo, configurar direito fundamental do trabalhador.

Estabelece o inciso XXIV do art. 7º, o direito à aposentadoria, que é um direito fundamental do trabalhador. Com efeito, trata-se de um benefício de ordem previdenciária, sujeito, portanto, às contribuições do trabalhador e sua filiação ao regime de previdência social. Como o trabalhador, em geral, conta apenas com a sua força de serviço, é necessário algum mecanismo para assegurar sua subsistência no momento em que a prestação de serviços se torna mais dificultosa.

O inciso XXV do art. 7º da Constituição prevê que é assegurada a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até cinco anos de idade em creches e pré-escolas. A previsão constitui direito fundamental do trabalhador, que deverá ser atendido prioritariamente pelo Estado e subsidiariamente pela iniciativa privada, através da necessária regulamentação da exigência de creches patrocinadas pelos empregadores. Vale dizer, antes da necessária regulamentação, a exigência inserta no inciso sob exame somente se sustenta nas hipóteses em que as normas coletivas da categoria regulamentem o dever de criação de creches e educação pré-escolar patrocinadas pelo empregador.

O art. 7º, inciso XXVI da Constituição prega o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, que constitui um direito fundamental do trabalhador, intimamente ligado com os direitos fundamentais coletivos dos trabalhadores, como o direito de sindicalização e de greve.

De acordo com o inciso XXIX do art. 7º da Constituição o direito de ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, tem com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho. A inserção do inciso XXIX no art. 7º causa estranheza porque se está a tratar de extinção do direito de ação e não propriamente de direito assegurado ao empregado. Não se trata, assim, de direito fundamental do homem trabalhador, sendo, ao contrário, medida apenas conjuntural, de verificação dos prazos hábeis ao reconhecimento da prescrição.

O art. 7º da Constituição fixa ainda um rol de medidas anti-discriminatórias e protetivas, com o objetivo de favorecer o mercado de trabalho para categorias especialmente prejudicadas. Assim, estabelece, em seu inciso XX a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei. Outrossim, no inciso XXVII fixa a proteção em face da automação, na forma da lei. Em relação à vedação de práticas discriminatórias, estabelece, em seu inciso XXX a proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Já no inciso XXXI a proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência. Por fim, no inciso XXXII preceitua a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos. A Constituição, ao vedar práticas discriminatórias e ao promover o mercado de trabalho das mulheres atende à promoção do princípio constitucional da igualdade. Trata-se, portanto, de direitos fundamentais dos trabalhadores, aplicáveis não apenas às hipóteses de relação de emprego, mas também às diversas formas de relação de trabalho.

Estabelece o inciso XXXIII do art. 7º da Constituição a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos. Trata-se da proteção constitucional contra o trabalho infantil e adolescente, indo ao encontro de todo o normativo internacional protetivo, configurando-se, assim, direito fundamental dos trabalhadores.

O inciso XXXIV do art. 7º da Constituição estabelece a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso. A igualdade de direitos, propiciada pela Constituição de 1988, entre avulsos e empregados faz ganhar força a tese de que também alguns direitos, dado o seu caráter de direitos fundamentais, devem ser assegurados às categorias não inseridas nas relações de emprego.

A Constituição, em seus arts. 8º a 11, estabelece os chamados direitos coletivos dos trabalhadores, abrangendo, dentre outros, a liberdade sindical, o direito à greve e o direito de participação nas empresas.

O art. 8º da Constituição, ao fixar as regras básicas sobre liberdade sindical, unicidade sindical, receitas sindicais e prerrogativas sindicais, aplica-se aos sindicatos urbanos e rurais, bem como às colônias de pescadores, na forma de seu parágrafo único. Tanto a liberdade sindical, tanto as prerrogativas sindicais fixadas no art. 8º da Constituição constituem direito fundamental do trabalhador

O art. 9º da Constituição estabelece que é assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam

por meio dele defender. O direito à greve é direito fundamental do trabalhador dentro de um estado democrático de direito. O art. 10 dispõe que é assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação, o que também configura direito fundamental do trabalhador.

O art. 11 da institui o chamado representante de fábrica, ao definir que, nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover o entendimento direto com os empregadores. O direito aqui assegurado não se configura como direito fundamental do trabalhador a ser aplicável às outras espécies de relação de trabalho distintas da relação de emprego. Com efeito, o representante estabelecido na Constituição nada mais é do que um facilitador das relações em que existe a subordinação jurídica. Portanto, sua presença não teria sentido nas hipóteses distintas da relação de emprego.

Podem-se apontar como aplicáveis às relações de trabalho dos trabalhadores autônomos economicamente dependentes os seguintes direitos trabalhistas fundamentais indicados no art. 7º da Constituição Federal: incisos IV (salário mínimo hora), V (proporcionalidade da contraprestação à extensão e complexidade do trabalho), VI (irredutibilidade da contraprestação), VII (garantia do salário mínimo), VIII (décimo terceiro salário), IX (contraprestação noturna superior à diurna), X (proibição da retenção dolosa da contraprestação), XIII (limitação da jornada de trabalho) XV (repouso semanal remunerado), XVI (remuneração superior do trabalho extraordinário) XVII (férias), XVIII (licença à gestante), XIX (licença-paternidade), XX (proteção do mercado da mulher), XXI (aviso-prévio) XXII (redução dos riscos inerentes ao trabalho) XXIV (aposentadoria), XXV (assistência gratuita aos filhos e dependentes), XXVI (reconhecimento dos acordos e convenções coletivas), XXVII (proteção em face da automação), XXVIII (seguro contra acidentes de trabalho), XXX (proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivos discriminatórios), XXXI (proibição de discriminação com o portador de deficiência), XXXII (proibição de distinção entre trabalhadores intelectuais e manuais), XXXIII (proibição de trabalho noturno, insalubre ou perigoso ao menor de dezoito anos e de qualquer trabalho ao menor de dezesseis anos).

Além dos direitos trabalhistas fundamentais individuais citados, são também aplicáveis às relações de trabalho economicamente dependentes os direitos fundamentais trabalhistas coletivos inseridos nos arts. 8º a 10 da Constituição Federal.

Independentemente da aplicação direta dos dispositivos constitucionais citados, viu-se a necessidade de apresentar uma proposta de tratamento jurídico protetivo em nível infraconstitucional para os trabalhadores autônomos economicamente dependentes. Tal proposta se sustenta na necessidade de consolidar os direitos dos trabalhadores dessa categoria. Entretanto, deve-se reconhecer que a aplicação direta dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição seja a alternativa mais adequada do ponto de vista da hermenêutica dos direitos fundamentais, embora não a que mais resultados práticos traria.

Não são poucos os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que cuidam da área trabalhista e sindical, até porque o momento político de reforma dos pilares do direito do trabalho torna o tema efervescente. Destaque-se, neste aspecto, o Projeto de Lei nº. 6.012/2005 de autoria do deputado Leonardo Picciani - PMDB /RJ . Trata-se de uma proposta no sentido de criar um sistema integrado e simplificado de pagamento de tributos e contribuições, para trabalhadores por conta própria de baixa renda e para proprietários de empreendimentos cuja receita bruta anual seja muito pequena. Outra proposição sobre o regime jurídico dos trabalhadores autônomos digna de destaque é o Projeto de Lei nº. 7.176/2006, de autoria do deputado Paes Landim - PTB /PI, apresentado em junho de 2006.

O anteprojeto apresentado por nesta Tese, constante do apêndice, inicia fixando o objeto da lei, estabelecendo que é criado o Estatuto do Trabalhador Autônomo Economicamente Dependente. Nos termos do anteprojeto, serão regidos pelo Estatuto os trabalhadores pessoas físicas sem vínculo empregatício que realizem de forma habitual, pessoal, e por conta própria, uma atividade laborativa a título oneroso, com dependência econômica do tomador de serviços, mas sem subordinação jurídica.

Os arts. 3º a 17 do anteprojeto formam o capítulo II, que cuida do regime profissional do trabalhador autônomo economicamente dependente. O capítulo abrange os direitos e deveres dessa classe de trabalhadores, além de estabelecer critérios no que tange à regulamentação de direitos específicos, dadas as peculiaridades da espécie. Assim, há seções próprias para análise das hipóteses de rescisão do contrato, de duração do trabalho, da contraprestação pecuniária, da formalização do contrato e da interrupção ou suspensão do contrato.

O capítulo III do anteprojeto cuida de matéria relevante do ponto de vista de garantia do adimplemento dos créditos do trabalhador autônomo economicamente dependente. Nesse sentido, dispõe o art. 18 que os pagamentos destinados a esses trabalhadores gozam dos mesmos privilégios, no concurso de credores, outorgados aos créditos decorrentes da relação de emprego. O capítulo IV dispõe sobre o fomento público às iniciativas profissionais

autônomas, o que é fixado no art. 19 do estatuto. As disposições finais, integrantes do capítulo V, são compostas de normas de ordem geral, com vista a oferecer regras interpretativas e cláusulas de vigência das normas insertas no anteprojeto.

A proposta de um novo regime jurídico aplicável ao trabalhador autônomo economicamente dependente, empreendida nesta tese, recebeu influências da regulamentação estrangeira, em especial do regime jurídico do direito espanhol. Contudo, fez-se a necessária adaptação às peculiaridades do direito e do meio social brasileiro, procurando-se adequar o nível protetivo pretendido às circunstâncias nacionais, à luz dos direitos fundamentais trabalhistas insertos na Constituição Federal.

Pode-se afirmar, por fim, que a contribuição da presente tese insere-se na identificação dos direitos trabalhistas fundamentais, aplicáveis aos trabalhadores *lato sensu*, ao lado de sua regulamentação específica para um tratamento jurídico diferenciado ao trabalhador autônomo economicamente dependente.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi e Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos Y constitucionales, 2002.

_____. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Shild Silva. 2.ed. São Paulo: Landy, 2005.

_____. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Serie de Teoria Juridica Y Filosofia del Derecho n. 28. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

_____. **Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Mimeo, 1998.

ALMEIDA, Renato Rua. Proteção contra a despedida arbitrária. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. In: ROMITA, Arion Sayão. **Curso de Direito Constitucional do Trabalho**: estudos em homenagem a Amauri Mascaro Nascimento. São Paulo: LTr, 1991

ALVES, Amauri César. **Novo contrato de emprego**: parassubordinação trabalhista. São Paulo: LTr, 2004.

ANCEL, Marc. **Utilidade e métodos do direito comparado**. Tradução de Sérgio José Porto. Porto Alegre: Fabris, 1980

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 271-298.

ARAÚJO, José Carlos E. Transformações no conceito de trabalho e sociedade pós-industrial. In: VIDOTTI, Tarcio José; GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto (Coord.). **Direito Coletivo do Trabalho em uma sociedade pós-industrial**. São Paulo: LTr, 2003. p. 17-62.

ARTUR, Karen. Resenha do livro Beyond employment: chages of work and the future of labour law in Europe de Alan Supiot. **Tempo social – Revista de Sociologia da USP**. v . 16, n 2, nov. 2004. Disponível em: <www.scielo.br/pdf/ts/v16n2/v16n2a17.pdf> Acesso em: 01.fev. 07.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2002.

BAHIA, Saulo José Casali. **Tratados internacionais no direito brasileiro**. Forense: Rio de Janeiro, 2000.

BALDASSARRE, Antonio. **Los derechos sociales**. Tradução de Santiago Perea Latorre. Serie de Teoria Juridica Y Filosofia del Derecho n. 20. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.

BARCELOS, Ana Paula. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.consultorjuridico.com.br>>. Acesso em 01.nov.2006.

BARROS, Alice Monteiro. Suspensão e Interrupção Contratual. In: BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho: estudos em homenagem a Célio Goyatá**. Vol. II. 3.ed. São Paulo: LTR, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 16 nov. 2006.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELOS, Ana Paula. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto. (org) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, María de los Reyes Martínez. La cobertura de los riesgos profesionales en el trabajo autónomo. **Evocati Revista**, Aracaju, set. 2007, n. 21 Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=149>. Acesso em: 02 set. 2007.

_____. **Protección de la salud y seguridad de los trabajadores autónomos**: reflexiones a raíz de la propuesta de Estatuto del Trabajador Autónomo. Albacete: Bomarzo, 2006.

BASTOS, Aurélio Wander. **Prefácio à edição brasileira da essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

BELL, Daniel. **O advento da sociedade pós-industrial**: uma tentativa de previsão social. Tradução Heloysa de Lima Dantas. São Paulo: Cultrix, 1977.

BELTRAN, Ari Possidonio. **Trabalho e direitos fundamentais**. São Paulo: LTR, 2006.

BOAVENTURA, Edivaldo M. **Como ordenar as idéias**. 8.ed. São Paulo: Ática, 2004.

_____. **Metodologia da Pesquisa**: Monografia, Dissertação e Tese. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste. Brasília: Unb, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. A proteção da dignidade da pessoa humana como fundamentação constitucional do sistema penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 66, jun.

2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4171>>. Acesso em: 24 dez. 2006.

BORGES, José Souto Maior. **Curso de Direito Comunitário**: Instituições de direito comunitário comparado – União Européia e Mercosul. São Paulo: Saraiva, 2005.

BOROWSKI, Martin. **La estructura de los derechos fundamentales**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Serie de Teoria Juridica Y Filosofia del Derecho n. 25. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRASIL, **Constituição Federal, Consolidação das Leis do Trabalho, Legislação Trabalhista e Previdenciária**. Organizador Nelson Mannrich. São Paulo: RT, 2006.

BRASIL. **Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil**. Yussef Said Cahali. (Org). 9.ed. São Paulo: RT, 2007.

BRASIL, **Constituição Federal, Código Penal, Código de Processo Penal**. Luiz Flávio Gomes. (Org). 9. ed. São Paulo: RT, 2003.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, **Ação Direta de Inconstitucionalidade 639-8**, Relator Min. Joaquim Barbosa. DJ 02/06/2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 02.ago. 2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, **Ação Direta de Inconstitucionalidade-Medida Cautelar 3395**, Tribunal Pleno, Med. Caut. Em Ação Direta De Inconstitucionalidade 3.395-6, Distrito Federal, Relator : Min. Cezar Peluso, DJ 05/04/2006. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 02.ago. 2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, CC 7204, **Conflito de Competência 7.204-1** Minas Gerais Relator : Min. Carlos Britto, DJ 29/06/2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> Acesso em: 02.ago. 2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, **Recurso Extraordinário 201819/RJ** Relator(a): Min. Ellen Gracie, Redator Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 11/10/2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 02.dez. 2007.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação de Descumprimento de Preceito fundamental 45 MC/DF**, DJ 24 abr. 2004. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 22.jan. 2008.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, 1ª Turma, **PROC. Nº TST-RR-613/2000-013-10-00.7**, Relator. Min. João Oreste Dalazen, DJ - 10/06/2005 Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>> Acesso em: 02.ago. 2007.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo 12/2005-000-04-00**, Rel. Min. João Oreste Dalazen. DJ - 23/11/2007. Disponível em: <<http://www.tst.gov.br>> Acesso em: 02.fev. 2008.

BRASIL. **Livro de Enunciados, Orientação Jurisprudencial - SDI-1 e SDI-2 e Precedentes Normativos.** Disponível em <<http://www.tst.gov.br> .> Acesso em: 02.ago. 2007.

BREDGAARD, Thomas. **Comparing flexicurity in Denmark and Japan.** Dinamarca, 2007. Disponível em:
<<http://www.tilburguniversity.nl/faculties/law/research/flexicurity/publications/papers/>.>
Acesso em: 15. set. 07.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro. **Trabalho Decente - Análise Jurídica da Exploração do Trabalho - Trabalho Forçado e Outras Formas de Trabalho Indigno.** São Paulo: LTR, 2005. Versão Eletrônica.

BRONSTEIN, Arturo. **Âmbito de relación del trabajo: el debate em la OIT.** In: BRONSTEIN, Arturo S et Al. **La subordinación o dependência em el contrato de trabajo em el processo de transformación de la empresa.** Santiago: Lexis Nexis, 2005, p. 7-42.

CALDANI, Miguel Angel Ciúro. Bases culturales del derecho comparado. **Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social.** n. 29, 2006. Disponível em : <www.centrodefilosofia.org.ar/revcen/RevCent2910.pdf .>
Acesso em: 05.fev. 2007.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação:** uma contribuição ao estudo do direito. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

CAMPÁ, Hélios Prieto. **Antagonismos entre la vida laboral y la vida personal.** Zaragoza: Hacer, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado.** Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CÑIZARES, Felipe de Solá. **Introducción al derecho comparado.** Barcelona: Instituto de Direito Comparado, 1954.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, direitos fundamentais e direito privado.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.339-357.

_____. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra editora, 2004.

CAPITANT, Henri. **La These de doctorat em droit.** Paris: Dalloz, 1951.

CARDONE, Marly. Proteção à maternidade. Licença-Paternidade . In: ROMITA, Arion Sayão. **Curso de direito constitucional do trabalho:** estudos em homenagem a Amauri Mascaro Nascimento. São Paulo: Ltr, 1991.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **Formas atípicas de trabalho.** São Paulo: LTR, 2004.

CARINCI, F.; TAMAJO, R. de Luca; TOSI, P.; Treu, T. **Diritto del Lavoro**. 4. ed. Torino: UTET, 1998, p. 36.

CARVALHO, Augusto César Leite de . Dignidad humana y origen del derecho social. **Evocati Revista**. Aracaju. n. 18, jun. 2007. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=127>. Acesso em: 03 jun. 2007.

_____. **Direito individual do trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução de Rosineide Venâncio Mayer. Vol. I, São Paulo: Paz e Terra, 2007.

_____. **O poder da identidade**. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. Vol. II. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino. **Breves considerações sobre a importância do direito comparado e direito e desenvolvimento para o ensino jurídico**. 2003 .Disponível em: <http://www.dipnet.com.br/#_ftn1. > Acesso em: 07. set. 2006.

CATALDO, José Luis Ugarte. La crisis de la subordinación y el nuevo trabajo autônomo. In: BRONSTEIN, Arturo S et Al. **La subordinación o dependência em el contrato de trabajo em el processo de transformación de la empresa**. Santiago: Lexis Nexis, 2005. p. 107-158.

CATHARINO, José Martins. **Direito do trabalho: Estudos, ensaios, pesquisas**. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1979.

_____. **Compêndio de direito do trabalho**. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1982.

CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: RT, 1964.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de neoconstitucionalismo: uma análise metateórico. Traduzido por Miguel Carbonell. **Revista Isonomia**. N. 16. Abril 2002. Disponível em: <saberderecho.blogspot.com/2006/10/faq-10-qu-es-el-neoconstitucionalismo.html.> Acesso em: 12. nov. 2006.

CONSTATINESCO, Leotin-Jean. **Tratado de direito comparado**. Tradução: Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 24 out. 2006.

COUTINHO, Ana Luísa Celino. Direito Comparado e Globalização. **Prim@ facie**, João Pessoa, ano 2, n. 3, p. 30-41, jul./dez. 2003. Disponível em: <<http://www.ccj.ufpb.br/primafacie>>. Acesso em: 03. fev. 2007.

COUTO E SILVA, Almiro do. Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à confiança) no Direito Público Brasileiro e o direito da Administração Pública de Anular seus próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei n. 9784/99). **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de direito Público da Bahia, n. 2, abr-jun. 2005. Disponível em: <http://direitodoestado.com.br>. Acesso em 20.05.06.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle Judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DANTAS, Ivo. Direito Comparado como Ciência. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 34 n. 134 abr./jun. 1997. Disponível em: <www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/Pdf/pdf_134/r134-20.PDF. > Acesso em: 01 fev. 2007.

DAVID, René. **Grandes sistemas jurídicos contemporâneos**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DÄUBLER, Wolfgang. A flexibilidade do Direito do Trabalho na Alemanha. Tradução de Flávio Benites. **Revista do Direito do Trabalho** –n. 111. Nelson Mannrich (coord.). ano 29, jul/set. São Paulo: RT, 2003, p.224-225.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTR, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr; 2004.

_____. **Capitalismo, trabalho e emprego**: entre o paradigma da destruição e os caminhos da reconstrução. São Paulo: LTR, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. PORTO, Lorena Vasconcelos (orgs). **O estado do bem estar social no século XXI**. São Paulo: LTR, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.

DURHAM, Ralf Michaels. **The Functional Method of Comparative Law**. Disponível em: <www.law.kuleuven.be/ccl/pdf/Michaels%20-%20Functional%20Method%20-%20edited.pdf> Acesso em: 09. jan. 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EFING, Antônio Carlos. **Prestação de serviços**: uma análise jurídica, econômica e social a partir da realidade brasileira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de J. Baptista Machado. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

ERP, J.H.M. Van, European private law: postmodern dilemmas and choices. towards a method of adequate comparative legal analysis. **Electronic Journal of Comparative Law**, vol 3.1, ago. 1999, Disponível em: <http://www.ejcl.org/31/art31-1.html> Acesso em 01 out. 2006.

ESPAÑA. **Constitución Española**. 31 out. 1978. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/22848/Constitucion-de-Espana->>. Acesso em: 01 set. 2007.

ESPAÑA. Ley 20/2007. 11 jul. 2007. **Estatuto del trabajo autonomo** Disponível em: <<http://www.boe.es/g/es/>>. Acesso em: 01 set. 2007.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 11/85**, 2 ago.1985. Ley de Libertad Sindical. Disponível em: <http://www.upm.es/normativa/laboral/Ley_Organica_de_Libertad_Sindical.pdf -> Acesso em: 01.set. 2007.

ESPAÑA. **Ley 31/1995**. 08 nov. 1995. Ley de prevencion de riesgos laborales. Disponível em : <<http://www.mtas.es/INSHT/legislation/L/lprl.htm> ->. Acesso em: 02.set. 2007.

ESPAÑA. **Ley 53/2002**, 30. dez.2002. Ley de medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Disponível em : <<http://www.derecho.com/ley/56594>>. Acesso em: 02.set 2007.

ESPAÑA, **Real Decreto Legislativo 1/2005**, 24.mar. 1995. Ley del Estatuto de los Trabajadores. Disponível em : < <http://www.ugt.es/DatoBasico/datobasico.html>.> Acesso em: 05 dez. 2007.

ESPAÑA, **Ley 20/2007**, 11 jul. 2007. Ley del Estatuto de los Trabajadores Autônomos. Disponível em : <<http://www.ugt.es/DatoBasico/datobasico.html>.> Acesso em: 05 dez. 2007.

FAVA, Marcos Neves. **Justiça do Trabalho: competência ampliada**. São Paulo: LTr, 2005.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Meio ambiente do trabalho e responsabilidade civil por danos causados ao trabalhador: dupla face ontológica**. Tese aprovada no Congresso Nacional de Magistrados do Trabalho - Conamat 2006. Disponível em < http://www.anamatra.org.br/hotsite/conamat06/trab_cientificos/teses_aprovadas.cfm.> Acesso em: 30 jul 2007.

_____. Direito do trabalho, terceirização e contratos de fornecimento industrial — notas sobre a responsabilidade jurídica de clientes e fornecedores. **Evocati Revista**, Aracaju, set. 2007, n. 21. Disponível em: < <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?> > Acesso em: 05. dez. 2007.

FERRAJOLI, Luigi et al. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2005.

FILAS, Rodolfo Capón, Desarrollo latinoamericano, Desarrollo, Justicia. Argentina. **Equipo Federal del Trabajo**, nov. 2006, Año I, Revista nº 11, p.23-49. Disponível em : <URL del Artículo: http://www.eft.org.ar/pdf/ef2006_11pp23-49.pdf> Acesso em: 01.fev. 2008

_____. Protección del Mundo del Trabajo : Primera aproximación. **Evocati Revista**, n. 17, maio 2007 . Aracaju. Disponível em:
<http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=121 >. Acesso em: 22. jan. 2008.

FONTOURA, Jorge. A construção jurisprudencial do direito comunitário europeu . **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 35 n. 140 out./dez.1998. p. 163-170.

FRIEDMAN, Thomas L. **O Mundo é Plano**: Uma Breve História do Século XXI. São Paulo: Objetiva, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 5.ed. São Paulo: Vozes,2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: contratos. Tomo 2, vol. IV. São Paulo: Saraiva, 2007.

GALBRAITH, John Kenneth. **Galbraith essencial**. Org. Andrea Williams. Tradução de Clara Colotto. São Paulo: Futura, 2007.

GALBRAITH, John Kenneth. **O novo estado industrial**. Tradução de Leônicas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Nova Cultural, 1988

GOLDIN, Adrián. O. Las fronteras de la dependencia. In: BRONSTEIN, Arturo S et Al. **La subordinación o dependência em el contrato de trabajo em el processo de transformación de la empresa**. Santiago: Lexis Nexis, 2005. p. 43-78.

GODOY, Dagoberto Lima. **Reforma Trabalhista no Brasil**: princípios, meios e fins. São Paulo: LTr, 2005.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. **Direito do trabalho**: relações individuais de trabalho. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GOMES, Orlando. **A crise do direito**. São Paulo: Max Limonad, 1955.

_____. **Contratos**. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o código Civil de 2002 por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Edvaldo Brito (Coord). 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Orlando. GOTTSCHALK, Élson. **Curso de Direito do Trabalho**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GOMEZ, María Isabel Garrido. La utilidad del iuscomparatismo en la armonización de los sistemas jurídicos. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. [online]. dic. 2003, vol.36, no.108 ,p.907-926. Disponível em:
<http://www.mexico.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332003000200005&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 02 fev. 2007

GRIMM, Dieter. **Constitucionalismo y derechos fundamentales**. Tradução de Raul Sanz Burgos e José Luis Muñoz de Baena Simon. Madrid: Trotta, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Comparative civil procedures in Brazil. **Revista de direito comparado**. Vol. II, n. 2. Belo Horizonte: UFMG, 1998.

_____. **Teoria da Ciência Jurídica**, São Paulo: Saraiva, 2001.

GUERRERO, Francisco J. Tapia. Trabajo subordinado y tutela de los derechos laborales. In: BRONSTEIN, Arturo S et Al. **La subordinación o dependência em el contrato de trabajo em el processo de transformación de la empresa**. Santiago: Lexis Nexis, 2005. p. 211-235.

HABERMAS, Jurgen. **O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?** Tradução de Karina Jannini, São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. Por qué la unión europea necessita de um marco constitucional? **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**. nova série, ano XXXV, n. 105, set-dez de 2002, p. 947-978.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. 7.ed. Petrópolis: Vozes, 1988.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. **Escritos de Direito Constitucional**. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federativa da Alemanha**. Tradução Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: SAFE, 1998.

KANT, Emmanuel. **Doutrina do direito**. 2.ed. São Paulo: Ícone, 1993

IGLESIAS, Begoña Cueto. Autoempleo, autónomos y economía social em Espana. In SANCHES, Victorio Valle (org). **Perspectivas del sistema financiero: autónomos, emprendedores, economía social y su financiación**. Madrid: Fundación de Las Cajas de Ahorros, 2006.

ITALIA. **La Costituzione della Repubblica Italiana**. 27. dez. 1947. Disponível em : <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/>>. Acesso em: 05.out. 2007.

ITALIA. **Decreto Legislativo 10 settembre 2003**, n. 276. Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30. Disponível em : <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/>>. Acesso em: 05.out. 2007.

ITALIA. **Il Codice Civile Italiano**. 16 mar 1942. Disponível em : <www.jus.unitn.it/Cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Codciv.htm>. Acesso em: 05.out. 2007.

ITALIA. **Legge 741, 14 jul. 1959** . Legge Vigorelli. Disponível em :
<<http://www.lavoroprevenienza.com/index.php?iddoc=246>>. Acesso em: 15.out. 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KIEKBAEV, Djailil. Comparative Law: Method, Science or Educational Discipline? **Electronic Journal of Comparative Law**, vol 7.3, set 2003, Disponível em:
<<http://www.ejcl.org/73/art73-2.html>> Acesso em: 03 out. 2006.

KOVACS, Ilona. **Flexible employment in Portugal**. **Sociologias** , Porto Alegre, n. 12, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222004000200003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 Nov 2007.

KRELL, Andréas. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação de serviços públicos básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 36, n. 144, out./dez. 1999. p. 239-260.

LAC – Labour Action China. **General overview on occupational disease conditions in china with special reference to silicosis**. Disponível em:
<http://www.lac.org.hk/en/modules/magazine/article.php?articleid=49>. > Acesso em: < 10 jun. 2007.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LAER, C.J.P. van. The Applicability of Comparative Concepts, **Electronic Journal of Comparative Law**, vol 2.2, ago. 1998, Disponível em: <<http://www.ejcl.org/22/art22-1.html>> .> Acesso em: 01 out. 2006.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do trabalho** . 3.ed. São Paulo: Ltr, 2005.

_____. A greve do servidor público civil e os direitos humanos . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 54, fev. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2612>>. Acesso em: 31 jul. 2007.

_____. Os direitos da personalidade na perspectiva dos direitos humanos e do direito constitucional do trabalho. In: Ivani Contini Bramante; Adriana Calvo. (Org.). **Aspectos Polêmicos e Atuais do Direito do Trabalho**: Homenagem ao Prof. Renato Rua de Almeida. 1.ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 37-53.

_____. A negociação coletiva no direito do trabalho brasileiro. **Revista LTR**, v. 70, 2006. p. 793-807.

LIMA, Leonardo D. Moreira. Stare decisis e súmula vinculante: um estudo comparado. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, nº 14, 2002. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev14_leonardo.html#_ftn10>. Acesso em: 07. fev. 2007.

LIMA, Francisco Meton Marques de. Por que se aplicam os princípios trabalhistas nas relações de trabalho não subordinado. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, abr.2005.

LYON-CAEN, Antoine. Garantias de los derechos de los trabajadores dependientes. In: BRONSTEIN, Arturo S et al. **La subordinación o dependência em el contrato de trabajo em el proceso de transformación de la empresa**. Santiago: Lexis Nexis, 2005, p. 201-210.

LOBO, Maria Teresa de Carcomo. **Manual de Direito Comunitário: 50 anos de integração**. 3.ed. re v e atual. Curitiba: Juruá, 2007

LORENTZ, Lutiana Nacur. **A norma da igualdade e o trabalho das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: LTr, 2006.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. **Direito do trabalho da mulher: da proteção à promoção**. *Cadernos Pagu* n. 26, janeiro-junho de 2006. p.405-430.
LOPES, Otávio Brito. A Questão da Discriminação no Trabalho. **Revista Jurídica**, n.17, vol. II, out.2000. Disponível em :
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/revistajuridica/Indices/IndexeArtigos.htm> Acesso em: 01.ago. 2007.

LUNO, Antônio-Enrique Pérez. **La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional**. Serie de Teoria Juridica Y Filosofia del Derecho n. 23. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

LUNARDON, Fiorella. Lavoro a progetto e lavoro occasionale. In: CARINCI, Franco (coord). **Comentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276: Tipologie contrattuali a progetto e Occasionali, Certificazione dei rapporti di lavoro**. Roma: Ipsoa, 2004.

LUÑO, Antônio-Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. 8.ed. Madrid: Tecnos, 2005.

MAFFETTONE, Sebastiano; VECA, Salvatore (orgs) **A idéia de Justiça de Platão a Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MACHADO, Sidnei. **A subordinação jurídica na relação de trabalho: uma perspectiva reconstrutiva**. Tese de Doutorado. Curitiba, UFPR, 2003.

MALTA, Tostes e ALVES, Ivan Dias. **Você conhece direito do trabalho?** 5.ed. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.

MANNRICH, Nelson. Relações de trabalho autônomo e subordinado: proposta para instituir critérios para sua distinção. In: BRAMANTE, Ivani Contini. CALVO, Adriana (orgs). **Aspectos polêmicos e atuais do direito do trabalho: homenagem ao professor Renato Rua de Almeida**. São paulo: LTR, 2007.

_____. Legislação trabalhista: garantias de patamares mínimos. In: ROMAR, Carla Teresa Martins. SOUSA, Otávio Augusto Reis de (orgs). **Temas relevantes de direito material e processual do trabalho**. São Paulo: LTR, 2000.

_____. Saúde, higiene e segurança. In: ROMITA, Arion Sayão. **Curso de direito constitucional do trabalho: estudos em homenagem a Amauri Mascaro Nascimento**. São Paulo: Ltr, 1991.

_____. O ocaso do poder normativo. **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho** - Ano XIII - Nº 13 São Paulo: LTR, 2005.

_____. Mercosul e União Européia: paradigma para a negociação coletiva. In: ALVES NETO, João. **As novas faces do direito do trabalho: Estudos em memória de Gilberto Gomes**. Salvador: Quarteto, 2006

MARANHÃO, Délio. **Direito do Trabalho**. 14.ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1987.

MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia científica para o curso de direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Ações Repetitivas e Julgamento Liminar**. Disponível em : <www.professormarinoni.com.br/admin/users/35.pdf -> Acesso em: 01 fev. 2007.

MARTÍN, Margarita Apilluelo. **Los derechos sociales del trabajador autónomo: Especialmente del pequeno y del dependiente**. Valencia: tirant lo blanch, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Contribuições sindicais: direito comparado e internacional**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano . Direito Comunitário: União Européia e Mercosul **Revista Jurídica Virtual**. Vol 5, n. 57, fev. 2004. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_57/> Acesso em: 01 fev. 2007.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. Os Direitos Fundamentais e os Direitos Sociais na Constituição de 1988 e sua defesa. **Revista Jurídica**. Brasília, vol. 1, n. 4, agosto 1999. Disponível em : <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/direitos_fundamentais.htm. > Acesso em: 01 abr. 2007.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho**. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2007.

MARTINEZ, Gregório Peces-Barba. **La dignidade de la persona desde la filosofía del derecho**. 2.ed. Madrid: Dykinson, 2003.

MASI, Domenico de. **A sociedade pós industrial**. 4. ed. Tradução de Anna Maria Capotilla et al. São Paulo: Senac, 2003

MELHADO, Reginaldo. Os sindicatos e a mundialização do capital: desafios, horizontes e utopias. In: VIDOTTI, Tarcio José; GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto (Coord.). **Direito Coletivo do Trabalho em uma Sociedade Pós-Industrial**. São Paulo: LTr, 2003. p. 81-93.

_____. **Metamorfoses do capital e do trabalho: relações de poder, reforma do judiciário e competência da justiça laboral**. São Paulo: LTr, 2006.

MELO FILHO, Hugo Cavalcanti. Nova Competência da Justiça do trabalho: contra a interpretação reacionária da Emenda n. 45/2004. In: COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FAVA, Marcos Neves. **Nova competência da justiça do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

MERCOSUL. **Declaração sócio laboral do Mercosul**. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/index.htm>>. Acesso em: 15 jul. 2007.

MILÃO, Tribunale Milano Sezione Lavoro **Civile Sentenza** del 5 febbraio 2007, n. 337, Rel. Eleonora Porcelli. Disponível em: <<http://www.fmb.unimore.it/on-line/Home/IndiceAZ/articolo3658.html>>. Acesso em: 05.dez. 2007.

MINAS GERAIS, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, 2ª Turma, **RO 17303/1999**, Relatora Juíza Alice Monteiro de Barros, DJMG 26/04/2000. Disponível em: <<http://www.mg.trt.gov.br/>> . Acesso em: 02.ago. 2007.

MOURA, Paulo C. **A crise do emprego: uma visão além da economia**. Rio de Janeiro: Mauad, 1998.

MORAES FILHO, Evaristo. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1978.

MULLER, Julio Guilherme. **Direitos fundamentais processuais**. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2004.

MERRYMAN, Jonh. **The civil law tradicion**: an introduction to the legal systems of Western Europe. Califórnia: Stanford University Press, 1999.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 3.ed. São Paulo: Ltr, 2003.

NÓBREGA, J. Flóscolo. **Introdução ao Direito**. 6. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1981.

OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao Direito do Trabalho**. Tradução de C. A. Barata da Silva. Porto Alegre: Sulina, 1969.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Garantia do Contraditório In: TUCCI, José Rogério Cruz e . **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: RT, 1999.

OLIVEIRA, José César de. Formação histórica do direito do trabalho. In: BARROS, Alice Monteiro (coord.). **Curso de direito do trabalho**. v. 1, 3. ed. São Paulo: LTr, 1997

OLIVEIRA, Murilo Sampaio Carvalho. **Repensando o Princípio da Proteção na Contemporaneidade**. Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador: 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em : <<http://www.onu-brasil.org.br/documentos.php>>. Acesso em: 01. jul. 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** . Disponível em : <<http://www.onu-brasil.org.br/documentos.php>>. Acesso em : 22 jul. 2007.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Ilolex: base de dados sobre a organização internacional do Trabalho.** Disponível em: <<http://www.ilo.org/ilolex/spanish/index.htm>>. Acesso em: 01 ago. 2007.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Declaração relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho.** Disponível em: <http://www.ilo.org/dyn/declaris/DECLARATIONWEB.static_jump?var_language=SP&var_pagename=DECLARATIONFOLLOWUP>. Acesso em: 01 abr. 2007.

ÖRÜCÜ, Esin. Critical comparative law: considering paradoxes for legal systems in transition, vol 4.1 **Electronic Journal of Comparative Law**, Jun. 2000, Disponível em: <<http://www.ejcl.org/41/art41-1.html>> Acesso em: 15 out. 2006.

ORIHUEL, Franciso Pérez de los Cobos. La subordinación jurídica frente a la innovación tecnológica. In: BRONSTEIN, Arturo S et Al. **La subordinación o dependência em el contrato de trabajo em el processo de transformación de la empresa.** Santiago: Lexis Nexis, 2005.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. A nova face do direito do trabalho e a globalização. **Revista Eletrônica Mensal do Centro de Pesquisa Jurídicas da Unifacs.** n. 20. Salvador. Jan. 2002. Disponível em : < http://www.unifacs.br/revistajuridica/edicao_janeiro2002/index.htm> Acesso em: 01 ago. 2007.

_____. **Cooperativismo e direito do trabalho** . Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2082>>. Acesso em: 23 set. 2007.

_____. **O assédio sexual na relação de emprego.** São Paulo: Ltr, 2001.

_____. nova competência da Justiça do Trabalho : uma contribuição para a compreensão dos limites do novo art. 114 da Constituição Federal de 1988. **Evocati Revista**, Aracaju, set. 2007, n. 21
Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=148 >. Acesso em: 02 set. 2007.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil.** São Paulo: Saraiva, 2007. V. III.

PASSARELLI, Giuseppe Santoro. La dependência económica y la nueva frontera del derecho del trabajo. In: BRONSTEIN, Arturo S et Al. **La subordinación o dependência em el contrato de trabajo em el proceso de transformación de la empresa.** Santiago: Lexis Nexis, 2005. p. 79-106.

PASTORE, José. *As Mudanças no Mundo do Trabalho: leituras de Sociologia do Trabalho*. São Paulo: Ltr, 2006

PEDRON, Flávio Quinaud. A controvérsia sobre a única resposta correta: a réplica de Dworkin às críticas positivistas. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n., jul. 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao013/Flavio_Pedron.htm> Acesso em: 01 fev.2008.

PENALVA, Alejandra Selma. **Los limites del contrato de trabajo em la jurisprudência espanhola**. Valencia: Editum, 2007.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA; Lucie. *Tratado de argumentação: a nova retórica*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In MARCÍLIO, Maria Luiza (Coord.). **Cultura dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 1998. p. 137-139.

_____. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **O direito do trabalho e as questões do nosso tempo**. São Paulo: Ltr, 1998.

_____. **Direito sindical e coletivo do trabalho**. 2.ed.. São Paulo: Ltr, 2002.

PORTUGAL. **Lei 35/2004. 29. jun. 2004**. Aprova a regulamentação do Código do Trabalho. Disponível em:< <http://www.iapmei.pt/iapmei-leg-03.php?lei=3009>>. Acesso em: 01 nov. 2007.

PORTUGAL. **Lei 99/2003. 27. ago. 2003**. Aprova o Código do Trabalho. Disponível em <http://www.iapmei.pt/iapmei-leg-02.php>. Acesso em 02. nov. 2007.

PORTUGAL. **Decreto Lei 143/99. 30. abr. 1999**. Regulamenta a Lei nº 100/97, de 13 de Setembro, no que respeita à reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho . Disponível em:< <http://www.iapmei.pt/iapmei-leg-03.php?lei=299>>. Acesso em: 05. nov. 2007.

PORTUGAL. **Decreto-Lei 328/93 de 25 de Setembro de 1993**. Revê o regime de segurança social dos trabalhadores independentes. Disponível em:< <http://www.iapmei.pt/iapmei-leg-02.php>>. Acesso em: 07 nov. 2007

POSIÇÃO comum das Confederações Patronais. Disponível em: <
http://www.ccp.pt/index.php?option=com_content&task=view&id=167&Itemid=1&lang=>
 Acesso em: 01 nov. 2007.

QUADROS, Fausto. O modelo europeu. **Revista CEJ**, número 02, ago.1997 . Disponível em:
<http://www.jf.gov.br/> Acesso em: 19. fev. 2007.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. **Horizontes do direito e da história**. São Paulo: Saraiva, 1977.

RECIO, Albert. Sindicatos y globalización económica In: OFFE et al. **¿Qué crisis?**. Retos y transformaciones de la sociedad del trabajo. S. Sebastian: Tercera prensa, 1997, p. 159-180.

REIS, Jair Teixeira dos. **Subordinação jurídica e o trabalho a distância**. São Paulo: LTR, 2007.

RAMÍREZ, Salvador Vergés. **Derechos humanos: Fundamentación**. Madrid: Tecnos, 1997.

ROYO, Eduardo Caamaño. la parasubordinación o trabajo autonomo economicamente dependiente. el empleo en las fronteras del derecho del trabajo. **Revista Laboral Chilena**, diciembre 2004. Disponível em:
[->](http://www.profesores.ucv.cl/eduardocaamano/publicaciones/La_parasubordinacion.pdf)
 Acesso em: 30. ago. 2007.

ROMITA, Arion Sayão. **A subordinação no Contrato de Trabalho**. São Paulo: LTr, 1979.

_____. A flexibilização e os princípios do Direito do Trabalho. In: **Direito do Trabalho: Temas em Aberto**. São Paulo: LTr, 1998.

_____. A flexibilização das leis do Trabalho em debate: choque e correntes. In: FILHO FRANCO, Georgenor de Souza (org). **Presente e futuro nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2000.

_____. **O princípio da proteção em xeque**. São Paulo: LTr, 2003.

_____. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTR, 2005.

_____. O Poder Normativo da Justiça do Trabalho: Antinomias Constitucionais. **Revista LTr**. São Paulo: LTr, vol. 65, n. 03, mar. 2001.

ROMAR, Carla Teresa Martins; SOUSA, Otávio Augusto Reis de (orgs). **Temas relevantes de direito material e processual do trabalho**. São Paulo: LTR, 2000.

ROTENBERG, Lúcia et al Gênero e trabalho noturno: sono, cotidiano e vivências de quem troca a noite pelo dia **Cadernos de Saúde Pública** vol.17 no.3 Rio de Janeiro: maio/jun 2001. Disponível em : <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s0102-311x2001000300018&script=sci_arttext> Acesso em: 30 jul 2007.

ROURA, Juan R. Cuadrado et all.. **Empleo autónomo y empleo asalariado:** Analisis de las características y comportamiento del autoempleo em Espana. Colección Informes y estudios, serie empleo n. 19. Madrid: Ministério de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004.

RÜDIGER, Dorothee Susanne. Emancipação em rede: condições jurídicas para a defesa coletiva dos direitos dos trabalhadores no século XXI. In: VIDOTTI, Tércio José; GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto (Coord.). **Direito coletivo do trabalho em uma sociedade pós-industrial.** São Paulo: LTr, 2003. p. 63-80.

SACCO, Rodolfo. **Introdução ao direito comparado.** Tradução de Vera Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 2001.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. **Aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a boa-fé objetiva.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil In: BARROSO, Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 193-284.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Lua Nova.** São Paulo, v. 39, 1997.

SCALZARETTO, Reinaldo. **Geografia geral:** nova geopolítica. São Paulo: Scipione, 1993.

SERRANO, Pablo Jiménez. **Como utilizar o direito comparado para a Elaboração de Tese Científica.** Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SERVAIS, Jean Michel. **Elementos de Direito Internacional e Comparado do Trabalho.** Tradução Edilson Alkmim Cunha. São Paulo: LTR, 2001.

SFERAZZA, Mauro. **Il contratto di lavoro a progetto.** Milano: Giuffrè, 2004.

SICHES, Luis Recaséns. El sentimiento jurídico. In: CAVALCANTI, Teófilo (org). **Estudos em homenagem a Miguel Reale.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SILVA, José Afonso da . **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Comentário contextual à Constituição.** São Paulo: RT , 2005.

SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Otávio Pinto. **Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho**. São Paulo: LTR, 2004.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 1997.

_____. Da velha parassubordinação ao novo contrato de trabalho a projeto. **Evocati Revista**. Aracaju, n 16. Abr. 2007 Disponível em: <
http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=114 >. Acesso em: 24. jan. 2008

SILVA FILHO, Cícero Virgulino. **Cooperativas de trabalho**. São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

_____. **O princípio da máxima efetividade e a interpretação constitucional**. São Paulo: Ltr, 1999.

_____. **Direitos fundamentais e o contrato de trabalho**. São Paulo: LTR, 2005.

SIQUEIRA JUNIOR, Antônio Carlos, SIQUEIRA, Fernanda Paula Cerantola e GONCALVES, Bárbara Gisela de Oliveira Gôngora. **O trabalho noturno e a qualidade de vida dos profissionais de enfermagem**. *Reme : Rev. Min. Enferm.* [online]. jan. 2006, vol.10, no.1, p.41-45. Disponível em:
<http://www.portalbvsenf.eerp.usp.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-27622006000100008&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 30 jul. 2007.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Leticia Godinho de. **Direito do trabalho, justiça e democracia: o sentido da regulação trabalhista no Brasil**. São Paulo: LTr, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

STEENHOFF , Gert. Teaching Comparative law, *Comparative Law Teaching*, **Electronic Journal of Comparative Law**, vol 6.4 , dez. 2002, Disponível em:<
<http://www.ejcl.org/64/art64-4.html>> . Acesso em: 01 out. 2006.

SUSSEKIND, Arnaldo et al. **Instituições de Directo do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: LTR, 2005.

SUPIOT, Alain et al. **Trabajo e empleo: Transformaciones del trabajo y futuro del derecho del trabajo en Europa**. Valência: Tirant lo blanch, 1999.

TERRA, Lygia; COELHO, Marcos de Amorim. **Geografia peral: o espaço natural e socioeconômico**. 5.ed. São Paulo: Moderna, 2005.

TOBENÁS, José Castan. **Los derechos del hombre**. 4.ed. Madrid: Reus, 1992.

TRINDADE, Washington Luiz. A greve na atual constituição brasileira. In: FRANCO FILHO, Geogenor de Sousa. **Curso de Direito Coletivo do Trabalho: Estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa**. São Paulo: LTR, 1997.

_____. O declínio do assalariado e o trabalho cooperativado (Parecer) **Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho** Ano VII - Nº 7. São paulo: Ltr, 1999.

TURIM, Sezione Lavoro, Tribunale Ordinario di Turim, **Proc. 198/06**, julgamento: 10.05.06, Rel. Paola Mallaneto. Disponível em : <<http://www.fmb.unimore.it/on-line/Home/IndiceA-Z/articolo3658.html>>. Acesso em:24 dez. 2007

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.299-338.

UNIÃO EUROPÉIA. **Livro verde da comissão européia: Modernizar o direito do trabalho para enfrentar os desafios do século XXI**. Disponível em: <http://europa.eu/documents/comm/green_papers/index_pt.htm> Acesso em: 21.jan. 2008.

UNIÃO EUROPÉIA. **Carta de Direitos Fundamentais da União Européia**. Disponível em: www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf Acesso em: 21. jan. 2008.

VILLALÓN, Jesus Cruz et all. **Um Estatuto para la promoción y tutela del trabajador autónomo**. Colección Economía y Sociología del trabajo, n. 83. Madrid: Ministério de Trabajo y Asuntos Sociales., 2006.

WEISS, Manfred. The evolution of the concept of subordination: the german experience. **Evocati Revista**, Aracaju, set. 2007, n. 21. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=150>. Acesso em: 02 set. 2007.

WITZLEB, Normann et al. Comparative law and the internet. **Electronic Journal of Comparative Law**, vol 3.2, out. 1999, Disponível em: <<http://www.ejcl.org/32/art32-1.html>> Acesso em: 07 out. 2006.

WILTHAGEN, Ton ; TROS, Frank. **The concept of “flexicurity”**: A new approach to regulating employment and labour markets. Dinamarca, 2003. Disponível em: <<http://www.tilburguniversity.nl/flexicurity>> Acesso em: 18 set. 2007

APÊNDICE
ANTEPROJETO DO ESTATUTO DO TRABALHADOR AUTÔNOMO
ECONOMICAMENTE DEPENDENTE

Dispõe sobre o regime jurídico trabalhista aplicável ao trabalhador autônomo economicamente dependente.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei Complementar:

CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Seção I
Dos destinatários da lei

Art. 1º Esta Lei estabelece o Estatuto do trabalhador autônomo economicamente dependente e dispõe sobre o regime jurídico aplicável à espécie.

Art. 2º Serão regidos por este estatuto os trabalhadores pessoas físicas sem vínculo empregatício que realizem de forma habitual, pessoal e por conta própria, uma atividade laborativa a título oneroso, com dependência econômica do tomador de serviços, mas sem subordinação jurídica.

§1º São requisitos para a caracterização do trabalhador autônomo economicamente dependente:

I - não utilizar o trabalhador o serviço remunerado de outras pessoas para o exercício das atividades contratadas com o tomador de serviços.

II - não executar o trabalhador sua atividade de maneira conjunta e indiferenciada com trabalhadores com vínculo empregatício.

§2º - São indícios para caracterização do trabalhador autônomo economicamente dependente:

I -dispor o trabalhador de infra-estrutura produtiva e material próprio, quando necessários para o exercício da atividade;

II - desenvolver o trabalhador sua atividade com base em critérios organizativos próprios, sem prejuízo das indicações técnicas de caráter geral que receber do tomador de serviços.

§3º Excluem-se do regime jurídico estabelecido neste Estatuto:

- I - os representantes comerciais autônomos.
- II os trabalhadores autônomos que desempenhem atividades eventuais.
- III os trabalhadores avulsos.

CAPÍTULO II

DO REGIME PROFISSIONAL DO TRABALHADOR AUTÔNOMO ECONOMICAMENTE DEPENDENTE

Seção I

Dos direitos do trabalhador autônomo economicamente dependente

Art. 3º Os trabalhadores autônomos economicamente dependentes são titulares dos seguintes direitos trabalhistas fundamentais indicados no art. 7º da Constituição Federal: incisos IV (salário mínimo hora), V (proporcionalidade da contraprestação à extensão e complexidade do trabalho), VI (irredutibilidade da contraprestação), VII (garantia do salário mínimo), VIII (décimo terceiro salário), IX (contraprestação noturna superior à diurna), X (proibição da retenção dolosa da contraprestação), XIII (limitação da jornada de trabalho) XV (repouso semanal remunerado), XVI (remuneração superior do trabalho extraordinário) XVII (férias), XVIII (licença à gestante), XIX (licença-paternidade), XX (proteção do mercado da mulher), XXI (aviso-prévio) XXII (redução dos riscos inerentes ao trabalho) XXIV (aposentadoria), XXV (assistência gratuita aos filhos e dependentes), XXVI (reconhecimento dos acordos e convenções coletivas), XXVII (proteção em face da automação), XXVIII (seguro contra acidentes de trabalho), XXX (proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivos discriminatórios), XXXI (proibição de discriminação com o portador de deficiência), XXXII (proibição de distinção entre trabalhadores intelectuais e manuais), XXXIII (proibição de trabalho noturno, insalubre ou perigoso ao menor de dezoito anos e de qualquer trabalho ao menor de dezesseis anos).

Art. 4º além dos direitos trabalhistas fundamentais previstos no artigo anterior, ao trabalhador autônomo economicamente dependente são assegurados ainda os seguintes:

- I - livre escolha de sua profissão ou ofício;
- II - direito à propriedade intelectual, nos termos da Lei nº 9279/96;
- III - igualdade diante da lei para efeito de não ser discriminado, direta ou indiretamente, por razão de nascimento, origem racial ou étnica, sexo, idade, estado civil, religião, convicções, deficiências físicas ou mentais, orientação sexual ou qualquer outra condição ou circunstância social ou pessoal;
- IV - respeito de sua intimidade, dignidade, liberdade de locomoção e pensamento;
- V - proteção contra o assédio sexual e moral;
- VI - respeito à sua integridade física e a uma proteção adequada de sua segurança e saúde no trabalho;
- VII - percepção pontual da contraprestação pecuniária pelo seu trabalho;
- VIII - conciliação da vida pessoal com a laboral;
- IX - exercício pessoal, por conta própria, das atividades profissionais, salvo nas hipóteses de celebração de cláusula de exclusividade.
- X - acesso à Justiça do Trabalho.
- XI - filiar-se a sindicato ou associação de classe
- XII - exercer atividade coletiva de defesa dos seus interesses profissionais.

XIII filiação obrigatória à Previdência Social

Seção II

Dos deveres do trabalhador autônomo economicamente dependente

Art. 5º São deveres do trabalhador autônomo economicamente dependente:

I-cumprir com as obrigações fixadas nos contratos celebrados com o tomador de serviços.

II -cumprir com as obrigações legais, convencionais e empresariais pertinentes à segurança, saúde e higiene no trabalho.

III-cumprir com as obrigações fiscais e tributárias estabelecidas legalmente.

Seção III

Da formalização do contrato

Art. 6º Os contratos entre o trabalhador autônomo economicamente dependente e o tomador dos serviços poderão ser formulados verbalmente ou por escrito, não havendo forma préestabelecida.

Parágrafo único A qualquer tempo qualquer dos contratantes poderá exigir a formalização do contrato por escrito, respeitadas as condições formuladas verbalmente.

Art. 7º O contrato poderá ou não ter duração préfixada no instrumento de sua formalização, presumindo-se, em caso de não fixação expressa, a contratação por prazo indeterminado.

Art. 8º A dependência econômica do tomador de serviços deverá ser explicitada pelo trabalhador no ato da celebração do contrato, presumindo-se esta dependência quando o tempo despendido na atividade ocupe em média mais de trinta horas semanais do prestador ou quando o tomador de serviços estabeleça a exigência de exclusividade e não-concorrência na prestação dos serviços.

Parágrafo único. A condição de dependente somente poderá ser estabelecida com um único tomador de serviços.

Seção IV

Da contraprestação pecuniária

Art. 9º O trabalhador autônomo economicamente dependente tem direito à percepção da contraprestação pela execução do contrato, no prazo e forma convencionados, não podendo esta contraprestação ser inferior ao salário mínimo hora vigente no país, nem o prazo de pagamento ser superior a um mês após a execução dos serviços.

Art. 10 O trabalhador autônomo economicamente dependente é beneficiário do vale transporte, na forma da legislação específica sobre o tema.

Art. 11 - Até o dia 20 de dezembro de cada ano, o trabalhador autônomo economicamente dependente receberá o pagamento do décimo terceiro salário, em até duas parcelas, equivalente um doze avos da remuneração recebida no ano civil.

Seção V

Da jornada de trabalho e descansos remunerados

Art. 12 O trabalhador autônomo economicamente dependente tem direito, após um ano de prestação de serviços, a uma interrupção de sua atividade por quinze dias consecutivos, equivalente às férias, recebendo o pagamento equivalente a um vinte e quatro avos da remuneração percebida no período de um ano referente à aquisição do direito, acrescidas do adicional de um terço.

§1º o período de interrupção deverá ser concedido pelo tomador de serviços em data que lhe seja mais conveniente, desde que comunicada ao trabalhador com o prazo mínimo de noventa dias de antecedência, dentro do período de um ano após o término do período aquisitivo do direito, não podendo em nenhuma hipótese ser convertido em abono.

§2º Em caso de extrapolação do período concessivo, o pagamento será feito de forma dobrada, sem prejuízo do gozo do período de férias.

Art. 13 O trabalhador autônomo economicamente dependente terá direito ao descanso semanal, cuja remuneração será equivalente a um dia de prestação de serviços para aqueles que recebem por unidade de tempo e equivalente a um sexto da produção semanal para aqueles que recebem por de acordo com o trabalho prestado.

Art. 14 Na hipótese de haver controle pelo tomador de serviços, o horário de trabalho do trabalhador autônomo economicamente dependente procurará adaptar-se à necessidade de conciliação entre as vidas pessoal, familiar e profissional do trabalhador, respeitados os limites de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais.

§1º Na hipótese de a prestação de serviços extrapolar a carga horária estabelecida no caput deste artigo, será devido adicional remuneratório mínimo no importe de 150%, calculado sobre o montante das horas excedentes nos casos de recebimento por serviços e no importe de uma hora mais 150% para as hipóteses de recebimento por unidade de tempo.

§2º Não poderá ocorrer compensação de jornada ou banco de horas com o objetivo de excluir o adicional remuneratório previsto no parágrafo anterior.

§3º Na hipótese em que o tomador de serviços exija a prestação do trabalho entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco da manhã do dia seguinte, o pagamento respectivo deverá ter o adicional de 50%.

Seção VI

Da rescisão do contrato

Art. 15 A relação contratual entre o tomador de serviços e o trabalhador autônomo economicamente dependente se extinguirá por uma das seguintes circunstâncias:

- I mutuo acordo entre as partes;
- II alguma hipótese previstas no contrato;
- III morte, aposentadoria ou invalidez do trabalhador;
- IV denúncia imotivada por qualquer das partes, devendo nesse caso ser concedido o aviso prévio de trinta dias pela parte denunciante, independentemente do tempo de serviço do trabalhador autônomo economicamente dependente;
- V Justa causa para a rescisão do contrato.

§1º Nas hipóteses previstas nos incisos I a IV o trabalhador autônomo economicamente dependente deverá receber, além de outras parcelas eventualmente devidas, as férias e o 13º salário proporcional.

§2º A aposentadoria do trabalhador autônomo economicamente dependente não impede a continuação dos serviços ao tomador, excluindo-se, porém, a necessidade de indenização legal ou contratual por parte do prestador de serviços em razão da cessação do trabalho por iniciativa do trabalhador autônomo economicamente dependente.

§3º Na hipótese de a iniciativa de rescisão do contrato em razão da aposentadoria partir do tomador de serviços, são devidas as mesmas parcelas resultantes da denúncia imotivada.

§4º Na hipótese prevista no inciso IV, em caso de ausência de concessão do pré-aviso pelo tomador de serviços, este deverá efetuar o pagamento de indenização equivalente a trinta dias de retribuição. Se a iniciativa de denúncia imotivada partir do trabalhador, será este devedor de indenização equivalente à que seria paga pelo tomador de serviços em igual hipótese.

§5º Nas hipóteses de subcontratação, o trabalhador autônomo economicamente dependente poderá pleitear o pagamento das parcelas rescisórias do seu tomador de serviços ou da empresa principal.

Art. 16 Constituem justa causa para a rescisão do contrato:

- I não cumprimento habitual pelo trabalhador autônomo economicamente dependente das obrigações e deveres decorrentes do contrato;
- II atraso na contraprestação pelo tomador de serviços por período superior a três meses seguidos ou na hipótese de atrasos reiterados;
- III ofensas físicas ou morais cometidas pelo trabalhador autônomo economicamente dependente ou pelo tomador de serviços contra o outro;
- IV ato de improbidade cometido pelo trabalhador autônomo economicamente dependente;
- V violação de segredo de empresa;
- VI violação da cláusula de não concorrência e exclusividade, quando esta for firmada, por escrito, entre as partes;

§1º Na hipótese de rescisão por justa causa pelo tomador de serviços, o trabalhador autônomo economicamente dependente não receberá o pagamento de aviso prévio, férias proporcionais e 13º salário proporcional.

§2º. Na hipótese de rescisão por justa causa pelo trabalhador autônomo economicamente dependente, o tomador de serviços deverá pagar uma indenização equivalente um pagamento mensal, além das parcelas vencidas, férias proporcionais e 13º salário proporcional.

Seção VII

Da interrupção e suspensão do contrato

Art. 17 São consideradas causas justificadas para a interrupção ou suspensão do contrato de prestação de serviços pelo trabalhador autônomo economicamente dependente as fundadas em:

- I - mútuo acordo entre as partes;
- II - necessidade de atender responsabilidades familiares, por prazo não superior a oito dias, hipótese em que as partes deverão transacionar acerca da permanência ou não da contraprestação salarial;
- III - licenças médicas;
- IV - caso fortuito e força maior;
- V - motivos de ordem técnica ou econômica a cargo do tomador de serviços.

§1º A interrupção ou suspensão do contrato de trabalho economicamente dependente estabelecida neste artigo não poderá ensejar a rescisão do contrato de trabalho.

§2º Na hipótese do inciso V, a suspensão do contrato, caso não seja recuperada nos três meses seguintes, gerará ao trabalhador autônomo economicamente dependente o direito a indenização em valor equivalente à metade da retribuição correspondente ao período de suspensão ou, não sendo possível a sua apuração, metade da retribuição média, calculada levando-se em conta a média das remunerações auferidas nos últimos 12 meses ou nos meses de execução do contrato, caso seja de duração inferior.

CAPÍTULO III

DO PRIVILÉGIO DOS CRÉDITOS DO TRABALHADOR AUTÔNOMO ECONOMICAMENTE DEPENDENTE

Art. 18 Os pagamentos destinados ao trabalhador autônomo economicamente dependente gozam dos mesmos privilégios no concurso de credores outorgados aos créditos decorrentes da relação de emprego.

CAPÍTULO IV

DO FOMENTO PÚBLICO ÀS INICIATIVAS PROFISSIONAIS AUTÔNOMAS

Art. 19 Os poderes públicos, no âmbito das respectivas competências, adotarão políticas destinadas ao estabelecimento e desenvolvimento de iniciativas econômicas e profissionais autônomas.

§1º A elaboração dessa política de fomento deverá promover a igualdade de oportunidades com objetivo de promover a integração dos trabalhadores inseridos na hipótese do art. 4º, inciso III, desta lei.

§2º O fomento ao trabalho autônomo se destinará especialmente a propiciar a formação e readaptação profissional dos trabalhadores autônomos, facilitando seu acesso aos programas de formação profissional, que se orientarão à melhoria de sua capacitação profissional e ao desenvolvimento de sua capacidade gerencial.

§3º Esse fomento também atenderá as necessidades de informação e assessoramento técnico para sua criação, consolidação e renovação, promovendo a comunicação e cooperação entre os trabalhadores autônomos economicamente dependentes.

CAPÍTULO V DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 20 Os direitos consagrados nesta lei não elidem outros que derivem das normas especiais de profissões regulamentadas, das normas coletivas e dos contratos individuais celebrados entre as partes.

Art. 21 Os poderes públicos devem garantir a efetividade dos direitos consagrados nesta lei.

Art. 22 serão considerados nulos de pleno direito quaisquer atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos previstos nesta lei.

Art. 23 Esta lei entra em vigor após decorridos 180 dias de sua publicação oficial

Art. 24 A aplicabilidade da lei aos contratos em vigor por ocasião da entrada em vigência desta lei é imediata, fluindo os direitos aqui estabelecidos apenas a partir da sua vigência.

ANEXOS

ANEXO A -DIPLOMAS NORMATIVOS DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

DECLARAÇÃO DA OIT SOBRE OS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO TRABALHO

Considerando que a criação da OIT procede da convicção de que a justiça social é essencial para garantir uma paz universal e permanente;

Considerando que o crescimento econômico é essencial, mas insuficiente, para assegurar a equidade, o progresso social e a erradicação da pobreza, o que confirma a necessidade de que a OIT promova políticas sociais sólidas, a justiça e instituições democráticas;

Considerando, portanto, que a OIT deve hoje, mais do que nunca, mobilizar o conjunto de seus meios de ação normativa, de cooperação técnica e de investigação em todos os âmbitos de sua competência, e em particular no âmbito do emprego, a formação profissional e as condições de trabalho, a fim de que no âmbito de uma estratégia global de desenvolvimento econômico e social, as políticas econômicas e sociais se reforcem mutuamente com vistas à criação de um desenvolvimento sustentável de ampla base;

Considerando que a OIT deveria prestar especial atenção aos problemas de pessoas com necessidades sociais especiais, em particular os desempregados e os trabalhadores migrantes, mobilizar e estimular os esforços nacionais, regionais e internacionais encaminhados à solução de seus problemas, e promover políticas eficazes destinadas à criação de emprego;

Considerando que, com o objetivo de manter o vínculo entre progresso social e crescimento econômico, a garantia dos princípios e direitos fundamentais no trabalho reveste uma importância e um significado especiais ao assegurar aos próprios interessados a possibilidade de reivindicar livremente e em igualdade de oportunidades uma participação justa nas riquezas a cuja criação têm contribuído, assim como a de desenvolver plenamente seu potencial humano;

Considerando que a OIT é a organização internacional com mandato constitucional e o órgão competente para estabelecer Normas Internacionais do Trabalho e ocupar-se das mesmas, e que goza de apoio e reconhecimento universais na promoção dos direitos fundamentais no trabalho como expressão de seus princípios constitucionais;

Considerando que numa situação de crescente interdependência econômica urge reafirmar a permanência dos princípios e direitos fundamentais inscritos na Constituição da Organização, assim como promover sua aplicação universal;

A Conferência Internacional do Trabalho,

1. Lembra:

a) que no momento de incorporar-se livremente à OIT, todos os Membros aceitaram os princípios e direitos enunciados em sua Constituição e na Declaração de Filadélfia, e se comprometeram a esforçar-se por alcançar os objetivos gerais da Organização na medida de suas possibilidades e atendendo a suas condições específicas;

b) que esses princípios e direitos têm sido expressados e desenvolvidos sob a forma de direitos e obrigações específicos em convenções que foram reconhecidas como fundamentais dentro e fora da Organização.

2. Declara que todos os Membros, ainda que não tenham ratificado as convenções aludidas, têm um compromisso derivado do fato de pertencer à Organização de respeitar, promover e

tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é:

- a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva;
- b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório;
- c) a abolição efetiva do trabalho infantil; e
- d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

3. Reconhece a obrigação da Organização de ajudar a seus Membros, em resposta às necessidades que tenham sido estabelecidas e expressadas, a alcançar esses objetivos fazendo pleno uso de seus recursos constitucionais, de funcionamento e orçamentários, incluída a mobilização de recursos e apoio externos, assim como estimulando a outras organizações internacionais com as quais a OIT tenha estabelecido relações, de conformidade com o artigo 12 de sua Constituição, a apoiar esses esforços:

- a) oferecendo cooperação técnica e serviços de assessoramento destinados a promover a ratificação e aplicação das convenções fundamentais;
- b) assistindo aos Membros que ainda não estão em condições de ratificar todas ou algumas dessas convenções em seus esforços por respeitar, promover e tornar realidade os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções; e
- c) ajudando aos Membros em seus esforços por criar um meio ambiente favorável de desenvolvimento econômico e social.

4. Decide que, para tornar plenamente efetiva a presente Declaração, implementarse-á um seguimento promocional, que seja crível e eficaz, de acordo com as modalidades que se estabelecem no anexo que será considerado parte integrante da Declaração.

5. Sublinha que as normas do trabalho não deveriam utilizar-se com fins comerciais protecionistas e que nada na presente Declaração e seu seguimento poderá invocar-se nem utilizar-se de outro modo com esses fins; ademais, não deveria de modo algum colocar-se em questão a vantagem comparativa de qualquer país sobre a base da presente Declaração e seu seguimento.

Anexo

Seguimento da Declaração

I. OBJETIVO GERAL

1. O objetivo do seguimento descrito a seguir é estimular os esforços desenvolvidos pelos Membros da Organização com o objetivo de promover os princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição da OIT e a Declaração de Filadélfia, que a Declaração reitera.

2. De conformidade com este objetivo estritamente promocional, o presente seguimento deverá contribuir a identificar os âmbitos em que a assistência da Organização, por meio de suas atividades de cooperação técnica, possa resultar útil a seus Membros com o fim de ajudá-los a tornar efetivos esses princípios e direitos fundamentais. Não poderá substituir os mecanismos de controle estabelecidos nem obstar seu funcionamento; por conseguinte, as situações particulares próprias ao âmbito desses mecanismos não poderão discutir-se ou rediscutir-se no âmbito do referido seguimento.

3. Os dois aspectos do presente seguimento, descritos a seguir, recorrerão aos procedimentos existentes; o seguimento anual relativo às convenções não ratificadas somente suporá certos ajustes às atuais modalidades de aplicação do artigo 19, parágrafo 5, e) da Constituição, e o relatório global permitirá otimizar os resultados dos procedimentos realizados em cumprimento da Constituição.

II. SEGUIMENTO ANUAL RELATIVO ÀS CONVENÇÕES FUNDAMENTAIS NÃO RATIFICADAS

A. Objeto e âmbito de aplicação

1. Seu objetivo é proporcionar uma oportunidade de seguir a cada ano, mediante um procedimento simplificado que substituirá o procedimento quadrienal introduzido em 1995

pelo Conselho de Administração, os esforços desenvolvidos de acordo com a Declaração pelos Membros que não ratificaram ainda todas as convenções fundamentais.

2. O seguimento abrangerá a cada ano as quatro áreas de princípios e direitos fundamentais enumerados na Declaração.

B. Modalidades

1. O seguimento terá como base relatórios solicitados aos Membros em virtude do artigo 19, parágrafo 5, e) da Constituição. Os formulários de memória serão estabelecidos com a finalidade de obter dos governos que não tiverem ratificado alguma das convenções fundamentais, informação sobre as mudanças que ocorreram em sua legislação e sua prática, considerando o artigo 23 da Constituição e a prática estabelecida.

2. Esses relatórios, recopilados pela Repartição, serão examinados pelo Conselho de Administração.

3. Com o fim de preparar uma introdução à compilação dos relatórios assim estabelecida, que permita chamar a atenção sobre os aspectos que mereçam em seu caso uma discussão mais detalhada, a Repartição poderá recorrer a um grupo de peritos nomeados com este fim pelo Conselho de Administração.

4. Deverá ajustar-se o procedimento em vigor do Conselho de Administração para que os Membros que não estejam nele representados possam proporcionar, da maneira mais adequada, os esclarecimentos que no seguimento de suas discussões possam resultar necessárias ou úteis para completar a informação contida em suas memórias.

III. RELATÓRIO GLOBAL

A. Objeto e âmbito de aplicação

1. O objeto deste relatório é facilitar uma imagem global e dinâmica de cada uma das categorias de princípios e direitos fundamentais observada no período quadrienal anterior, servir de base à avaliação da eficácia da assistência prestada pela Organização e estabelecer as prioridades para o período seguinte mediante programas de ação em matéria de cooperação técnica destinados a mobilizar os recursos internos e externos necessários a respeito.

2. O relatório tratará sucessivamente cada ano de uma das quatro categorias de princípios e direitos fundamentais.

B. Modalidades

1. O relatório será elaborado sob a responsabilidade do Diretor-Geral sobre a base de informações oficiais ou reunidas e avaliadas de acordo com os procedimentos estabelecidos. Em relação aos países que ainda não ratificaram as convenções fundamentais, referidas informações terão como fundamento, em particular, no resultado do seguimento anual antes mencionado. No caso dos Membros que tenham ratificado as convenções correspondentes, estas informações terão como base, em particular, os relatórios (memórias) tal como são apresentados e tratados em virtude do artigo 22 da Constituição.

2. Este relatório será apresentado à Conferência como um relatório do Diretor-Geral para ser objeto de uma discussão tripartite. A Conferência poderá tratá-lo de um modo distinto do inicialmente previsto para os relatórios aos que se refere o artigo 12 de seu Regulamento, e poderá fazê-lo numa sessão separada dedicada exclusivamente a esse informe ou de qualquer outro modo apropriado. Posteriormente, corresponderá ao Conselho de Administração, durante uma de suas reuniões subseqüentes mais próximas, tirar as conclusões de referido debate no relativo às prioridades e aos programas de ação em matéria de cooperação técnica que deva implementar durante o período quadrienal correspondente.

IV. FICA ENTENDIDO QUE:

1. O Conselho de Administração e a Conferência deverão examinar as emendas que resultem necessárias a seus regulamentos respectivos para executar as disposições anteriores.

2. A Conferência deverá, em determinado momento, reexaminar o funcionamento do presente seguimento considerando a experiência adquirida, com a finalidade de comprovar si este mecanismo está ajustado convenientemente ao objetivo enunciado na Parte I.

3. O texto anterior é o texto da Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho e seu seguimento devidamente adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho durante a Octogésima sexta reunião, realizada em Genebra e cujo encerramento foi declarado em 18 de junho de 1998.

É FÉ DO QUAL foi assinado neste décimo nono dia de junho de 1998.

Presidente da Conferência

JEAN-JACQUES OECHSLIN

O Diretor Geral da Oficina Internacional do Trabalho

MICHEL HANSENNE

RECOMENDAÇÃO 165 DA OIT

RECOMENDAÇÃO SOBRE A IGUALDADE DE OPORTUNIDADES E DE TRATAMENTO PARA HOMENS E MULHERES TRABALHADORES: TRABALHADORES COM ENCARGOS DE FAMÍLIA

A Conferência da Organização Internacional do Trabalho, convocada em Genebra pelo Conselho de Administração do Secretariado da Organização Internacional do Trabalho e reunida em sua Sexagésima Sétima Reunião, em 3 de junho de 1981;

Considerando que a Declaração de Filadélfia relativa às metas e aos objetivos da Organização Internacional do Trabalho reconhece que "todos os seres humanos, independentemente de raça, credo ou sexo, têm o direito de buscar seu bem-estar material e seu desenvolvimento espiritual em condições de liberdade e dignidade, de segurança e de igual oportunidade";

Considerando os termos da Declaração sobre a Igualdade de Oportunidades e de Tratamento para Mulheres Trabalhadoras e da resolução referente a um plano de ação com vista á promoção da igualdade de oportunidades e de tratamento para mulheres trabalhadoras, adotada pela Conferência Internacional do Trabalho, em 1975;

Considerando as disposições de convenções e recomendações internacionais do trabalho com o objetivo de assegurar a igualdade de oportunidades e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores, notadamente a Convenção e a Recomendação sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), de 1958, e a Parte VIII da Recomendação sobre o Desenvolvimento de Recursos Humanos, de 1975;

Considerando que a Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), de 1958, não alude expressamente a distinções baseadas em encargos de família e considerando que normas suplementares se fazem necessárias nesse sentido;

Considerando os termos da Recomendação sobre Emprego (Mulheres com Encargos de Família), de 1965, e considerando as mudanças ocorridas desde a sua adoção;

Considerando que instrumentos sobre a igualdade de oportunidades e de tratamento para homens e mulheres foram também adotados pelas Nações Unidas e outros organismos especializados e, tendo em vista, principalmente, o Parágrafo 14 do Preâmbulo da Convenção das Nações Unidas, de 1979, sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação da Mulher segundo a qual os Estadosmembros devem "conscientizar-se da necessidade de mudança no papel tanto do homem como da mulher na sociedade e na família, para se chegar á plena igualdade entre homens e mulheres";

Reconhecendo que os problemas de trabalhadores com encargos de família são aspectos de problemas mais amplos concernentes á família e á sociedade, que devem ser levados em consideração nas políticas nacionais;

Reconhecendo a necessidade de se estabelecer uma efetiva igualdade de oportunidades e de

tratamento entre homens e mulheres trabalhadores com encargos de família e entre estes e outros trabalhadores,

Considerando que muitos dos problemas enfrentados por todos os trabalhadores se agravam no caso de trabalhadores com encargos de família e reconhecendo a necessidade de melhorar suas condições, quer com medidas que atendam às suas necessidades específicas, quer com medidas destinadas a melhorar as condições dos trabalhadores em geral;

Tendo decidido adotar proposições relativas á igualdade de oportunidades e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores: trabalhadores com encargos de família, o que constitui a quinta questão de ordem do dia da reunião;

Tendo determinado que essas proposições se revistam da forma de uma recomendação, adota, neste dia vinte e três de junho de mil e novecentos e oitenta e um, a seguinte Recomendação que pode ser citada como a Recomendação sobre os Trabalhadores com Encargos de Família, de 1981:

I. Definição, Alcance e Meios de Implementação

1. (1) Esta Recomendação aplica-se a homens e mulheres trabalhadores com responsabilidades com relação a seus filhos dependentes, quando estas responsabilidades restringem a possibilidade de se prepararem para uma atividade econômica e nela ingressar, participar ou progredir.

(2) As disposições desta Recomendação devem ser também aplicadas a homens e mulheres com responsabilidades por outros membros de sua família imediata que precisam de seus cuidados ou apoio, quando estas responsabilidades restringem a possibilidade de se prepararem para uma atividade econômica e nela ingressar, participar ou progredir.

(3) Para os fins desta Recomendação, os termos "filho dependente" e "outro membro da família imediata que precisa de cuidado ou apoio" significam pessoas como tais definidas, em todo país, por um dos meios referidos no Parágrafo 3 desta Recomendação.

(4) Os trabalhadores cobertos nos termos das alíneas (1) e (2) deste Parágrafo serão doravante referidos como "trabalhadores com encargos de família".

2. Esta Recomendação aplica-se a todos os setores de atividade econômica e a todas as categorias de trabalhadores.

3. As disposições desta Recomendação podem ser aplicadas por leis ou regulamentos, acordos coletivos, normas trabalhistas, laudos arbitrais, decisões judiciais ou por combinação destes instrumentos ou por qualquer outro modo adequado e compatível com a prática e as condições nacionais.

4. As disposições desta Recomendação, se necessário, podem ser aplicadas por etapas, tendo em vista as condições nacionais, desde que essas medidas de implementação, quando tomadas, se apliquem, em qualquer hipótese, a todos os trabalhadores cobertos pelo Parágrafo 1, alínea (1).

5. As organizações de empregadores e de trabalhadores devem ter o direito de participar, de uma maneira adequada às condições e á prática nacionais, da concepção e aplicação de medidas destinadas a fazer vigorar as disposições desta Recomendação.

II. Política Nacional

6. Com vista ao estabelecimento de uma efetiva igualdade de oportunidades e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores, todo País-membro incluirá, entre os objetivos de sua política nacional, dar condições a pessoas com encargos de família, que estão empregadas ou queiram empregar-se, de exercer o direito de fazê-lo sem estar sujeitas a discriminação e, na medida do possível, sem conflito entre seu emprego e seus encargos de família.

7. No contexto de uma política nacional para promover a igualdade de oportunidades para homens e mulheres trabalhadores, medidas devem ser adotadas e aplicadas com vista a prevenir a discriminação direta ou indireta com base no estado civil ou encargos de família.

8. (1) Para os fins dos Parágrafos 6 e 7 acima, o termo "discriminação" significa discriminação no emprego ou na ocupação conforme definido pelos Artigos 1º e 5º da Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), de 1958.

(2) Durante um período de transição, não devem ser consideradas como discriminatórias medidas especiais que busquem alcançar a efetiva igualdade entre homens e mulheres trabalhadores.

9. Com vista ao estabelecimento de uma efetiva igualdade de oportunidades e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores, devem ser tomadas todas as medidas compatíveis com as condições e as possibilidades nacionais para:

a) dar condições a trabalhadores com encargos de família para exercer seu direito a treinamento profissional e a livre escolha de um emprego;

b) levar em conta suas necessidades nos termos e condições de emprego e de seguridade social;

c) desenvolver ou promover serviços de assistência à família e à criança e outros serviços comunitários, públicos ou privados, que atendam às suas necessidades.

10. Em todo país, autoridades e órgãos competentes devem tomar medidas adequadas para promover a informação e a educação que gerem uma compreensão pública mais ampla do princípio de igualdade de oportunidades e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores e dos problemas de trabalhadores com encargos de família, bem como um clima de opinião que conduza à superação desses problemas.

11. As autoridades e órgãos competentes em todo país devem tomar medidas adequadas para:

a) empreender ou promover, conforme a necessidade, pesquisa sobre os vários aspectos do emprego de trabalhadores com encargos de família, com vista ao fornecimento de informações objetivas sobre as quais possam basear-se políticas e medidas salutares;

b) promover a educação suficiente para estimular a distribuição dos encargos de família entre homens e mulheres e dar condições a trabalhadores com encargos de família de cumprir suas obrigações de emprego e de família.

III. Treinamento e Emprego

12. Devem ser tomadas todas as medidas compatíveis com as condições e as possibilidades nacionais, para dar condições a trabalhadores com encargos de família de se integrarem e permanecerem integrados na força de trabalho, assim como de nela reingressarem após ausência imposta por esses encargos.

13. De acordo com a prática e política nacionais, trabalhadores com encargos de família devem poder dispor de serviços de treinamento profissional e, quando possível, de dispositivos de licença remunerada de educação, para fazer uso desses serviços.

14. Esses serviços, conforme necessário, para dar condições a trabalhadores com encargos de família de ingressar ou reingressar em emprego, devem estar disponíveis na estrutura de serviços existentes para todos os trabalhadores ou, na sua falta, na forma adequada às condições nacionais;

devem incluir, sem ônus para os trabalhadores, serviços de orientação profissional, de aconselhamento, de informação e de classificação, dirigidos por pessoal bem treinado e em condições de atender adequadamente às especiais necessidades de trabalhadores com encargos de família.

15. Trabalhadores com encargos de família devem gozar da igualdade de oportunidades e de tratamento com outros trabalhadores, com relação à preparação para emprego, ao acesso a emprego, à promoção e estabilidade no emprego.

16. Estado civil, situação familiar ou encargos de família não devem constituir, como tais, razões válidas para negação ou término da relação de emprego.

IV. Termos e Condições de Emprego

17. Devem ser tomadas todas as medidas compatíveis com as condições e as possibilidades

nacionais e com os legítimos interesses de outros trabalhadores, para assegurar que as condições de emprego permitam a trabalhadores com encargos de família conciliar seu emprego e esses encargos.

18. Especial atenção deve ser dispensada a medidas gerais para melhoraras condições de trabalho e a qualidade de vida no trabalho, inclusive medidas que visem:

- a) reduzir progressivamente a jornada de trabalho e reduzir as horas extraordinárias;
- b) adotar mais flexibilidade na organização dos horários de trabalho, dos períodos de repouso e das férias, levando-se em consideração o estágio de desenvolvimento e as peculiares necessidades do país e de diferentes setores de atividade.

19. Sempre que viável e conveniente, as necessidades especiais de trabalhadores, inclusive as decorrentes de encargos de família, devem ser levadas em consideração na programação de turnos e de trabalho noturno.

20. Encargos de família e considerações como o local de trabalho do cônjuge e as possibilidades de educação dos filhos devem ser levados em conta na transferência de trabalhadores de uma localidade para outra.

21. (1) Com vista á proteção de trabalhadores em tempo parcial, de trabalhadores temporários e de trabalhadores domésticos, muitos dos quais com encargos de família, devem ser adequadamente reguladas e supervisionadas as condições em que são exercidos esses tipos de emprego.

(2) As condições de emprego, inclusive a cobertura da seguridade social, de trabalhadores temporários e em tempo parcial devem ser, tanto quanto possível, equivalentes ás dos trabalhadores permanentes e em tempo integral, respectivamente; nos devidos casos, seus direitos devem ser calculados numa base pro rata.

(3) Aos trabalhadores em tempo parcial deve ser dada a opção de ter ou voltar a ter o emprego em tempo integral na existência de vaga e quando cessadas as circunstâncias que determinaram a atribuição do emprego em tempo parcial.

22. (1) O pai e a mãe devem ter a possibilidade, num período imediatamente seguinte á licença maternidade, de obterem licença de afastamento sem perda do emprego e dos direitos dele decorrentes.

(2) A duração do período seguinte á licença-maternidade e a duração e as condições da licença de afastamento a que se refere a alínea (1) deste Parágrafo devem ser determinadas, em cada país, por um dos meios referidos no Parágrafo 3 desta Recomendação.

(3) A licença de afastamento referida na alínea (1) pode ser introduzida gradualmente.

23. (1) Deve ser possível a um trabalhador, homem ou mulher, com encargos de família relativos a um filho dependente, obter licença de afastamento em caso de doença do dependente.

(2) Deve ser possível a um trabalhador com encargos de família obter licença no caso de doença de outro membro de sua família imediata que requeira seu cuidado ou apoio.

(3) A duração e as condições da licença de afastamento a que se referem as alíneas (1) e (2) deste Parágrafo devem ser determinadas, em cada país, por um dos meios referidos no Parágrafo 3 desta Recomendação.

V. Serviços e Facilidades de Assistência á Infância e á Família

24. Com vista á definição do alcance e da natureza dos serviços e facilidades de assistência á infância e á família, necessários para ajudar os trabalhadores com encargos de família a atender seu emprego e a esses encargos, devem as autoridades competentes, em cooperação com as organizações públicas e privadas interessadas, especialmente organizações de empregadores e de empregados, dentro do alcance de seus recursos para coleta de informações, tomar as medidas que possam ser necessárias e adequadas para:

- a) reunir e publicar satisfatórias estatísticas sobre o número de trabalhadores com encargos de família empregados ou em busca de emprego e sobre o número e idade de seus filhos e outros

dependentes que requerem cuidado;

b) tomar conhecimento, por meio de levantamentos sistemáticos, conduzidos especialmente nas comunidades locais, das necessidades e preferências de serviços e meios de assistência à infância e à família.

25. As autoridades competentes, em cooperação com as organizações públicas e privadas interessadas, devem tomar providências adequadas para assegurar que os serviços e meios de assistência à infância e à família atendam às necessidades e às preferências assim levantadas; para esse fim, levando em consideração as circunstâncias e possibilidades nacionais e locais, devem, em particular:

a) estimular e facilitar o estabelecimento, especialmente em comunidades locais, de planos para o desenvolvimento sistemático de serviços e meios de assistência à infância e à família, e

b) organizar elas próprias ou estimular e viabilizar a prestação de adequados e apropriados serviços e meios de assistência à infância e à família, isentos de despesas ou mediante uma taxa razoável, de acordo com a capacidade de pagamento dos trabalhadores, operados ao longo de linhas flexíveis e atendendo às necessidades das crianças de diferentes idades, de outros dependentes que requeiram cuidado e de trabalhadores com encargos de família.

26. (1) Serviços e meios de assistência à infância e à família devem satisfazer as normas baixadas e supervisionadas por autoridades competentes.

(2) Essas normas devem definir o equipamento e as exigências técnicas e higiênicas dos serviços e meios oferecidos e a quantidade e as qualificações do pessoal.

(3) As autoridades competentes devem oferecer ou ajudar a assegurar o oferecimento de adequado treinamento em vários níveis, para o pessoal necessário à direção dos serviços e meios de assistência à infância e à família.

VI. Seguridade Social

27. Benefícios de seguridade social, redução de imposto ou outras medidas apropriadas, compatíveis com a política nacional, se necessário, devem estar ao alcance dos trabalhadores com encargos de família.

28. Durante a licença de afastamento, referida nos Parágrafos 22 e 23, os trabalhadores interessados, em conformidade com as condições e a prática nacionais, devem ser amparados pela seguridade social, por um dos meios referidos no Parágrafo 3 desta Recomendação.

29. Nenhum trabalhador deve ser excluído da cobertura da seguridade social em decorrência da atividade profissional de seu cônjuge e dos direitos a benefícios resultantes dessa atividade.

30. (1) Os encargos de família de um trabalhador devem constituir elemento a ser levado em consideração para saber se o emprego oferecido é conveniente no sentido de que a opção da oferta possa levar à perda ou à suspensão de um auxílio-desemprego.

(2) Especialmente quando o emprego oferecido envolve mudança para outra localidade, as considerações a serem feitas devem incluir o local de emprego do cônjuge e as possibilidades de educação dos filhos.

31. Na aplicação dos Parágrafos 27 a 30 desta Recomendação, um País-membro, cuja economia estiver insuficientemente desenvolvida, pode levar em conta os recursos nacionais e os planos de seguridade social disponíveis.

VII. Ajuda no Atendimento dos Encargos de Família

32. Autoridades e órgãos competentes em todo país devem promover uma ação pública e privada, como for possível, para aliviar o peso dos encargos de família de trabalhadores.

33. Todas as medidas compatíveis com as condições e as possibilidades nacionais devem ser tomadas para desenvolver serviços de ajuda e assistência familiar, adequadamente regulamentados e supervisionados e que, quando necessários, possam oferecer a trabalhadores com encargos de família, assistência qualificada a preço razoável, de acordo com sua capacidade de pagamento.

34. Considerando que muitas medidas destinadas a melhorar as condições dos trabalhadores em geral podem ter impacto favorável sobre os trabalhadores com encargos de família, autoridades e órgãos competentes de todo país devem promover, como for possível, uma ação pública e privada para a prestação de serviços á comunidade, compatíveis com as necessidades dos trabalhadores, como transporte público, abastecimento de água e de energia na habitação ou perto da habitação dos trabalhadores e habitação funcional para facilitar as tarefas domésticas.

VIII. Efeitos sobre Recomendações Anteriores

35. Esta Recomendação substitui a Recomendação sobre Emprego (Mulheres com Encargos de Família), de 1965.

CONVENÇÃO 138 DA OIT

SOBRE IDADE MÍNIMA PARA ADMISSÃO A EMPREGO*

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Secretaria Internacional do Trabalho e reunida em 6 de junho de 1973, em sua 58a Reunião;

Tendo decidido adotar diversas proposições relativas a idade mínima para admissão a emprego, matéria que constitui a quarta questão da ordem do dia da Reunião;

Considerando os termos da Convenção sobre Idade Mínima (Indústria), 1919, Convenção sobre Idade Mínima (Trabalho Marítimo), 1920, Convenção sobre Idade Mínima (Agricultura), 1921, Convenção sobre Idade Mínima (Estivadores e Foguistas), 1921, Convenção sobre Idade Mínima (Emprego não Industrial), 1932, Convenção (revista) sobre Idade Mínima (Trabalho Marítimo), 1936, Convenção (revista) sobre Idade Mínima (Indústria), 1937, Convenção (revista) sobre Idade Mínima (Emprego não Industrial), 1937, Convenção sobre Idade Mínima (Pescadores), 1959, e Convenção sobre Idade Mínima (Trabalho Subterrâneo), 1965; Considerando ter chegado o momento de adotar instrumento geral sobre a matéria, que substitua gradualmente os atuais instrumentos, aplicáveis a limitados setores econômicos, com vista à total abolição do trabalho infantil;

Tendo determinado que essas proposições se revestissem da forma de uma convenção internacional, adota, neste dia vinte e seis de junho de mil novecentos e setenta e três, a seguinte Convenção que pode ser citada como a Convenção sobre Idade Mínima, 1973:

Artigo 1º

Todo Estado-membro, no qual vigore esta Convenção, compromete-se a seguir uma política nacional que assegure a efetiva abolição do trabalho infantil e eleve, progressivamente, a idade mínima de admissão a emprego ou a trabalho a um nível adequado ao pleno desenvolvimento físico e mental do jovem.

Artigo 2º

1. Todo Estado-membro que ratificar esta Convenção especificará, em declaração anexa à sua ratificação, uma idade mínima para admissão a emprego ou trabalho em seu território e em meios de transporte registrados em seu território; ressalvado o disposto nos artigos 4º a 8º desta Convenção, nenhuma pessoa com idade inferior a essa idade será admitida a emprego ou trabalho em qualquer ocupação.

2. Todo Estado-membro que ratificar esta Convenção poderá posteriormente notificar o Diretor- Geral da Secretaria Internacional do Trabalho, por declarações ulteriores, que estabelece uma idade mínima superior à anteriormente definida.

3. A idade mínima fixada nos termos do parágrafo 1º deste artigo não será inferior à idade de conclusão da escolaridade compulsória ou, em qualquer hipótese, não inferior a 15 anos.

4. Não obstante o disposto no parágrafo 3º deste artigo, o Estado-membro, cuja economia e condições do ensino não estiverem suficientemente desenvolvidas, poderá, após consulta com

as organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, se as houver, definir, inicialmente, uma idade mínima de 14 anos.

..Data da entrada em vigor: 19 de junho 1976.

5. Todo Estado-membro que definir uma idade mínima de quatorze anos, de conformidade com o disposto no parágrafo anterior, incluirá em seus relatórios a serem apresentados sobre a aplicação desta Convenção, nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, declaração:

a) de que são subsistentes os motivos dessa medidas ou

b) de que renuncia ao direito de se valer da disposição em questão a partir de uma determinada data.

Artigo 3º

1. Não será inferior a dezoito anos a idade mínima para admissão a qualquer tipo de emprego ou trabalho que, por sua natureza ou circunstância em que é executado, possa prejudicar a saúde, a segurança e a moral do jovem.

2. Serão definidas por lei ou regulamentos nacionais ou pela autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, se as houver, as categorias de emprego ou trabalho às quais se aplica o parágrafo 1º deste artigo.

3. Não obstante o disposto no parágrafo 1º deste artigo, a lei ou regulamentos nacionais ou a autoridade competente poderão, após consulta às organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, se as houver, autorizar emprego ou trabalho a partir da idade de dezesseis anos, desde que estejam plenamente protegidas a saúde, a segurança e a moral dos jovens envolvidos e lhes seja proporcionada instrução ou formação adequada e específica no setor da atividade pertinente.

Artigo 4º

1. A autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, se as houver, poderá, na medida do necessário, excluir da aplicação desta Convenção limitado número de categorias de emprego ou trabalho a respeito das quais se puserem reais e especiais problemas de aplicação.

2. Todo Estado-membro que ratificar esta Convenção listará em seu primeiro relatório sobre sua aplicação, a ser submetido nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, todas as categorias que possam ter sido excluídas de conformidade com o parágrafo 1º deste artigo, dando as razões dessa exclusão, e indicará, nos relatórios subsequentes, a situação de sua lei e prática com referência às categorias excluídas, e a medida em que foi dado ou se pretende fazer vigorar a Convenção com relação a essas categorias.

3. Não será excluído do alcance da Convenção, de conformidade com este Artigo, emprego ou trabalho protegido pelo artigo 3º desta Convenção.

Artigo 5º

1. O Estado-membro, cuja economia e condições administrativas não estiverem suficientemente desenvolvidas, poderá, após consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores, se as houver, limitar inicialmente o alcance de aplicação desta Convenção.

2. Todo Estado-membro que se servir do disposto no parágrafo 1º deste artigo especificará, em declaração anexa à sua ratificação, os setores de atividade econômica ou tipos de empreendimentos aos quais aplicará as disposições da Convenção.

3. As disposições desta Convenção serão, no mínimo, aplicáveis a: mineração e pedreira; indústria manufatureira; construção; eletricidade, água e gás; serviços de saneamento; transporte, armazenamento e comunicações; plantações e outros empreendimentos agrícolas de fins comerciais, excluindo, porém, propriedades familiares e de pequeno porte que produzam para o consumo local e não empreguem regularmente mão-de-obra remunerada.

4. Todo Estado-membro que tiver limitado o alcance de aplicação desta Convenção, nos termos deste artigo, a) indicará em seus relatórios, a que se refere o Artigo 22 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho, a situação geral com relação a emprego ou trabalho de jovens e crianças nos setores de atividade excluídos do alcance de aplicação desta Convenção e todo progresso que tenha sido feito para uma aplicação mais ampla de suas disposições; b) poderá, em qualquer tempo, estender formalmente o alcance de aplicação com uma declaração encaminhada ao Diretor-Geral da Secretaria Internacional do Trabalho.

Artigo 6º

Esta Convenção não se aplica a trabalho feito por crianças e jovens em escolas de educação profissional ou técnica ou em outras instituições de treinamento em geral ou a trabalho feito por pessoas de no mínimo 14 anos de idade em empresas em que esse trabalho é executado dentro das condições prescritas pela autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, onde as houver, e é parte integrante de:

- a) curso de educação ou treinamento pelo qual é principal responsável escola ou instituição de formação;
- b) programa de treinamento principalmente ou inteiramente numa empresa, que tenha sido aprovado pela autoridade competente, ou
- c) programa de orientação para facilitar a escolha de uma profissão ou de uma linha de formação.

Artigo 7º

1. As leis ou regulamentos nacionais podem permitir o emprego ou trabalho de jovens entre 13 e 15 anos em serviços leves que:

- a) não prejudiquem sua saúde ou desenvolvimento e
- b) não prejudiquem sua frequência escolar, sua participação em programas de orientação profissional ou de formação aprovados pela autoridade competente ou sua capacidade de se beneficiar da instrução recebida.

2. As leis ou regulamentos nacionais podem permitir também o emprego ou trabalho de pessoas de, no mínimo, 15 anos de idade e que não tenham ainda concluído a escolarização compulsória, em trabalho que preencha os requisitos estabelecidos nas alíneas a) e b) do parágrafo 1º deste artigo.

3. A autoridade competente definirá as atividades em que o emprego ou trabalho pode ser permitido nos termos dos parágrafos 1º e 2º deste artigo e estabelecerá o número de horas e as condições em que esse emprego ou trabalho pode ser exercido.

4. Não obstante o disposto nos parágrafos 1º e 2º deste artigo, o Estado-membro que se tiver servido das disposições do parágrafo 4º do artigo 2º poderá, enquanto continuar assim procedendo, substituir as idades de 13 e 15 anos no parágrafo 1º pelas idades de 12 e 14 anos e a idade de 15 anos do parágrafo 2º deste artigo pela idade de 14 anos.

Artigo 8º

1. A autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, se as houver, podem, mediante licenças concedidas em casos individuais, permitir exceções à proibição de emprego ou trabalho disposto no artigo 2º desta Convenção, para fins tais como participação em representações artísticas.

2. Permissões dessa natureza limitarão o número de horas de duração do emprego ou trabalho e estabelecerão as condições em que é permitido.

Artigo 9º

1. A autoridade competente tomará todas as medidas necessárias, inclusive a instituição de sanções apropriadas, para garantir o efetivo cumprimento das disposições desta Convenção.

2. Leis ou regulamentos nacionais ou a autoridade competente designarão as pessoas responsáveis pelas disposições que dão cumprimento à Convenção.

3. Leis ou regulamentos nacionais ou a autoridade competente definirão os registros ou outros documentos que devem ser mantidos e postos à disposição pelo empregador; esses registros ou documentos conterão nome, idade ou data de nascimento, devidamente autenticados sempre que possível, das pessoas que emprega ou que trabalham para ele e tenham menos de dezoito anos de idade.

Artigo 10

1. Esta Convenção revê, nos termos estabelecidos neste artigo, a Convenção sobre Idade Mínima (Indústria), 1919; a Convenção sobre Idade Mínima (Marítimos), 1920; a Convenção sobre Idade Mínima (Agricultura), 1921; a Convenção sobre Idade Mínima (Estivadores e Foguistas), 1921; a Convenção sobre Idade Mínima (Emprego não Industrial), 1932; a Convenção (revista) sobre Idade Mínima (Marítimos), 1936; a Convenção (revista) sobre Idade Mínima (Indústria), 1937; a Convenção (revista) sobre Idade Mínima (Emprego não Industrial), 1937; a Convenção sobre Idade Mínima (Pescadores), 1959 e a Convenção sobre Idade Mínima (Trabalho Subterrâneo), 1965.

2. A entrada em vigor desta Convenção não privará de ratificações ulteriores as seguintes convenções: Convenção (revista) sobre Idade Mínima (Marítimos), 1936; Convenção (revista) sobre Idade Mínima (Indústria), 1937; Convenção (revista) sobre Idade Mínima (Emprego não Industrial), 1937; Convenção sobre Idade Mínima (Pescadores), 1959, e Convenção sobre Idade Mínima (Trabalho Subterrâneo), 1965.

3. A Convenção sobre Idade Mínima (Indústria), 1919; a Convenção (revista) sobre Idade Mínima (Marítimos), 1920; a Convenção sobre Idade Mínima (Agricultura), 1921 e a Convenção sobre Idade Mínima (Estivadores e Foguistas), 1921, não estarão mais sujeitas a ratificações ulteriores quando todos os seus participantes estiverem assim de acordo com a ratificação desta Convenção ou por declaração enviada ao Diretor-Geral da Secretaria Internacional do Trabalho.

4. A aceitação das obrigações desta Convenção -

a) por Estado-membro que faça parte da Convenção (revista) sobre a Idade Mínima (Indústria), 1937, e o estabelecimento de idade mínima de não menos de 15 anos, nos termos do artigo 2º desta Convenção, implicarão ipso jure a denúncia imediata daquela Convenção;

b) com referência a emprego não industrial, conforme definido na Convenção sobre Idade Mínima (Emprego não Industrial), 1932, por Estado-membro que faça parte dessa Convenção, implicará ipso jure a denúncia imediata da dita Convenção;

c) com referência a emprego não industrial, conforme definido na Convenção (revista) sobre a Idade Mínima (Emprego não Industrial), 1937, por Estado-membro que faça parte dessa Convenção, e o estabelecimento de idade mínima de não menos de 15 anos, nos termos do artigo 2º desta Convenção, implicarão ipso jure a denúncia imediata daquela Convenção;

d) com referência a emprego marítimo, por Estado-membro que faça parte da Convenção (revista) sobre a Idade Mínima (Marítimos), 1936 e a fixação de idade mínima de não menos de 15 anos, nos termos do artigo 2º desta Convenção, ou o Estado-membro define que o artigo 3º desta Convenção aplica-se a emprego marítimo, implicarão ipso jure a denúncia imediata daquela Convenção;

e) com referência a emprego em pesca marítima, por Estado-membro que faça parte da Convenção sobre Idade Mínima (Pescadores), 1959, e a especificação de idade mínima de não menos de 15 anos, nos termos do artigo 2º desta Convenção ou o Estado-membro especifica que o artigo 3º desta Convenção aplica-se a emprego em pesca marítima, implicarão ipso jure a denúncia imediata daquela Convenção;

f) por Estado-membro que faça parte da Convenção sobre Idade Mínima (Trabalho Subterrâneo), 1965, e a definição de idade mínima de não menos de 15 anos, nos termos do artigo 2º desta Convenção, ou o Estado-membro estabelece que essa idade aplica-se a

emprego em minas subterrâneas, por força do artigo 3º desta Convenção, implicarão ipso jure a denúncia imediata daquela Convenção, se e quando que esta Convenção entrar em vigor.

5. A aceitação das obrigações desta Convenção -

- a) implicará a denúncia da Convenção sobre Idade Mínima (Indústria), 1919, de conformidade com seu artigo 12;
- b) com referência à agricultura, implicará a denúncia da Convenção sobre a Idade Mínima (Agricultura), 1921, de conformidade com seu artigo 9º;
- c) com referência a emprego marítimo, implicará a denúncia da Convenção sobre Idade Mínima (Marítimos), 1920, de conformidade com seu artigo 10º, e da Convenção sobre a Idade Mínima (Estivadores e Foguistas), 1921, de conformidade com seu artigo 12, se e quando esta Convenção entrar em vigor.

Artigo 11

As ratificações formais desta Convenção serão comunicadas, para registro, ao Diretor-Geral da Secretaria Internacional do Trabalho.

Artigo 12

1. Esta Convenção obrigará unicamente os Estados-membros da Organização Internacional do Trabalho cujas ratificações tiverem sido registradas pelo Diretor-Geral.
2. Esta Convenção entrará em vigor doze meses após a data de registro, pelo Diretor Geral, das ratificações de dois Estados-membros.
3. A partir daí, esta Convenção entrará em vigor, para todo Estado-membro, doze meses depois do registro de sua ratificação.

Artigo 13

1. O Estado-membro que ratificar esta Convenção poderá denunciá-la ao final de um período de dez anos, a contar da data de sua entrada em vigor, mediante comunicação ao Diretor - Geral da Secretaria Internacional do Trabalho, para registro. A denúncia não terá efeito antes de se completar um ano a contar da data de seu registro.
2. Todo Estado-membro que ratificar esta Convenção e que, no prazo de um ano após expirado o período de dez anos referido no parágrafo anterior, não tiver exercido o direito de denúncia disposto neste artigo, ficará obrigado a um novo período de dez anos e, daí por diante, poderá denunciar esta Convenção ao final de cada período de dez anos, nos termos deste artigo.

Artigo 14

1. O Diretor-Geral da Secretaria Internacional do Trabalho dará ciência a todos os Estados-membros da Organização do registro de todas as ratificações e denúncias que lhe forem comunicadas pelos Estados-membros da Organização.
2. Ao notificar os Estado-membros da Organização sobre o registro da segunda ratificação que lhe tiver sido comunicada, o Diretor-Geral lhes chamará a atenção para a data em que a Convenção entrará em vigor.

Artigo 15

O Diretor-Geral da Secretaria Internacional do Trabalho comunicará ao Secretário-Geral das Nações Unidas, para registro, nos termos do Artigo 102 da Carta das Nações Unidas, informações circunstanciadas sobre todas as ratificações e atos de denúncia por ele registrados, conforme o disposto nos artigos anteriores.

Artigo 16

O Conselho de Administração da Secretaria Internacional do Trabalho apresentará à Conferência Geral, quando considerar necessário, relatório sobre o desempenho desta Convenção e examinará a conveniência de incluir na pauta da Conferência a questão de sua revisão total ou parcial.

Artigo 17

1. No caso de adotar a Conferência uma nova convenção que reveja total ou parcialmente esta

Convenção, a menos que a nova convenção disponha de outro modo, a) a ratificação, por um Estado-membro, da nova convenção revista implicará, ipso jure, a partir do momento em que entrar em vigor a convenção revista, a denúncia imediata desta Convenção, não obstante as disposições do Artigo 3º;

b) esta Convenção deixará de estar sujeita a ratificação pelos Estados-membros a partir da data de entrada em vigor da convenção revista;

c) esta Convenção continuará a vigorar, na sua forma e conteúdo, nos Estado-membros que a ratificaram, mas não ratificarem a convenção revista.

Artigo 18

As versões em inglês e francês do texto desta Convenção são igualmente oficiais.

CONVENÇÃO Nº 182

CONVENÇÃO SOBRE PROIBIÇÃO DAS PIORES FORMAS DE TRABALHO INFANTIL E AÇÃO IMEDIATA PARA SUA ELIMINAÇÃO*

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, Convocada em Genebra pelo Conselho de Administração da Secretaria Internacional do Trabalho e reunida em 1ª de junho de 1999, em sua 87ª Reunião, Considerando a necessidade de adotar novos instrumentos para proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, como a principal prioridade de ação nacional e internacional, que inclui cooperação e assistência internacionais, para complementar a Convenção e a Recomendação sobre Idade Mínima para Admissão a Emprego, 1973, que continuam sendo instrumentos fundamentais sobre trabalho infantil;

Considerando que a efetiva eliminação das piores formas de trabalho infantil requer ação imediata e global, que leve em conta a importância da educação fundamental e gratuita e a necessidade de retirar a criança de todos esses trabalhos, promover sua reabilitação e integração social e, ao mesmo tempo, atender as necessidades de suas famílias;

Tendo em vista a resolução sobre a eliminação do trabalho infantil adotada pela Conferência Internacional do Trabalho, em sua 83ª Reunião, em 1996;

Reconhecendo que o trabalho infantil é devido, em grande parte, à pobreza e que a solução a longo prazo reside no crescimento econômico sustentado, que conduz ao progresso social, sobretudo ao alívio da pobreza e à educação universal;

Tendo em vista a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989;

Tendo em vista a Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento, adotada pela Conferência Internacional do Trabalho em sua 86ª Reunião, em 1998;

Tendo em vista que algumas das piores formas de trabalho infantil são objeto de outros instrumentos internacionais, particularmente a Convenção sobre Trabalho Forçado, 1930, e a Convenção Suplementar das Nações Unidas sobre Abolição da Escravidão, do Tráfico de Escravos e de Instituições e Práticas Similares à Escravidão, 1956;

Tendo-se decidido pela adoção de diversas proposições relativas a trabalho infantil, matéria que constitui a quarta questão da ordem do dia da Reunião, e Após determinar que essas proposições se revestissem da forma de convenção internacional, Data de entrada em vigor: 19 de novembro de 2000. adota, neste décimo sétimo dia de junho do ano de mil novecentos e noventa e nove, a seguinte Convenção que poderá ser citada como Convenção sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil, 1999.

Artigo 1º

Todo Estado-membro que ratificar a presente Convenção deverá adotar medidas imediatas e eficazes que garantam a proibição e a eliminação das piores formas de trabalho infantil em regime de urgência.

Artigo 2º

Para os efeitos desta Convenção, o termo criança aplicar-se-á a toda pessoa menor de 18 anos.

Artigo 3º

Para os fins desta Convenção, a expressão as piores formas de trabalho infantil compreende:

- (a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como venda e tráfico de crianças, sujeição por dívida, servidão, trabalho forçado ou compulsório, inclusive recrutamento forçado ou compulsório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados;
- (b) utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de material pornográfico ou espetáculos pornográficos;
- (c) utilização, demanda e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de drogas conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes;
- (d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são susceptíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança.

Artigo 4º

1 - Os tipos de trabalho a que se refere o Artigo 3º (d) serão definidos pela legislação nacional ou pela autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas, levando em consideração as normas internacionais pertinentes, particularmente os parágrafos 3ª e 4ª da Recomendação sobre as Piores Formas de Trabalho Infantil, 1999.

2 - A autoridade competente, após consulta com as organizações de empregadores e trabalhadores interessadas, identificará onde ocorrem os tipos de trabalho assim definidos.

3 - A relação dos tipos de trabalho definidos nos termos do parágrafo 1º deste artigo deverá ser periodicamente examinada e, se necessário, revista em consulta com as organizações de empregadores e de trabalhadores interessadas.

Artigo 5º

Todo Estado-membro, após consulta com organizações de empregadores e de trabalhadores, criará ou adotará mecanismos apropriados para monitorar a aplicação das disposições que dão cumprimento à presente Convenção.

Artigo 6º

1 - Todo Estado-membro elaborará e desenvolverá programas de ação para eliminar, como prioridade, as piores formas de trabalho infantil.

2 - Esses programas de ação serão elaborados e implementados em consulta com relevantes instituições governamentais e organizações de empregadores e de trabalhadores, levando em consideração, se conveniente, opiniões de outros grupos interessados.

Artigo 7º

1- Todo Estado- membro adotará todas as medidas necessárias para assegurar a efetiva aplicação e cumprimento das disposições que dão efeito a esta Convenção, inclusive a instituição e aplicação de sanções penais ou, conforme o caso, de outras sanções.

2 - Todo Estado-membro, tendo em vista a importância da educação para a eliminação do trabalho infantil, adotará medidas efetivas, para, num determinado prazo:

- (a) impedir a ocupação de crianças nas piores formas de trabalho infantil;
- (b) dispensar a necessária e apropriada assistência direta para retirar crianças das piores formas de trabalho infantil e assegurar sua reabilitação e integração social;
- (c) garantir o acesso de toda criança retirada das piores formas de trabalho infantil à educação fundamental gratuita e, quando possível e conveniente, à formação profissional;
- (d) identificar e alcançar crianças particularmente expostas a riscos e
- (e) levar em consideração a situação especial de meninas.

3 - Todo Estado-membro designará a autoridade competente responsável pela aplicação das disposições que dão cumprimento a esta Convenção.

Artigo 8º

Os Estados-membros tomarão as devidas providências para se ajudarem mutuamente na aplicação das disposições desta Convenção por meio de maior cooperação e/ou assistência internacional, inclusive o apoio ao desenvolvimento social e econômico, a programas de erradicação da pobreza e à educação universal.

Artigo 9º

As ratificações formais desta Convenção serão comunicadas, para registro, ao Diretor- Geral da Secretaria Internacional do Trabalho.

Artigo 10

1 - Esta Convenção obrigará unicamente os Estados-membros da Organização Internacional do Trabalho cujas ratificações tiverem sido registradas pelo Diretor- Geral da Secretaria Internacional do Trabalho.

2 - A presente Convenção entrará em vigor doze meses após a data de registro, pelo Diretor- Geral, das ratificações de dois Estados-membros.

3 - A partir daí, esta Convenção entrará em vigor, para todo Estado-membro, doze meses após a data do registro de sua ratificação.

Artigo 11

1 - O Estado-membro que ratificar esta Convenção poderá denunciá-la ao final de um período de dez anos a contar da data em que a Convenção entrou em vigor pela primeira vez, por meio de comunicação, para registro, ao Diretor-Geral da Secretaria Internacional do Trabalho. A denúncia só terá efeito um ano após a data de seu registro.

2 - Todo Estado-membro que tiver ratificado esta Convenção e que, no prazo de um ano, após expirado o período de dez anos referido no parágrafo anterior, não tiver exercido o direito de denúncia disposto neste artigo, ficará obrigado a um novo período de dez anos e, daí por diante, poderá denunciar esta Convenção ao final de cada período de dez anos, nos termos deste artigo.

Artigo 12

1 - O Diretor-Geral da Secretaria Internacional do Trabalho dará ciência, aos Estados-membros da Organização Internacional do Trabalho, do registro de todas as ratificações, declarações e atos de denúncia que lhe forem comunicados pelos Estados-membros da Organização.

2 - Ao notificar os Estados-membros da Organização sobre o registro da segunda ratificação que lhe foi comunicada, o Diretor-Geral lhes chamará a atenção para a data em que a Convenção entrará em vigor.

Artigo 13

O Diretor-Geral da Secretaria Internacional do Trabalho comunicará ao Secretário-Geral das Nações Unidas, para registro, nos termos do Artigo 102 da Carta das Nações Unidas, informações circunstanciadas sobre todas as ratificações, declarações e atos de denúncia por ele registrados, conforme o disposto nos artigos anteriores.

Artigo 14

O Conselho de Administração da Secretaria Internacional do Trabalho, quando julgar necessário, apresentará à Conferência Geral relatório sobre a aplicação desta Convenção e examinará a conveniência de incluir na ordem do dia da Conferência a questão de sua revisão total ou parcial.

Artigo 15

1 - Caso a Conferência venha a adotar uma nova Convenção que total ou parcialmente reveja a presente Convenção, a menos que a nova Convenção disponha de outro modo:

(a) a ratificação da nova Convenção revista por um Estado-membro implicará ipso jure a denúncia imediata desta Convenção, não obstante as disposições do artigo 11 acima, se e quando a nova Convenção revista entrar em vigor;

(b) esta Convenção deixará de estar sujeita a ratificação pelos Estados-membros a partir do momento da entrada em vigor da Convenção revista.

2 - Esta Convenção permanecerá, porém, em vigor, na sua forma atual e conteúdo, para os Estados-membros que a ratificaram mas não ratificarem a Convenção revista.

Artigo 16

As versões em inglês e francês do texto desta Convenção são igualmente oficiais.

ANEXO B - DIPLOMA NORMATIVO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

PREÂMBULO

Os estados-partes no presente Pacto,

Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana,

Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o ideal do ser humano livre, liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, assim como de seus direitos civis e políticos,

Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades da pessoa humana,

Compreendendo que o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade a que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente Pacto, acordam o seguinte:

PARTE I

Art. 1º - 1. Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo e do Direito Internacional. Em caso algum poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência.

3. Os estados-partes no presente Pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas.

PARTE II

Art. 2º - 1. Cada estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

2. Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

3. Os países em desenvolvimento, levando devidamente em consideração os direitos humanos e a situação econômica nacional, poderão determinar em que medida garantirão os direitos econômicos reconhecidos no presente Pacto àqueles que não sejam seus nacionais.

Art. 3º - Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais enumerados no presente Pacto.

Art. 4º - Os estados-partes no presente Pacto reconhecem que, no exercício dos direitos assegurados em conformidade com o presente Pacto pelo estado, este poderá submeter tais

direitos unicamente às limitações estabelecidas em lei, somente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática.

Art. 5º - 1. Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhes limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.

2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

PARTE III

Art. 6º - 1. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de ter a possibilidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.

2. As medidas que cada estado-parte no presente Pacto tomará, a fim de assegurar o pleno exercício desse direito, deverão incluir a orientação e a formação técnica e profissional, a elaboração de programas, normas técnicas apropriadas para assegurar um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e o pleno emprego produtivo em condições que salvaguardem aos indivíduos o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais.

Art. 7º - Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:

a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores:

i) um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles, por trabalho igual;

ii) uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;

b) Condições de trabalho seguras e higiênicas;

A igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo, de trabalho e de capacidade;

d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados.

Art. 8º - 1. Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir: a) O direito de toda pessoa de fundar com outros sindicatos e de filiar-se ao sindicato de sua escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública ou para proteger os direitos e as liberdades alheias;

b) O direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais, e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas;

c) O direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional ou da ordem pública ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas;

d) O direito de greve, exercido em conformidade com as leis de cada país.

2. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos pelos membros das forças armadas, da polícia ou da administração pública.

3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que os Estados-partes na Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do

direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam - ou a aplicar a lei de maneira a restringir - as garantias previstas na referida Convenção.

Art. 9º - Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social.

Art. 10 - Os estados-partes no presente Pacto reconhecem que:

1. Deve-se conceder à família, que é o núcleo natural e fundamental da sociedade, a mais ampla proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ela for responsável pela criação e educação dos filhos. O matrimônio deve ser contraído com o livre consentimento dos futuros cônjuges.

2. Deve-se conceder proteção especial às mães por um período de tempo razoável antes e depois do parto. Durante esse período, deve-se conceder às mães, que trabalham, licença remunerada ou licença acompanhada de benefícios previdenciários adequados.

3. Deve-se adotar medidas especiais de proteção e assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Deve-se proteger as crianças

e adolescentes contra a exploração econômica e social. O emprego de crianças e adolescentes, em trabalho que lhes seja nocivo à moral e à saúde, ou que lhes faça correr perigo de vida, ou ainda que lhes venha prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei. Os estados devem, também, estabelecer limites de idade, sob os quais fique proibido e punido por lei o emprego assalariado da mão-de-obra infantil.

Art. 11 - 1. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

2. Os estados-partes no presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessários para:

a) Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais.

b) Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.

Art. 12 - 1. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

2. As medidas que os estados-partes no presente Pacto deverão adotar, com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito, incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento são das crianças.

b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente.

c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças.

d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.

Art. 13 - 1. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre

todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

2. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

- a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos.
- b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.
- c) A educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito.
- d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária.
- e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.

3. Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais - e, quando for o caso, dos tutores legais - de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

4. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no § 1º do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo estado.

Art. 14 - Todo estado-parte no presente Pacto que, no momento em que se tornar parte, ainda não tenha garantido em seu próprio território ou território sob a sua jurisdição a obrigatoriedade ou a gratuidade da educação primária, compromete-se a elaborar e a adotar, dentro de um prazo de dois anos, um plano

de ação detalhado, destinado à implementação progressiva, dentro de um mínimo razoável de anos estabelecido no próprio plano, do princípio da educação primária obrigatória e gratuita para todos.

Art. 15 - 1. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:

- a) Participar da vida cultural;
- b) Desfrutar o progresso científico e suas aplicações;
- c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.

2. As medidas que os estados-partes no presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.

3. Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora.

4. Os estados-partes no presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.

PARTE IV

Art. 16 - 1. Os estados-partes no presente Pacto comprometem-se a apresentar, de acordo com as disposições da presente parte do Pacto, relatórios sobre as medidas que tenham adotado e sobre o progresso realizado, com o objetivo de assegurar a observância dos direitos reconhecidos no Pacto.

2. a) Todos os relatórios deverão ser encaminhados ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, o qual enviará cópias deles ao Conselho Econômico e Social, para exame de acordo com as disposições do presente Pacto.

b) O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas encaminhará também às agências especializadas cópias dos relatórios - ou de todas as partes pertinentes dos mesmos - enviados pelos estados-partes no presente Pacto que sejam igualmente membros das referidas agências especializadas, na medida em que os relatórios, ou parte deles, guardem relação com questões que sejam da competência de tais agências, nos termos de seus respectivos instrumentos constitutivos.

Art. 17 - 1. Os estados-partes no presente Pacto apresentarão seus relatórios por etapas, segundo um programa a ser estabelecido pelo Conselho Econômico e Social, no prazo de um ano a contar da data da entrada em vigor do presente Pacto, após consulta aos estados-partes e às agências especializadas interessadas.

2. Os relatórios poderão indicar os fatores e as dificuldades que prejudiquem o pleno cumprimento das obrigações previstas no presente Pacto.

3. Caso as informações pertinentes já tenham sido encaminhadas à Organização das Nações Unidas ou

a uma agência especializada por um Estado-parte, não será necessário reproduzir as referidas informações, sendo suficiente uma referência precisa às mesmas.

Art. 18 - Em virtude das responsabilidades que lhes são conferidas; pela Carta das Nações Unidas, no domínio dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, o Conselho Econômico e Social poderá concluir acordos com as agências especializadas sobre a apresentação, por estas, de relatórios relativos aos progressos realizados quanto ao cumprimento das disposições do presente Pacto que correspondam ao seu campo de atividades. Os relatórios poderão incluir dados sobre as decisões e recomendações, referentes ao cumprimento das disposições do presente Pacto, adotadas pelos órgãos competentes das agências especializadas.

Art. 19 - O Conselho Econômico e Social poderá encaminhar à Comissão de Direitos Humanos, para fins de estudo e de recomendação de ordem geral, ou para informação, caso julgue apropriado, os relatórios concernentes aos direitos humanos que apresentarem os estados, nos termos dos arts. 16 e 17, e aqueles concernentes aos direitos humanos que apresentarem as agências especializadas, nos termos do art. 18.

Art. 20 - Os estados-partes neste Pacto e as agências especializadas interessadas poderão encaminhar ao Conselho Econômico e Social comentários sobre qualquer recomendação de ordem geral, feita em virtude do art. 19, ou sobre qualquer referência a uma recomendação de ordem geral que venha a constar de relatório da Comissão de Direitos Humanos ou de qualquer documento mencionado no referido relatório.

Art. 21 - O Conselho Econômico e Social poderá apresentar ocasionalmente à Assembléia Geral relatórios que contenham recomendações de caráter geral, bem como resumo das informações recebidas dos estados-partes no presente Pacto e das agências especializadas, sobre as medidas adotadas e o progresso realizado com a finalidade de assegurar a observância geral dos direitos reconhecidos no presente Pacto.

Art. 22 - O Conselho Econômico e Social poderá levar ao conhecimento de outros órgãos da Organização das Nações Unidas, de seus órgãos subsidiários e das agências especializadas interessadas, às quais incumba a prestação de assistência técnica, quaisquer questões suscitadas nos relatórios mencionados nesta parte do presente Pacto, que possam ajudar essas entidades a pronunciar-se, cada uma dentro de sua esfera de competência, sobre a conveniência de medidas internacionais que possam contribuir para a implementação efetiva e progressiva do presente Pacto.

Art. 23 - Os estados-partes no presente Pacto concordam em que as medidas de ordem internacional, destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no referido Pacto, incluem, sobretudo, a conclusão de convenções, a adoção de recomendações, a prestação de assistência

técnica e a organização, em conjunto com os governos interessados, e no intuito de efetuar consultas e realizar estudos, de reuniões regionais e de reuniões técnicas.

Art. 24 - Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada em detrimento das disposições da Carta das Nações Unidas ou das constituições das agências especializadas, as quais definem as responsabilidades respectivas dos diversos órgãos da Organização das Nações Unidas e agências especializadas, relativamente às matérias tratadas no presente Pacto.

Art. 25 - Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada em detrimento do direito inerente a todos os povos de desfrutar e utilizar plena e livremente suas riquezas e seus recursos naturais.

PARTE V

Art. 26 - 1. O presente Pacto está aberto à assinatura de todos os estados-membros da Organização das Nações Unidas ou membros de qualquer de suas agências especializadas, de todo estado-parte no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, bem como de qualquer outro estado convidado pela Assembléia Geral das Nações Unidas a tomar-se parte no presente Pacto.

2. O presente Pacto está sujeito à ratificação. Os instrumentos de ratificação serão depositados junto ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.

3. O presente Pacto está aberto à adesão de qualquer dos estados mencionados no § 1º do presente artigo.

4. Far-se-á a adesão mediante depósito do instrumento de adesão junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

5. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas informará a todos os estados que hajam assinado o presente Pacto, ou a ele aderido, do depósito de cada instrumento de ratificação ou adesão.

Art. 27 - 1. O presente Pacto entrará em vigor três meses após a data do depósito, junto ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas, do trigésimo quinto instrumento de ratificação ou adesão.

2. Para os estados que vierem a ratificar o presente Pacto ou a ele aderir após o depósito do trigésimo quinto instrumento de ratificação ou adesão, o presente Pacto entrará em vigor três meses após a data do depósito, pelo estado em questão, de seu instrumento de ratificação ou adesão.

Art. 28 - Aplicar-se-ão as disposições do presente Pacto, sem qualquer limitação ou exceção, a todas as unidades constitutivas dos estados federativos.

Art. 29 - 1. Qualquer estado-parte no presente Pacto poderá propor emendas e depositá-las junto ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas. O Secretário-Geral comunicará todas as propostas de emendas aos estados-partes no presente Pacto, pedindo-lhes que o notifiquem se desejarem que se convoque uma conferência dos estados-partes, destinada a examinar as propostas e submetê-las a votação. Se pelo menos um terço dos estados-partes se manifestar a favor da referida convocação, o Secretário-Geral convocará a conferência sob os auspícios da Organização das Nações Unidas. Qualquer emenda adotada pela maioria dos estados-partes presentes e votantes na conferência será submetida à aprovação da Assembléia Geral das Nações Unidas.

2. Tais emendas entrarão em vigor quando aprovadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas e aceitas, em conformidade com seus respectivos procedimentos constitucionais, por uma maioria de dois terços dos estados-partes no presente Pacto.

3. Ao entrarem em vigor, tais emendas serão obrigatórias para os estados-partes que as aceitaram, ao passo que os demais estados-partes permanecem obrigados pelas disposições do presente Pacto e pelas emendas anteriores por eles aceitas.

Art. 30 - Independentemente das notificações previstas no § 5º do art. 26, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas comunicará a todos os estados mencionados no § 1º do referido artigo:

a) As assinaturas, ratificações e adesões recebidas em conformidade com o art. 26;

b) A data da entrada em vigor do Pacto, nos termos do art. 27, e a data de entrada em vigor de quaisquer emendas, nos termos do art. 29.

Art. 31 - 1. O presente Pacto, cujos textos em chinês, espanhol, francês, inglês e russo são igualmente autênticos, será depositado nos arquivos da Organização das Nações Unidas.

2. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas encaminhará cópias autenticadas do presente Pacto a todos os estados mencionados no art. 26.

ANEXO C - DIPLOMA NORMATIVO DO MERCOSUL

DECLARAÇÃO SOCIOLABORAL DO MERCOSUL

OS CHEFES DE ESTADO DOS ESTADOS PARTES DO MERCADO COMUM DO SUL,

Considerando que os Estados Partes do MERCOSUL reconhecem, nos termos do Tratado de Assunção (1991), que a ampliação das atuais dimensões de seus mercados nacionais, por meio da integração, constitui condição fundamental para acelerar os processos de desenvolvimento econômico com justiça social;

Considerando que os Estados Partes declaram, no mesmo Tratado, a disposição de promover a modernização de suas economias para ampliar a oferta de bens e serviços disponíveis e, em consequência, melhorar as condições de vida de seus habitantes;

Considerando que os Estados Partes, além de membros da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificaram as principais convenções que garantem os direitos essenciais dos trabalhadores, e adotam em larga medida as recomendações orientadas para a promoção do emprego de qualidade, das condições saudáveis de trabalho, do diálogo social e do bem-estar dos trabalhadores;

Considerando, ademais, que os Estados Partes apoiaram a "Declaração da OIT relativa a princípios e direitos fundamentais no trabalho" (1998), que reafirma o compromisso dos Membros de respeitar, promover e colocar em prática os direitos e obrigações expressos nas convenções reconhecidas como fundamentais dentro e fora da Organização;

Considerando que os Estados Partes estão comprometidos com as declarações, pactos, protocolos e outros tratados que integram o patrimônio jurídico da Humanidade, entre os quais a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e políticos (1966), o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Declaração Americana de Direitos e Obrigações do Homem (1948), a Carta Interamericana de Garantias Sociais (1948), a Carta da Organização dos Estados Americanos - OEA (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988);

Considerando que diferentes fóruns internacionais, entre os quais a Cúpula de Copenhague (1995), têm enfatizado a necessidade de se instituir mecanismos de acompanhamento e avaliação dos componentes sociais da mundialização da economia, a fim de assegurar a harmonia entre progresso econômico e bem-estar social;

Considerando que a adesão dos Estados Partes aos princípios da democracia política e do Estado de Direito e do respeito irrestrito aos direitos civis e políticos da pessoa humana constitui base irrenunciável do projeto de integração;

Considerando que a integração envolve aspectos e efeitos sociais cujo reconhecimento implica a necessidade de prever, analisar e solucionar os diferentes problemas gerados, neste âmbito, por essa mesma integração;

Considerando que os Ministros do Trabalho do MERCOSUL têm manifestado, em suas reuniões, que a integração regional não pode confinar-se à esfera comercial e econômica, mas deve abranger a temática social, tanto no que diz respeito à adequação dos marcos regulatórios trabalhistas às novas realidades configuradas por essa mesma integração e pelo processo de globalização da economia, quanto ao reconhecimento de um patamar mínimo de direitos dos trabalhadores no âmbito do MERCOSUL, correspondente às convenções fundamentais da OIT;

Considerando a decisão dos Estados Partes de consubstanciar em um instrumento comum os progressos já alcançados na dimensão social do processo de integração e alicerçar os avanços futuros e constantes no campo social, sobretudo mediante a ratificação e cumprimento das principais convenções da OIT;

ADOTAM OS SEGUINTE PRINCÍPIOS E DIREITOS NA ÁREA DO TRABALHO, QUE PASSAM A CONSTITUIR A "DECLARAÇÃO SOCIOLABORAL DO MERCOSUL", SEM PREJUÍZO DE OUTROS QUE A PRÁTICA NACIONAL OU INTERNACIONAL DOS ESTADOS PARTES TENHA INSTAURADO OU VENHA A INSTAURAR:

DIREITOS INDIVIDUAIS

Não discriminação

Art. 1º Todo trabalhador tem garantida a igualdade efetiva de direitos, tratamento e oportunidades no emprego e ocupação, sem distinção ou exclusão por motivo de raça, origem nacional, cor, sexo ou orientação sexual, idade, credo, opinião política ou sindical, ideologia, posição econômica ou qualquer outra condição social ou familiar, em conformidade com as disposições legais vigentes.

Os Estados Partes comprometem-se a garantir a vigência deste princípio de não discriminação. Em particular, comprometem-se a realizar ações destinadas a eliminar a discriminação no que tange aos grupos em situação desvantajosa no mercado de trabalho.

Promoção da igualdade

Art. 2º As pessoas portadoras de necessidades especiais serão tratadas de forma digna e não discriminatória, favorecendo-se sua inserção social e no mercado de trabalho.

Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas efetivas, especialmente no que se refere à educação, formação, readaptação e orientação profissional, à adequação dos ambientes de trabalho e ao acesso aos bens e serviços coletivos, a fim de assegurar que as pessoas portadoras de necessidades especiais tenham a possibilidade de desempenhar uma atividade produtiva.

Art. 3º Os Estados Partes comprometem-se a garantir, mediante a legislação e práticas trabalhistas, a igualdade de tratamento e oportunidades entre mulheres e homens.

Trabalhadores migrantes e fronteiriços

Art. 4º Todos os trabalhadores migrantes, independentemente de sua nacionalidade, têm direito à ajuda, informação, proteção e igualdade de direitos e condições de trabalho reconhecidos aos nacionais do país em que estiverem exercendo suas atividades.

Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas tendentes ao estabelecimento de normas e procedimentos comuns relativos à circulação dos trabalhadores nas zonas de fronteira e a levar a cabo as ações necessárias para melhorar as oportunidades de emprego e as condições de trabalho e de vida destes trabalhadores.

Eliminação do trabalho forçado

Art. 5º Toda pessoa tem direito ao trabalho livre e a exercer qualquer ofício ou profissão, de acordo com as disposições nacionais vigentes.

Os Estados Partes comprometem-se a eliminar toda forma de trabalho ou serviço exigido a um indivíduo sob a ameaça de uma pena qualquer e para o qual dito indivíduo não se ofereça voluntariamente.

Ademais, comprometem-se a adotar medidas para garantir a abolição de toda utilização de mão-de-obra que propicie, autorize ou tolere o trabalho forçado ou obrigatório.

De modo especial, suprime-se toda forma de trabalho forçado ou obrigatório que possa utilizar-se:

- a) como meio de coerção ou de educação política ou como castigo por não ter ou expressar determinadas opiniões políticas, ou por manifestar oposição ideológica à ordem política, social ou econômica estabelecida;
- b) como método de mobilização e utilização da mão-de-obra com fins de fomento econômico;
- c) como medida de disciplina no trabalho;
- d) como castigo por haver participado em greves;
- e) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

Trabalho infantil e de menores

Art. 6º A idade mínima de admissão ao trabalho será aquela estabelecida conforme as legislações nacionais dos Estados Partes, não podendo ser inferior àquela em que cessa a escolaridade obrigatória.

Os Estados Partes comprometem-se a adotar políticas e ações que conduzam à abolição do trabalho infantil e à elevação progressiva da idade mínima para ingressar no mercado de trabalho.

O trabalho dos menores será objeto de proteção especial pelos Estados Partes, especialmente no que concerne à idade mínima para o ingresso no mercado de trabalho e a outras medidas que possibilitem seu pleno desenvolvimento físico, intelectual, profissional e moral.

A jornada de trabalho para esses menores, limitada conforme as legislações nacionais, não admitirá sua extensão mediante a realização de horas extras nem em horários noturnos.

O trabalho dos menores não deverá realizar-se em um ambiente insalubre, perigoso ou imoral, que possa afetar o pleno desenvolvimento de suas faculdades físicas, mentais e morais.

A idade de admissão a um trabalho com alguma das características antes assinaladas não poderá ser inferior a 18 anos.

Direitos dos empregadores

Art. 7º O empregador tem o direito de organizar e dirigir econômica e tecnicamente a empresa, em conformidade com as legislações e as práticas nacionais.

DIREITOS COLETIVOS

Liberdade de associação

Art. 8º Todos os empregadores e trabalhadores têm o direito de constituir as organizações que considerem convenientes, assim como de afiliar-se a essas organizações, em conformidade com as legislações nacionais vigentes.

Os Estados Partes comprometem-se a assegurar, mediante dispositivos legais, o direito à livre associação, abstendo-se de qualquer ingerência na criação e gestão das organizações constituídas, além de reconhecer sua legitimidade na representação e na defesa dos interesses de seus membros.

Liberdade sindical

Art. 9º Os trabalhadores deverão gozar de adequada proteção contra todo ato de discriminação tendente a menoscar a liberdade sindical com relação a seu emprego.

Deverá garantir-se:

- a) a liberdade de filiação, de não filiação e desfiliação, sem que isto comprometa o ingresso em um emprego ou sua continuidade no mesmo;
- b) evitar demissões ou prejuízos a um trabalhador por causa de sua filiação sindical ou de sua participação em atividades sindicais;
- c) o direito de ser representado sindicalmente, de acordo com a legislação, acordos e convênios coletivos de trabalho em vigor nos Estados Partes.

Negociação coletiva

Art.10 Os empregadores ou suas organizações e as organizações ou representações de trabalhadores têm direito de negociar e celebrar convenções e acordos coletivos para regular as condições de trabalho, em conformidade com as legislações e práticas nacionais.

A representação sindical do Brasil reserva-se o direito de não adesão à redação proposta para o Art. 10, especificamente quanto à admissão da negociação e contratação coletiva sem representação sindical.]

Greve

Art. 11 Todos os trabalhadores e as organizações sindicais têm garantido o exercício do direito de greve, conforme as disposições nacionais vigentes. Os mecanismos de prevenção ou solução de conflitos ou a regulação deste direito não poderão impedir seu exercício ou desvirtuar sua finalidade.

Promoção e desenvolvimento de procedimentos preventivos e de auto-composição de conflitos

Art. 12 Os Estados Partes comprometem-se a propiciar e desenvolver formas preventivas e alternativas de autocomposição dos conflitos individuais e coletivos de trabalho, fomentando a utilização de procedimentos independentes e imparciais de solução de controvérsias.

Diálogo social

Art. 13 Os Estados Partes comprometem-se a fomentar o diálogo social nos âmbitos nacional e regional, instituindo mecanismos efetivos de consulta permanente entre representantes dos governos, dos empregadores e dos trabalhadores, a fim de garantir, mediante o consenso social,

condições favoráveis ao crescimento econômico sustentável e com justiça social da região e a melhoria das condições de vida de seus povos.

OUTROS DIREITOS

Fomento do emprego

Art. 14 Os Estados Partes comprometem-se a promover o crescimento econômico, a ampliação dos mercados interno e regional e a executar políticas ativas referentes ao fomento e criação do emprego, de modo a elevar o nível de vida e corrigir os desequilíbrios sociais e regionais.

Proteção dos desempregados

Art. 15 Os Estados Partes comprometem-se a instituir, manter e melhorar mecanismos de proteção contra o desemprego, compatíveis com as legislações e as condições internas de cada país, a fim de garantir a subsistência dos trabalhadores afetados pela desocupação involuntária e ao mesmo tempo facilitar o acesso a serviços de recolocação e a programas de requalificação profissional que facilitem seu retorno a uma atividade produtiva.

Formação profissional e desenvolvimento de recursos humanos

Art. 16 Todos os trabalhadores têm direito à orientação, à formação e à capacitação profissional. Os Estados Partes comprometem-se a instituir, com as entidades envolvidas que voluntariamente assim o desejem, serviços e programas de formação ou orientação profissional contínua e permanente, de maneira a permitir aos trabalhadores obter as qualificações exigidas para o desempenho de uma atividade produtiva, aperfeiçoar e reciclar os conhecimentos e habilidades, considerando fundamentalmente as modificações resultantes do progresso técnico.

Os Estados Partes obrigam-se ademais a adotar medidas destinadas a promover a articulação entre os programas e serviços de orientação e formação profissional, por um lado, e os serviços públicos de emprego e de proteção dos desempregados, por outro, com o objetivo de melhorar as condições de inserção laboral dos trabalhadores.

Os Estados Partes comprometem-se a garantir a efetiva informação sobre os mercados de trabalho e sua difusão tanto a nível nacional como regional.

Saúde e segurança no trabalho

Art. 17 Todo trabalhador tem o direito de exercer suas atividades em um ambiente de trabalho sadio e seguro, que preserve sua saúde física e mental e estimule seu desenvolvimento e desempenho profissional.

Os Estados Partes comprometem-se a formular, aplicar e atualizar em forma permanente e em cooperação com as organizações de empregadores e de trabalhadores, políticas e programas em matéria de saúde e segurança dos trabalhadores e do meio ambiente de trabalho, a fim de prevenir os acidentes de trabalho e as enfermidades profissionais, promovendo condições ambientais propícias para o desenvolvimento das atividades dos trabalhadores.

Inspeção do trabalho

Art. 18 Todo trabalhador tem direito a uma proteção adequada no que se refere às condições e ao ambiente de trabalho.

Os Estados Partes comprometem-se a instituir e a manter serviços de inspeção do trabalho, com o propósito de controlar em todo o seu território o cumprimento das disposições normativas que dizem respeito à proteção dos trabalhadores e às condições de segurança e saúde no trabalho.

Seguridade social

Art. 19 Os trabalhadores do MERCOSUL têm direito à seguridade social, nos níveis e condições previstos nas respectivas legislações nacionais.

Os Estados Partes comprometem-se a garantir uma rede mínima de amparo social que proteja seus habitantes frente à contingência de riscos sociais, enfermidades, velhice, invalidez e morte, buscando coordenar as políticas na área social, de forma a suprimir eventuais discriminações derivadas da origem nacional dos beneficiários.

APLICAÇÃO E SEGUIMENTO

Art. 20 Os Estados Partes comprometem-se a respeitar os direitos fundamentais inscritos nesta Declaração e a promover sua aplicação em conformidade com a legislação e as práticas nacionais

e as convenções e acordos coletivos. Para tanto, recomendam instituir, como parte integrante desta Declaração, uma Comissão Sociolaboral, órgão tripartite, auxiliar do Grupo Mercado Comum, que terá caráter promocional e não sancionador, dotado de instâncias nacionais e regional, com o objetivo de fomentar e acompanhar a aplicação do instrumento. A Comissão Sociolaboral Regional manifestar-se-á por consenso dos três setores, e terá as seguintes atribuições e responsabilidades:

- a) examinar, comentar e encaminhar as memórias preparadas pelos Estados Partes, decorrentes dos compromissos desta Declaração;
- b) formular planos, programas de ação e recomendações tendentes a fomentar a aplicação e o cumprimento da Declaração;
- c) examinar observações e consultas sobre dificuldades e incorreções na aplicação e cumprimento dos dispositivos contidos na Declaração;
- d) examinar dúvidas sobre a aplicação dos termos da Declaração e propor esclarecimentos;
- e) elaborar análises e relatórios sobre a aplicação e o cumprimento da Declaração;
- f) examinar e instruir as propostas de modificação do texto da Declaração e lhes dar o encaminhamento pertinente.

As formas e mecanismos de encaminhamento dos assuntos acima listados serão definidos pela Comissão Sociolaboral Regional.

Art. 21 A Comissão Sociolaboral Regional deverá reunir-se ao menos uma vez ao ano para analisar as memórias oferecidas pelos Estados Partes e preparar relatório a ser encaminhado ao Grupo Mercado Comum.

Art. 22 A Comissão Sociolaboral Regional redigirá, por consenso e no prazo de seis meses, a contar da data de sua instituição, seu próprio regimento e o das comissões nacionais, devendo submetê-los ao Grupo Mercado Comum para aprovação.

Art. 23 Os Estados Partes deverão elaborar, por intermédio de seus Ministérios do Trabalho e em consulta às organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, memórias anuais, contendo:

- a) o relato das alterações ocorridas na legislação ou na prática nacional relacionadas à implementação dos enunciados desta Declaração; e
- b) o relato dos avanços realizados na promoção desta Declaração e das dificuldades enfrentadas em sua aplicação.

Art. 24 Os Estados Partes concordam que esta Declaração, tendo em vista seu caráter dinâmico e o avanço do processo de integração subregional, será objeto de revisão, decorridos dois anos de sua adoção, com base na experiência acumulada no curso de sua aplicação ou nas propostas e subsídios formulados pela Comissão Sociolaboral ou por outros agentes.

Art. 25 Os Estados Partes ressaltam que esta Declaração e seu mecanismo de seguimento não poderão ser invocados nem utilizados para outros fins que os neles previstos, vedada, em particular, sua aplicação a questões comerciais, econômicas e financeiras.

Feita na cidade do Rio de Janeiro, aos dez dias de dezembro de mil novecentos e noventa e oito, nas versões espanhola e portuguesa, de igual teor.

Carlos Saul Meném

Argentina

Fernando Henrique Cardoso

Brasil

Raul Alberto Cubas Grau

Paraguay

Julio Maria Sanguinetti

Uruguay

ANEXO D - CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

PREÂMBULO

Os povos da Europa, estabelecendo entre si uma união cada vez mais estreita, decidiram partilhar um futuro de paz, assente em valores comuns.

Consciente do seu património espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. Ao instituir a cidadania da União e ao criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, coloca o ser humano no cerne da sua acção.

A União contribui para a preservação e o desenvolvimento destes valores comuns, no respeito pela diversidade das culturas e das tradições dos povos da Europa, bem como da identidade nacional dos Estados-Membros e da organização dos seus poderes públicos aos níveis nacional, regional e local;

procura promover um desenvolvimento equilibrado e duradouro e assegura a livre circulação das pessoas, dos bens, dos serviços e dos capitais, bem como a liberdade de estabelecimento.

Para o efeito, é necessário, conferindo-lhes maior visibilidade por meio de uma Carta, reforçar a protecção dos direitos fundamentais, à luz da evolução da sociedade, do progresso social e da evolução científica e tecnológica.

A presente Carta reafirma, no respeito pelas atribuições e competências da Comunidade e da União e na observância do princípio da subsidiariedade, os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, do Tratado da União Europeia e dos Tratados comunitários, da Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela Comunidade e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

O gozo destes direitos implica responsabilidades e deveres, tanto para com as outras pessoas individualmente consideradas, como para com a comunidade humana e as gerações futuras.

Assim sendo, a União reconhece os direitos, liberdades e princípios a seguir enunciados.

CAPÍTULO I

DIGNIDADE

Artigo 1. Dignidade do ser humano

A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.

Artigo 2. Direito à vida

1. Todas as pessoas têm direito à vida.
2. Ninguém pode ser condenado à pena de morte, nem executado.

Artigo 3. Direito à integridade do ser humano

1. Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua integridade física e mental.
2. No domínio da medicina e da biologia, devem ser respeitados, designadamente:

Š o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei,

Š a proibição das práticas eugénicas, nomeadamente das que têm por finalidade a selecção das pessoas,

Š a proibição de transformar o corpo humano ou as suas partes, enquanto tais, numa fonte de lucro,

Š a proibição da clonagem reprodutiva dos seres humanos.

Artigo 4. Proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes

Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas desumanos ou degradantes.

Artigo 5. Proibição da escravidão e do trabalho forçado

1. Ninguém pode ser sujeito a escravidão nem a servidão.
2. Ninguém pode ser constrangido a realizar trabalho forçado ou obrigatório.
3. É proibido o tráfico de seres humanos.

CAPÍTULO II

LIBERDADES

Artigo 6. Direito à liberdade e à segurança

Todas as pessoas têm direito à liberdade e à segurança.

Artigo 7. Respeito pela vida privada e familiar

Todas as pessoas têm direito ao respeito pela sua vida privada e familiar, pelo seu domicílio e pelas suas comunicações.

Artigo 8. Protecção de dados pessoais

1. Todas as pessoas têm direito à protecção dos dados de carácter pessoal que lhes digam respeito.
2. Esses dados devem ser objecto de um tratamento leal, para fins específicos e com o consentimento da pessoa interessada ou com outro fundamento legítimo previsto por lei. Todas as pessoas têm o direito de aceder aos dados coligidos que lhes digam respeito e de obter a respectiva rectificação.
3. O cumprimento destas regras fica sujeito a fiscalização por parte de uma autoridade independente.

Artigo 9. Direito de contrair casamento e de constituir família

O direito de contrair casamento e o direito de constituir família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício.

Artigo 10. Liberdade de pensamento, de consciência e de religião

1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individual ou colectivamente, em público ou em privado, através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.
2. O direito à objecção de consciência é reconhecido pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício.

Artigo 11. Liberdade de expressão e de informação

1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras.
2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social.

Artigo 12. Liberdade de reunião e de associação

1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação a todos os níveis, nomeadamente nos domínios político, sindical e cívico, o que implica o direito de, com outrem, fundarem sindicatos e de neles se filiarem para a defesa dos seus interesses.
2. Os partidos políticos ao nível da União contribuem para a expressão da vontade política dos cidadãos da União.

Artigo 13. Liberdade das artes e das ciências

As artes e a investigação científica são livres. É respeitada a liberdade académica.

Artigo 14. Direito à educação

1. Todas as pessoas têm direito à educação, bem como ao acesso à formação profissional e contínua.
2. Este direito inclui a possibilidade de frequentar gratuitamente o ensino obrigatório.
3. São respeitados, segundo as legislações nacionais que regem o respectivo exercício, a liberdade de criação de estabelecimentos de ensino, no respeito pelos princípios democráticos, e o direito dos pais de assegurarem a educação e o ensino dos filhos de acordo com as suas convicções religiosas, filosóficas e pedagógicas.

Artigo 15. Liberdade profissional e direito de trabalhar

1. Todas as pessoas têm o direito de trabalhar e de exercer uma profissão livremente escolhida ou aceite.
2. Todos os cidadãos da União têm a liberdade de procurar emprego, de trabalhar, de se estabelecer ou de prestar serviços em qualquer Estado-Membro.

Os nacionais de países terceiros que sejam autorizados a trabalhar no território dos Estados-Membros têm direito a condições de trabalho equivalentes àquelas de que beneficiam os cidadãos da União.

Artigo 16. Liberdade de empresa

É reconhecida a liberdade de empresa, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.

Artigo 17. Direito de propriedade

1. Todas as pessoas têm o direito de fruir da propriedade dos seus bens legalmente adquiridos, de os utilizar, de dispor deles e de os transmitir em vida ou por morte. Ninguém pode ser privado da sua propriedade, excepto por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstos por lei e mediante justa indemnização pela respectiva perda, em tempo útil. A utilização dos bens pode ser regulamentada por lei na medida do necessário ao interesse geral.

2. É protegida a propriedade intelectual.

Artigo 18. Direito de asilo

É garantido o direito de asilo, no quadro da Convenção de Genebra de 28 de Julho de 1951 e do Protocolo de 31 de Janeiro de 1967, relativos ao estatuto dos refugiados, e nos termos do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

Artigo 19. Protecção em caso de afastamento, expulsão ou extradição

1. São proibidas as expulsões colectivas.
2. Ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes.

CAPÍTULO III

IGUALDADE

Artigo 20. Igualdade perante a lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei.

Artigo 21. Não discriminação

1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual.

2. No âmbito de aplicação do Tratado que institui a Comunidade Europeia e do Tratado da União Europeia, e sem prejuízo das disposições especiais destes Tratados, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade.

Artigo 22. Diversidade cultural, religiosa e linguística

A União respeita a diversidade cultural, religiosa e linguística.

Artigo 23. Igualdade entre homens e mulheres

Deve ser garantida a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios, incluindo em matéria de emprego, trabalho e remuneração.

O princípio da igualdade não obsta a que se mantenham ou adoptem medidas que prevejam regalias específicas a favor do sexo sub-representado.

Artigo 24. Direitos das crianças

1. As crianças têm direito à protecção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar. Podem exprimir livremente a sua opinião, que será tomada em consideração nos assuntos que lhes digam respeito, em função da sua idade e maturidade.

2. Todos os actos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas, quer por instituições privadas, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança.

Todas as crianças têm o direito de manter regularmente relações pessoais e contactos directos com ambos os progenitores, excepto se isso for contrário aos seus interesses.

Artigo 25. Direitos das pessoas idosas

A União reconhece e respeita o direito das pessoas idosas a uma existência condigna e independente e à sua participação na vida social e cultural.

Artigo 26. Integração das pessoas com deficiência

A União reconhece e respeita o direito das pessoas com deficiência a beneficiarem de medidas destinadas a assegurar a sua autonomia, a sua integração social e profissional e a sua participação na vida da comunidade.

CAPÍTULO IV

SOLIDARIEDADE

Artigo 27. Direito à informação e à consulta dos trabalhadores na empresa

Deve ser garantida aos níveis apropriados, aos trabalhadores ou aos seus representantes, a informação e consulta, em tempo útil, nos casos e nas condições previstos pelo direito comunitário e pelas legislações e práticas nacionais.

Artigo 28. Direito de negociação e de acção colectiva

Os trabalhadores e as entidades patronais, ou as respectivas organizações, têm, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais, o direito de negociar e de celebrar convenções colectivas, aos níveis apropriados, bem como de recorrer, em caso de conflito de interesses, a acções colectivas para a defesa dos seus interesses, incluindo a greve.

Artigo 29. oDireito de acesso aos serviços de emprego

Todas as pessoas têm direito de acesso gratuito a um serviço de emprego.

Artigo 30. Protecção em caso de despedimento sem justa causa

Todos os trabalhadores têm direito a protecção contra os despedimentos sem justa causa, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.

Artigo 31. Condições de trabalho justas e equitativas

1. Todos os trabalhadores têm direito a condições de trabalho saudáveis, seguras e dignas.
2. Todos os trabalhadores têm direito a uma limitação da duração máxima do trabalho e a períodos de descanso diário e semanal, bem como a um período anual de férias pagas.

Artigo 32 Proibição do trabalho infantil e protecção dos jovens no trabalho

É proibido o trabalho infantil. A idade mínima de admissão ao trabalho não pode ser inferior à idade em que cessa a escolaridade obrigatória, sem prejuízo de disposições mais favoráveis aos jovens e salvo derrogações bem delimitadas.

Os jovens admitidos ao trabalho devem beneficiar de condições de trabalho adaptadas à sua idade e de uma protecção contra a exploração económica e contra todas as actividades susceptíveis de prejudicar a sua segurança, saúde ou desenvolvimento físico, mental, moral ou social ou ainda de pôr em causa a sua educação.

Artigo 33. Vida familiar e vida profissional

1. É assegurada a protecção da família nos planos jurídico, económico e social.
2. A fim de poderem conciliar a vida familiar e a vida profissional, todas as pessoas têm direito a protecção contra o despedimento por motivos ligados à maternidade, bem como a uma licença por maternidade paga e a uma licença parental pelo nascimento ou adopção de um filho.

Artigo 34. Segurança social e assistência social

1. A União reconhece e respeita o direito de acesso às prestações de segurança social e aos serviços sociais que concedem protecção em casos como a maternidade, doença, acidentes de trabalho, dependência ou velhice, bem como em caso de perda de emprego, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.
2. Todas as pessoas que residam e que se desloquem legalmente no interior da União têm direito às prestações de segurança social e às regalias sociais nos termos do direito comunitário e das legislações e práticas nacionais.
3. A fim de lutar contra a exclusão social e a pobreza, a União reconhece e respeita o direito a uma assistência social e a uma ajuda à habitação destinadas a assegurar uma existência condigna a todos aqueles que não disponham de recursos suficientes, de acordo com o direito comunitário e as legislações e práticas nacionais.

Artigo 35. Protecção da saúde

Todas as pessoas têm o direito de aceder à prevenção em matéria de saúde e de beneficiar de cuidados médicos, de acordo com as legislações e práticas nacionais. Na definição e execução de todas as políticas e acções da União, será assegurado um elevado nível de protecção da saúde humana.

Artigo 36. Acesso a serviços de interesse económico geral

A União reconhece e respeita o acesso a serviços de interesse económico geral tal como previsto nas legislações e práticas nacionais, de acordo com o Tratado que institui a Comunidade Europeia, a fim de promover a coesão social e territorial da União.

Artigo 37. Protecção do ambiente

Todas as políticas da União devem integrar um elevado nível de protecção do ambiente e a melhoria da sua qualidade, e assegurá-los de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável.

Artigo 38. Defesa dos consumidores

As políticas da União devem assegurar um elevado nível de defesa dos consumidores.

CAPÍTULO V

CIDADANIA

Artigo 39. Direito de eleger e de ser eleito nas eleições para o Parlamento Europeu

1. Todos os cidadãos da União gozam do direito de eleger e de ser eleitos para o Parlamento Europeu no Estado-Membro de residência, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado.
2. Os membros do Parlamento Europeu são eleitos por sufrágio universal directo, livre e secreto.

Artigo 40. Direito de eleger e de ser eleito nas eleições municipais

Todos os cidadãos da União gozam do direito de eleger e de ser eleitos nas eleições municipais do Estado-Membro de residência, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado.

Artigo 41. Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente:

Š o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente,

Š o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial,

Š a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.

Artigo 42. Direito de acesso aos documentos

Qualquer cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede social num Estado-Membro, tem direito de acesso aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão.

Artigo 43. Provedor de Justiça

Qualquer cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede social num Estado-Membro, tem o direito de apresentar petições ao Provedor de Justiça da União, respeitantes a casos de má administração na actuação das instituições ou

órgãos comunitários, com excepção do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância no exercício das respectivas funções jurisdicionais.

Artigo 44. Direito de petição

Qualquer cidadão da União, bem como qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede social num Estado-Membro, goza do direito de petição ao Parlamento Europeu.

Artigo 45. Liberdade de circulação e de permanência

1. Qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros.

2. Pode ser concedida a liberdade de circulação e de permanência, de acordo com as disposições do Tratado que institui a Comunidade Europeia, aos nacionais de países terceiros que residam legalmente no território de um Estado-Membro.

Artigo 46. Protecção diplomática e consular

Todos os cidadãos da União beneficiam, no território de países terceiros em que o Estado-Membro de que são nacionais não se encontre representado, de protecção por parte das autoridades diplomáticas e consulares de qualquer Estado-Membro, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado.

CAPÍTULO VI

JUSTIÇA

Artigo 47. Direito à acção e a um tribunal imparcial

Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal.

Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.

É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efectividade do acesso à justiça.

Artigo 48. Presunção de inocência e direitos de defesa

1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa.

2. É garantido a todo o arguido o respeito dos direitos de defesa.

Artigo 49. Princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas

1. Ninguém pode ser condenado por uma acção ou por uma omissão que no momento da sua prática não constituía infracção perante o direito nacional ou o direito internacional. Do mesmo modo, não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infracção foi praticada. Se, posteriormente à infracção, a lei previr uma pena mais leve, deve ser essa a pena aplicada.

2. O presente artigo não prejudica a sentença ou a pena a que tenha sido condenada uma pessoa por uma acção ou por uma omissão que no momento da sua prática constituía crime segundo os princípios gerais reconhecidos por todas as nações.

3. As penas não devem ser desproporcionadas em relação à infracção.

Artigo 50. Direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito Ninguém pode ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual já tenha sido absolvido ou pelo qual já tenha sido condenado na União por sentença transitada em julgado, nos termos da lei.

CAPÍTULO VII

DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 51. Âmbito de aplicação

1. As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições e órgãos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respectivas competências.

2. A presente Carta não cria quaisquer novas atribuições ou competências para a Comunidade ou para a União, nem modifica as atribuições e competências definidas nos Tratados.

Artigo 52. Âmbito dos direitos garantidos

1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros.

2. Os direitos reconhecidos pela presente Carta, que se baseiem nos Tratados comunitários ou no Tratado da União Europeia, são exercidos de acordo com as condições e limites por estes definidos.

3. Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma protecção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma protecção mais ampla.

Artigo 53. Nível de protecção

Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de restringir ou lesar os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos, nos respectivos âmbitos de aplicação, pelo direito da União, o direito internacional e as convenções internacionais em que são partes a União, a Comunidade ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros.

Artigo 54. Proibição do abuso de direito

Nenhuma disposição da presente Carta deve ser interpretada no sentido de implicar qualquer direito de exercer actividades ou praticar actos que visem a destruição dos direitos ou liberdades por ela reconhecidos, ou restrições maiores desses direitos e liberdades que as previstas na presente Carta.

ANEXO E - LIVRO VERDE DA COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

Bruxelas, 22.11.2006

COM(2006) 708 final

LIVRO VERDE

Modernizar o direito do trabalho para enfrentar os desafios do século XXI

1. INTRODUÇÃO - OBJECTIVOS DO PRESENTE LIVRO VERDE

Através do presente Livro Verde pretende-se lançar um debate público na UE, a fim de perspectivar a evolução do direito do trabalho no sentido do objectivo da estratégia de Lisboa de crescimento sustentável com mais e melhores empregos. A modernização do direito do trabalho constitui um factor-chave do sucesso da adaptabilidade dos trabalhadores e das empresas. Este objectivo deve ser prosseguido à luz dos objectivos da Comunidade, de pleno emprego, produtividade laboral e coesão social. É conforme com os pedidos feitos pelo Conselho Europeu para a mobilização de todos os recursos relevantes a níveis nacional e comunitário, para promover uma mão-de-obra competente, formada e adaptável e mercados de trabalho que dêem resposta aos desafios gerados pelo impacto combinado da globalização e do envelhecimento demográfico das sociedades europeias. Como sublinha o relatório intercalar anual de 2006 sobre o crescimento e o emprego da Comissão Europeia: «A melhoria da capacidade de resposta dos mercados de trabalho europeus é essencial para promover a actividade económica e aumentar a produtividade» .

Os mercados do trabalho europeus devem enfrentar o desafio da articulação de uma maior flexibilidade com a necessidade de maximizar a segurança para todos . A procura da flexibilidade no mercado de trabalho conduziu a uma diversidade crescente das formas dos contratos de trabalho, que podem divergir significativamente do modelo clássico de contrato , não só em termos de segurança do emprego e da remuneração, como no que respeita à relativa estabilidade das condições de trabalho e de vida que lhe são inerentes.

Em 2003, o relatório ao Conselho Europeu do Grupo de Missão sobre o Emprego, presidido por Wim Kok, perspectivou a possível emergência de um mercado de trabalho a duas velocidades, constituído por trabalhadores com um emprego permanente, os «insiders», e os «outsiders» nos quais se incluem desempregados, pessoas afastadas do mercado do trabalho e aquelas que se encontrem em situações de emprego precárias e informais . Esta última categoria integra uma «zona cinzenta», que admite a redução considerável de direitos fundamentais em matéria de emprego e protecção social, dando origem a uma situação de insegurança quanto às perspectivas de emprego futuras e que afecta ainda escolhas cruciais ao nível da vida privada (por exemplo, o acesso a habitação, a constituição de família, etc.). O recurso a outras formas de emprego pode desenvolver-se se não existirem medidas destinadas a adaptar o contrato de trabalho clássico a uma maior flexibilidade tanto dos trabalhadores como das empresas. Para este efeito, o Grupo de Missão instou os Estados-Membros a avaliar o grau de flexibilidade previsto nos contratos clássicos, e, se necessário, proceder à sua alteração, no que diz respeito aos prazos de pré-aviso, custos e procedimento aplicáveis ao

despedimento individual ou colectivo, ou ainda no que se refere à definição do despedimento sem justa causa .

As Orientações Integradas para o Crescimento e o Emprego sublinham a necessidade de adaptar a legislação em matéria de trabalho e emprego em ordem a promover a flexibilidade em articulação com a segurança do emprego e a reduzir a segmentação do mercado de trabalho. O diálogo social desempenha igualmente um papel crucial na procura de soluções colectivas e/ou a nível das empresas, a fim de que tanto os «insiders» como os «outsiders», transitem com êxito entre as diferentes situações profissionais, permitindo simultaneamente que as empresas possam responder de maneira mais flexível às necessidades de uma economia orientada para a inovação e a alterações ao panorama concorrencial introduzidas por reestruturações.

A dimensão política da «flexigurança» inclui a aprendizagem ao longo da vida, para que os indivíduos possam responder às necessidades de pedidas; políticas activas do mercado do trabalho, que incentivem os desempregados ou os inactivos a procurar novas oportunidades de emprego; e regras mais flexíveis no domínio da segurança social, para responder às necessidades daqueles que mudam de emprego ou abandonam temporariamente o mercado do trabalho.

O presente Livro Verde reflecte sobre o papel que poderia desempenhar o direito do trabalho na promoção da «flexigurança», na óptica de um mercado de trabalho mais justo, mais reactivo e mais inclusivo e que contribua para uma Europa mais competitiva . Procura:

- identificar os principais desafios ainda sem resposta adequada e que constituem o reflexo de um nítido défice entre os quadros jurídicos e contratuais vigentes, por um lado, e as realidades do mundo do trabalho, por outro. centrar-se principalmente nas questões atinentes ao âmbito de aplicação pessoal do direito do trabalho e não naquelas que dizem respeito a matérias de direito colectivo do trabalho.
- fazer participar os governos dos Estados-Membros, os parceiros sociais e as outras partes interessadas num debate aberto, destinado a reflectir sobre como pode o direito do trabalho contribuir para promover a flexibilidade em articulação com a segurança do emprego, independentemente da forma do contrato de trabalho e, por conseguinte, contribuir, em última análise, para a criação de emprego e para a redução do desemprego.
- estimular o debate sobre a possibilidade de diferentes tipos de relações contratuais, bem como de direitos na esfera laboral aplicáveis a todos os trabalhadores, poderem favorecer a criação de empregos e beneficiar tanto trabalhadores como empresas, facilitando as transições no mercado do trabalho, apoiando a aprendizagem ao longo da vida e desenvolvendo a criatividade de toda a mão de obra.
- contribuir para o objectivo «Legislar melhor», incentivando a modernização do direito do trabalho, tendo em atenção os benefícios e custos globais em causa, de modo a permitir que trabalhadores e empresas possam compreender melhor os seus direitos e as suas obrigações. Devem ser tidos em conta os problemas que especialmente as PME enfrentam para suportar os custos administrativos resultantes da legislação tanto comunitária como nacional.

Será lançada uma consulta pública sobre as questões suscitadas pelo Livro Verde durante um período de quatro meses . Na sequência desta consulta pública, as principais questões e opções políticas identificadas nas respostas dos Estados-Membros, dos parceiros sociais e outras partes interessadas serão analisadas, em 2007, no âmbito de uma comunicação de seguimento da Comissão. Esta comunicação inscreve-se no contexto de uma série de iniciativas que a Comissão está a desenvolver, em colaboração com os Estados Membros, no que diz respeito à questão mais ampla da flexigurança. De salientar a apresentação de uma comunicação da Comissão sobre flexigurança, em Junho de 2007, onde serão expostos

argumentos em favor da flexigurança e estabelecidos princípios comuns até 2007 para ajudar os Estados Membros a intensificar esforços de reforma.

2. DIREITO DO TRABALHO NA UNIÃO EUROPEIA - A SITUAÇÃO ACTUAL

a) Evolução nos Estados-Membros

A finalidade inicial do direito do trabalho era paliar as desigualdades económicas e sociais inerentes à relação de trabalho e emprego. Desde o início, o direito do trabalho preocupou-se em definir a situação no emprego como o factor chave na consagração dos vários tipos de direitos. Este modelo tradicional reflecte vários pressupostos fundamentais em relação a esta situação, nomeadamente: i) emprego permanente, a tempo inteiro; ii) relações de trabalho e emprego regidas pelo direito do trabalho, com base num contrato de trabalho; e iii) existência de uma entidade empregadora única, responsável pelo cumprimento das obrigações impostas aos empregadores. Deve recordar-se a este respeito, serem muito diferentes as tradições dos Estados-Membros no que diz respeito à redacção e aplicação da legislação do trabalho e das políticas de emprego.

A celeridade do progresso tecnológico, a intensificação da concorrência como resultado da globalização, a evolução da procura dos consumidores e o significativo crescimento do sector dos serviços sublinham a necessidade de aumentar a flexibilidade. A emergência da gestão Jus-in-time, a diminuição do horizonte de investimento para as empresas, a difusão de tecnologias de informação e de comunicação, assim como a mudança cada vez mais célere da procura, conduziram as empresas a organizar-se de maneira mais flexível. A situação em apreço é reflectida nas variações relativas à organização e ao horário de trabalho, aos salários e ao número trabalhadores empregues nas diferentes fases do ciclo de produção. Estas mudanças determinaram a procura de uma maior diversidade de contratos trabalho, independentemente do facto de estes estarem explicitamente previstos pela legislação da UE e pela legislação nacional.

Mas, o modelo tradicional da relação de trabalho e emprego pode não estar adaptado a todos os trabalhadores com contratos de trabalho sem termo tradicionais, que devem enfrentar as mudanças e as oportunidades que a globalização oferece. Condições de trabalho e de emprego demasiado protectoras podem desencorajar os empregadores de recrutar durante períodos de retoma económica. A existência de modelos alternativos de relações contratuais pode reforçar a capacidade das empresas para dinamizar a criatividade de toda a sua mão-de-obra e desenvolver, deste modo, maiores vantagens competitivas.

As reformas da legislação nacional relativa à protecção do emprego, que tiveram lugar desde o início dos anos 90, visaram a flexibilização das regras vigentes em ordem a favorecer a diversidade contratual. O objectivo destas reformas era desenvolver uma flexibilidade «marginal», ou seja, instaurar formas de emprego mais flexíveis com menor protecção contra despedimentos, a fim de facilitar o acesso de recém-chegados e de candidatos a emprego oriundos de grupos desfavorecidos e permitir-lhes uma maior escolha relativamente ao seu emprego. Os mercados do trabalho tornaram-se conseqüentemente cada vez mais segmentados.

A evolução do diálogo social aos níveis nacional, sectorial e empresarial, que aponta para a introdução de novas formas de flexibilidade interna, mostra igualmente que as regras aplicáveis ao local de trabalho podem ser adaptadas às novas realidades económicas. A evolução da relação entre a lei e as convenções colectivas reflecte-se na aplicação destas convenções a novas problemáticas (reestruturações, competitividade, acesso à formação, por exemplo) e a novas categorias de trabalhadores (como os trabalhadores temporários). As convenções colectivas já não se limitam a desempenhar um papel auxiliar na complementação de condições de trabalho previamente definidas por lei. Hoje, são instrumentos importantes, que servem para adaptar os princípios legais a situações económicas concretas e circunstâncias particulares de sectores específicos.

b) Acção ao nível da UE

Ao nível da UE, foi lançada uma série de medidas legislativas e políticas, assim como vários estudos analíticos, a fim de determinar como combinar novas formas de trabalho mais flexíveis com um mínimo de direitos sociais para todos os trabalhadores.

A melhoria das condições de vida e de trabalho no que respeita aos contratos a termo, ao trabalho a tempo parcial, ao trabalho temporário e ao trabalho sazonal foi inicialmente sublinhada pela Carta Social de 1989 e posteriormente pelo programa de acção social da Comissão . Após um período de vivos debates sobre a oportunidade de serem tomadas iniciativas ao nível comunitário ligadas a este tipo de relações de trabalho, foram adoptadas as directivas sobre o trabalho a tempo parcial e o trabalho a termo , diplomas que tornaram vinculativos os acordos-quadro dos parceiros sociais europeus, onde se consagra o princípio da igualdade de tratamento entre os trabalhadores com contratos de trabalho a tempo parcial, a termo e a tempo inteiro.

Em 2000, a Comissão lançou uma primeira fase de consulta dos parceiros sociais sobre a modernização das relações de trabalho, que conduziu, em 2002, à adopção do acordo-quadro sobre teletrabalho . No mesmo ano, a Comissão adoptou uma proposta de directiva sobre normas mínimas relativas às condições de trabalho dos trabalhadores temporários , em relação à qual o Conselho, até à data, ainda não conseguiu adoptar posição comum.

Foram publicados estudos exaustivos sobre a evolução do direito do trabalho na UE 15 de 1992 a 2003 . Os resultados destes estudos foram apresentados na conferência Labour Law in Europe: Steps towards 2010, organizada pela Presidência Neerlandesa em 2004, com o apoio da Comissão . Actualmente, estão a ser realizados outros estudos por país, de maneira a cobrir a evolução do direito do trabalho na UE-25, bem como na Bulgária e na Roménia.

A protecção das condições de trabalho e a melhoria da qualidade do trabalho nos Estados Membros depende essencialmente da legislação nacional e da eficácia da aplicação e do controlo do cumprimento das medidas ao nível nacional. Ao nível da UE, o acervo social apoia e completa a acção dos Estados-Membros nesta esfera.

A Comissão Europeia serve também de catalisador para apoiar a acção dos Estados-Membros e dos parceiros sociais, com o propósito de reforçar os objectivos de Lisboa de crescimento e emprego, através do apoio que presta a uma série de instrumentos políticos, como o diálogo social europeu e algumas medidas financeiras, o Fundo Social Europeu, Progress e a proposta de criação de um Fundo Europeu de Ajustamento à Globalização, por exemplo. A coordenação das políticas do emprego no âmbito da parceria para o crescimento e o emprego e os métodos abertos de coordenação no contexto da inclusão social permitem igualmente garantir a plena mobilidade dos trabalhadores na Europa no âmbito dos Tratados. Estes métodos combinam objectivos concretos e objectivos políticos ao nível comunitário, que se traduzem em planos nacionais, a utilização de avaliação comparativa e de indicadores para medir os progressos alcançados, bem como o intercâmbio de experiências e a avaliação inter-pares, que possibilitam tirar ensinamentos das boas práticas registadas.

3. O PRINCIPAL DESAFIO POLÍTICO – UM MERCADO DO TRABALHO FLEXÍVEL E INCLUSIVO

O facto de não se ter verificado uma adaptação mais circunstanciada do direito do trabalho e das convenções colectivas à rápida evolução da organização do trabalho e da sociedade conduziu a uma proliferação de diferentes formas contratuais. Se as empresas utilizam estes contratos atípicos é porque procuram continuar a ser competitivas numa economia globalizada, evitando nomeadamente os custos inerentes ao cumprimento das regras relativas à protecção do emprego e dos prazos de pré-aviso e ao pagamento das correspondentes contribuições para a segurança social. Os encargos administrativos ligados ao emprego de trabalhadores numa base regular influenciaram igualmente de forma relevante a criação de empregos, designadamente nas pequenas empresas . Os contratos atípicos e os contratos

clássicos flexíveis permitiram às empresas adaptar-se rapidamente à evolução das escolhas dos consumidores e ao progresso tecnológico, bem como a novas oportunidades para atrair e reter uma mão de obra mais diversificada, graças a uma melhor adequação entre a oferta e a procura de mão-de-obra. Por outro lado, os trabalhadores dispõem de um maior leque de opções, especialmente no que respeita ao horário de trabalho, oportunidades de carreira, melhor equilíbrio entre vida profissional, vida familiar e formação, assim como uma maior responsabilidade individual.

Os contratos a termo, contratos a tempo parcial, contratos pontuais, contratos «zero horas», contratos propostos a trabalhadores recrutados através de empresas de trabalho temporário, contratos de trabalho freelance, etc. fazem, hoje, parte integrante das características dos mercados do trabalho europeus. A percentagem do emprego total representada pelos trabalhadores recrutados através de contratos diferentes do modelo contratual clássico e os que têm o estatuto de trabalhadores por conta própria passou de mais de 36%, em 2001, para cerca de 40% dos trabalhadores da UE 25, em 2005. Nos últimos 15 anos, a percentagem do trabalho a tempo parcial relativamente ao emprego total passou de 13% para 18%. Desde 2000, representa uma contribuição mais significativa (cerca de 60%) para a criação de emprego do que o emprego a tempo inteiro clássico. O trabalho a tempo parcial continua a caracterizar principalmente o trabalho feminino, referindo-se a quase um terço das mulheres empregadas, em comparação com apenas 7% dos homens. O trabalho a termo passou de 12%, em 1998, para mais de 14% do emprego total na UE-25, em 2005. Ao contrário do trabalho a tempo parcial, no trabalho a termo não se constatam diferenças significativas entre homens e mulheres. Tendo em conta a participação crescente nestas formas de contratos, poderá ser necessário analisar o nível de flexibilidade previsto nos contratos clássicos, a fim de aumentar a sua capacidade para facilitar o recrutamento, a manutenção no emprego e a progressão no mercado de trabalho.

O trabalho por conta própria também constitui um meio para responder às necessidades de reestruturação, reduzir os custos directos ou indirectos da mão-de-obra e gerir os recursos de forma mais flexível em situações económicas imprevistas. Traduz ainda a preferência por um modelo empresarial orientado para a prestação de serviços, que realizam projectos completos para os seus clientes. Em muitos casos, reflecte uma escolha livre de trabalhar por conta própria, embora o nível de protecção social seja menor, em troca de um controlo mais directo sobre as condições de emprego e de remuneração. Em 2005, os trabalhadores por conta própria ascendiam a mais de 31 milhões na UE-25, ou seja, 15% da mão-de-obra total. Aqueles que trabalham por conta própria sem empregados constituem 10% do total da mão de obra da UE-25. Apesar de continuar a ser na agricultura e no comércio a retalho que se encontra a maior percentagem de pessoas nesta categoria, esta forma de trabalho está cada vez mais presente nos sectores da construção e dos serviços às pessoas, que recorrem à externalização, à subcontratação e ao trabalho no âmbito de projectos.

No entanto, constata-se que a diversificação dos tipos de contratos pode ter alguns efeitos perniciosos. Corre-se o risco de ver uma parte dos trabalhadores ser apanhada numa sucessão de empregos de curta duração e de baixa qualidade, com uma protecção social insuficiente, que os colocam numa situação vulnerável. Contudo, estes empregos podem servir de trampolim, permitindo a algumas pessoas, muitas vezes aquelas com especiais dificuldades, a integração no mercado de trabalho.

Os dados relativos à UE 15 mostram que cerca de 60% das pessoas com contratos atípicos em 1997 dispunham de contratos clássicos em 2003. No entanto, 16% destas pessoas continuaram na mesma situação e 20% abandonaram o mercado do trabalho. O risco de se estar numa posição de fraqueza no mercado do trabalho está igualmente ligado a uma significativa dimensão de género e de geração, dado que as mulheres, as pessoas mais velhas e os jovens recrutados através de contratos atípicos têm menos possibilidades de melhorar a sua situação

no mercado de trabalho . Deve, contudo, ser tido em conta o facto de os Estados-Membros registarem taxas de transição muito diferentes.

O recente relatório sobre o emprego na Europa, 2006 , constata que legislação em matéria de protecção do emprego, demasiado restritiva, tende a reduzir o dinamismo do mercado do trabalho, agravando as perspectivas de emprego das mulheres, dos jovens e dos trabalhadores mais velhos(idosos). Este relatório sublinha que uma desregulamentação «marginal», que mantenha praticamente intactas regras rigorosas aplicáveis aos contratos clássicos, tende a favorecer a segmentação dos mercados do trabalho e influencia negativamente a produtividade. Sublinha igualmente que os trabalhadores se sentem mais protegidos por um regime de prestações em caso de desemprego do que por legislação em matéria de protecção de emprego. A melhor garantia contra os riscos ligados ao mercado do trabalho parece resultar de regimes de prestações de desemprego bem concebidos em articulação com políticas laborais activas.

No contexto da globalização, da reestruturação em curso e da transição para uma economia do conhecimento, os mercados laborais europeus devem ser simultaneamente mais inclusivos e mais reactivos à inovação e à mudança. Os trabalhadores potencialmente vulneráveis devem ter a possibilidade de progredir para melhorar a sua mobilidade e conseguir transições com êxito no mercado do trabalho. Os quadros jurídicos em que se baseia a relação de trabalho tradicional podem não garantir suficiente margem de manobra nem incentivo aos trabalhadores contratados através de contratos sem termo clássicos para explorar oportunidades de maior flexibilidade no trabalho. A boa gestão da inovação e da mudança implica que os mercados do trabalho tomem em consideração três aspectos principais: flexibilidade, segurança no emprego e segmentação. O presente Livro Verde tem por objectivo estimular o debate sobre a eventual necessidade de um quadro jurídico mais reactivo, destinado a reforçar a capacidade dos trabalhadores na antecipação e gestão das mudanças, independentemente do seu tipo de contrato sem termo ou a termo atípico.

Perguntas

1. Quais são as prioridades de um programa construtivo de reforma do direito do trabalho?
2. Pode a adaptação do direito do trabalho e das convenções colectivas contribuir para melhorar a flexibilidade e a segurança no emprego e para reduzir a segmentação do mercado do trabalho? Se sim, como?
3. O quadro normativo vigente, sob a forma de leis e/ou convenções colectivas, impede ou estimula as empresas e os trabalhadores que procuram tirar proveito das oportunidades a aumentar a produtividade e a adaptar-se às novas tecnologias e às mudanças ligadas à concorrência internacional? Como pode ser melhorada a qualidade da legislação relativa às PME, preservando se simultaneamente os seus objectivos?
4. Como poderia ser facilitado o recrutamento através de contratos sem termo e temporários, através de lei ou de convenções colectivas, de modo a permitir aumentar a flexibilidade destes contratos e garantir, ao mesmo tempo, um nível suficiente de segurança no emprego e de protecção social?

4. MODERNIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO: QUESTÕES PARA DEBATE

a) Transições profissionais

Na maior parte dos Estados Membros, as leis do trabalho e da segurança social foram concebidas para garantir a protecção dos trabalhadores por conta de outrem em determinados empregos. Podem não ser suficientes para ajudar os trabalhadores a transitar de uma situação para outra, tanto no caso de interrupções do trabalho de carácter não voluntário (despedimento e desemprego, por exemplo) como naquelas que tenham carácter voluntário (licenças de formação, responsabilidades familiares, interrupções de carreira e licenças parentais, por exemplo). Os problemas das mulheres, representadas de maneira desproporcionada nestas

novas formas de trabalho e que continuam a ser confrontadas com obstáculos para aceder à integralidade dos direitos e das prestações sociais, devem igualmente ser resolvidos.

As possibilidades para entrar no mercado do trabalho, de nele permanecer e progredir variam consideravelmente, dado o significativo impacto da legislação relativa à protecção do emprego e em matéria contratual a nível nacional nas transições entre situações profissionais, em especial no que diz respeito aos desempregados de longa duração e aos «outsiders» com empregos precários. Entre as medidas da legislação laboral destinadas a facilitar as transições profissionais fruto do diálogo social a nível nacional, figuram a Lei neerlandesa sobre flexibilidade e segurança de 1999, a Lei austríaca sobre as indemnizações por despedimento (Abfertigungsrecht), de 2002, e o Decreto espanhol de Junho de 2006, que permite a conversão de contratos a termo em contratos sem termo com indemnizações por despedimento reduzidas. A reforma austríaca representa um exemplo interessante de evolução radical de um sistema baseado na relação de trabalho tradicional entre um trabalhador e uma empresa para um sistema mais global que se baseia num fundo de gestão de contas de poupança individuais a nível nacional. Foi suprimida a ligação entre o despedimento efectuado por um empregador e o pagamento de uma indemnização única de despedimento. As novas regras permitem aos trabalhadores deixar um emprego quando encontrem outro, em vez de permanecerem no primeiro com receio de perder o pagamento da indemnização de despedimento. A reforma permitiu afastar a ameaça que podia constituir para a sobrevivência de uma empresa o facto de bruscamente ter de suportar o custo de despedimentos, uma vez que a contribuição de um empregador para o fundo de gestão das contas de poupança individuais pode ser estendida ao longo do tempo. Do ponto de vista do trabalhador, este novo sistema reduz o custo da mobilidade profissional, na medida em que os trabalhadores deixam de perder a integralidade do direito a indemnizações por despedimento se encontrarem um novo emprego.

Com a adopção de uma abordagem do trabalho numa perspectiva de ciclo de vida o relevo que a preocupação de proteger determinados empregos assumia passa a ser protagonizado pela necessidade de criação de um quadro de apoio que garanta a segurança no emprego, incluindo uma ajuda social e medidas activas de apoio aos trabalhadores durante os períodos de transição. Foi o que conseguiu a Dinamarca ao conjugar legislação de protecção do emprego «simplificada», intensificação de medidas laborais activas, investimento significativo na formação e prestações de desemprego mais elevadas dependentes do cumprimento de condições rigorosas.

Pergunta

5. Seria útil a conjugação de uma legislação em matéria de protecção do emprego mais flexível e de um auxílio aos desempregados mais estruturado, ambos sob a forma de compensação de rendimento (ou seja, políticas de mercado de trabalho passivas) mas também de políticas do mercado de trabalho activas?

6. Que papel poderiam desempenhar a lei e/ou as convenções colectivas negociadas entre os parceiros sociais na promoção do acesso à formação e a transições entre formas contratuais diferentes, a fim de apoiar a mobilidade ascendente ao longo de uma vida profissional plenamente activa?

b) Incerteza jurídica

O aparecimento de diferentes formas de trabalho atípico esbateu as fronteiras entre o direito do trabalho e o direito comercial. A distinção binária tradicional entre «trabalhador por conta de outrem» e «trabalhador por conta própria» deixou de reflectir fielmente a realidade económica e social do trabalho. Podem ocorrer diferendos a propósito da natureza jurídica de uma relação de trabalho dissimulada ou quando surjam verdadeiras dificuldades em articular modalidades de trabalho novas e dinâmicas com o quadro tradicional da relação de trabalho.

Fala-se em trabalho dissimulado no caso de um trabalhador por conta de outrem classificado noutra categoria, com o objectivo de ocultar o seu verdadeiro estatuto jurídico e de evitar certos custos, como os impostos e as contribuições para a segurança social. Esta prática ilegal pode ser o resultado de uma utilização inadequada de disposições do direito civil ou comercial.

As medidas adoptadas a nível nacional para combater o fenómeno do trabalho dissimulado, frequentemente elaboradas conjuntamente com os parceiros sociais, podem ir da introdução de presunções legais não ilidíveis até um melhor controlo da aplicação da legislação, e incluem igualmente campanhas orientadas e iniciativas especialmente centradas sobre a informação e a sensibilização. Devido ao facto de o estatuto de trabalhador por conta própria não estar claramente definido pelas disposições nacionais de carácter legal e administrativo, algumas pessoas, que pensam ser trabalhadores por conta própria, podem ser considerados trabalhadores por conta de outrem pelas administrações fiscais ou de segurança social. Este facto pode gerar uma obrigação para o trabalhador por conta própria/por conta de outrem e para o seu principal cliente/empregador de pagamento de contribuições suplementares para a segurança social. A Comissão sublinhou que o problema das pessoas que se fazem passar por trabalhadores por conta própria com o intuito de contornar a legislação nacional deve ser tratado principalmente pelos Estados-Membros.

O conceito de «trabalho economicamente dependente» abrange situações que se situam entre as duas noções já consagradas de emprego por conta de outrem e emprego por conta própria. Esta categoria de trabalhadores não possui um contrato de trabalho. Não podem ser abrangidos pelo direito do trabalho, pois fazem parte da «zona cinzenta» entre o direito do trabalho e o direito comercial. Embora formalmente sejam «trabalhadores por conta própria», continuam a ser economicamente dependentes de um só comitente ou cliente/empregador quanto à origem dos seus rendimentos. Este fenómeno deveria ser distinguido claramente da utilização deliberadamente falsa da qualificação de trabalho por conta própria. Alguns Estados-Membros já adoptaram medidas legislativas para proteger a situação dos trabalhadores por conta própria economicamente dependentes e vulneráveis.

Embora estas abordagens sejam, de algum modo, provisórias e parciais, reflectem, no entanto, os esforços empreendidos pelos legisladores, os tribunais e os parceiros sociais para resolver os problemas que se colocam neste domínio complexo. A «abordagem orientada» do Reino Unido, que introduz no direito do trabalho e emprego diferentes direitos e obrigações no que se refere aos «trabalhadores por conta de outrem» (employees) e aos «trabalhadores» (workers), constitui um exemplo da maneira como são conferidos direitos mínimos a certas categorias de trabalhadores vulneráveis, parte em relações de trabalho complexas, sem que haja um alargamento a todos os direitos do trabalho resultantes dos contratos de trabalho clássicos. Os direitos em matéria de não discriminação, a protecção da saúde e da segurança, as garantias de salário mínimo, assim como a protecção dos direitos de negociação colectiva, foram alargados selectivamente aos trabalhadores economicamente dependentes em vários Estados-Membros. Outros direitos, nomeadamente em matéria de pré-avisos e despedimento, tendem a ser restringidos a trabalhadores por conta de outrem em situação regular que tenham completado um determinado período de trabalho contínuo.

Ao nível comunitário, o regime das condições de trabalho dos agentes comerciais ilustra como as regras do mercado interno podem aproximar-se de certos aspectos do direito do trabalho. A fim de assegurar a protecção mínima dos agentes comerciais nas relações com os respectivos comitentes, a Directiva 86/653/CEE consagra disposições respeitantes, nomeadamente, ao pagamento da sua remuneração, a condições de conversão dos contratos a termo em contratos sem termo, assim como à reparação do prejuízo causado pela cessação de um contrato.

Houve quem defendesse a posição de que todos os contratos de trabalho individuais relativos a serviços prestados por trabalhadores por conta própria economicamente dependentes devessem respeitar determinadas exigências mínimas. Apesar de aumentarem a segurança e transparência e de garantirem aos trabalhadores por conta própria um nível de protecção mínimo, estas obrigações poderiam, contudo, restringir o âmbito de aplicação destas disposições contratuais.

Perguntas

7. É necessário clarificar as definições constantes das ordens jurídicas nacionais relativamente ao trabalho por conta de outrem e ao trabalho por conta própria, em ordem a facilitar transições bona fide entre uma e outra situação de emprego?

8. Considera necessário prever um «sistema básico de direitos» relativo às condições de trabalho aplicável a todos os trabalhadores, independentemente da respectiva forma de contrato de trabalho? Qual seria o impacto destas obrigações mínimas sobre a criação de empregos e a protecção dos trabalhadores?

c) Relações de trabalho triangulares

O desenvolvimento do trabalho temporário conduziu a modificações no direito do trabalho de certos Estados-Membros, a fim de determinar as responsabilidades respectivas do empregador e da empresa utilizadora, com o objectivo de proteger os direitos dos trabalhadores. A «relação de trabalho triangular» entre uma empresa utilizadora, um trabalhador e uma agência corresponde geralmente à situação na qual um trabalhador temporário é empregue por uma empresa de trabalho temporário e, a seguir, colocado à disposição de uma empresa utilizadora para efectuar prestações nos termos de um contrato comercial. A consequente «dualidade de empregadores» vem tornar a relação de trabalho mais complexa.

Na maior parte dos Estados Membros, o trabalho prestado através de agências de trabalho temporário rege-se por uma combinação entre legislação laboral, convenções colectivas e auto-regulação. A proposta de directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às condições de trabalho dos trabalhadores temporários propõe estabelecer um princípio de não discriminação que garanta que estes trabalhadores não são tratados menos favoravelmente do que os trabalhadores «regulares» de uma «empresa utilizadora».

Problemas semelhantes podem surgir quando os trabalhadores estão implicados em longas cadeias de subcontratação. Vários Estados-Membros tentaram resolver estes problemas através da criação de um sistema de responsabilidade conjunta e solidária, que prevê a responsabilidade dos principais contratantes em relação às obrigações dos seus subcontratantes. Este sistema incentiva os contratantes principais a controlar o cumprimento da legislação do trabalho pelos seus parceiros comerciais. Contudo, houve quem argumentasse que estas regras podiam servir para restringir a subcontratação por empresas estrangeiras e, por conseguinte, obstruir a livre prestação de serviços no mercado interno. A jurisprudência recente relativa ao destacamento de trabalhadores considerou que este sistema faz parte das modalidades processuais aceitáveis, que permitem obter o respeito do direito ao salário mínimo, desde que esta forma de protecção dos trabalhadores não exceda o necessário, seja proporcionada ao objectivo prosseguido, e conforme ao interesse geral.

Perguntas

9. Devem as responsabilidades das diferentes partes nas múltiplas relações de trabalho ser precisadas, de modo a determinar a quem incumbe a responsabilidade do respeito dos direitos do trabalho? Seria praticável e eficaz recorrer à responsabilidade subsidiária para estabelecer a responsabilidade no âmbito dos subcontratantes? Em caso negativo, existem outros meios para garantir uma protecção suficiente dos trabalhadores parte em relações de trabalho triangulares?

10. É necessário clarificar o estatuto dos trabalhadores empregados por agências de trabalho temporário?

d) Organização do tempo de trabalho

A ausência de acordo no Conselho extraordinário EPSCO, de 7 de Novembro de 2006, destaca a importância dos desafios que subsistem em certos sectores, como a saúde, no âmbito das disposições da Directiva 2003/88/CE e da jurisprudência relevante do TJCE .

A Comissão reexamina actualmente a situação tendo em conta a situação de bloqueio no Conselho.

Pergunta

11. Que alterações poderiam ser introduzidas às exigências mínimas em matéria de organização do tempo de trabalho, a fim de ser oferecida mais flexibilidade aos empregadores e aos trabalhadores, garantindo se simultaneamente um nível elevado de protecção da saúde e da segurança dos trabalhadores? Quais os aspectos da organização do tempo de trabalho que a Comunidade deve tratar prioritariamente?

e) Mobilidade dos trabalhadores

A aplicação coerente do direito do trabalho europeu pode ser posta em causa, especialmente no contexto transnacional das actividades das empresas e da prestação de serviços, devido às múltiplas definições de trabalhador consagradas pelas diferentes directivas. Esta situação pode ser particularmente difícil no que se refere aos trabalhadores fronteiriços .

Fora do contexto específico da livre circulação de trabalhadores, a maior parte da legislação comunitária relativa ao direito do trabalho deixa aos Estados-Membros a tarefa de definir o conceito de trabalhador. Houve quem defendesse que os Estados-Membros deveriam ter suficiente margem de apreciação para decidirem o âmbito de aplicação das definições de trabalhador consagradas nas diferentes directivas. No entanto, a constante remissão para o direito nacional, em vez de para o direito comunitário, poderia enfraquecer a protecção do trabalhador, em especial no contexto da livre circulação. As dificuldades associadas às múltiplas noções de trabalhador foram particularmente notadas no que respeita à aplicação das directivas relativas às condições de destacamento dos trabalhadores e às transferências de empresas. Nestas circunstâncias, as diferenças relativas à extensão do conceito de «trabalhador» são dificilmente conciliáveis com os objectivos de política social da Comunidade, nomeadamente a concretização de um equilíbrio entre flexibilidade e segurança para os trabalhadores.

Pergunta

12. Como podem os direitos do trabalho daqueles que trabalham num contexto transnacional, nomeadamente dos trabalhadores fronteiriços, ser garantidos em toda a Comunidade? É necessário melhorar a convergência das definições de «trabalhador» consagradas nas directivas europeias, de maneira a garantir que estes trabalhadores possam exercer os seus direitos laborais, independentemente do Estado-Membro no qual trabalhem? Ou devem os Estados-Membros devem manter a sua margem de apreciação a este respeito?

f) Questões relativas ao controlo da aplicação da legislação e ao trabalho não declarado

Os mecanismos de controlo da aplicação da legislação deveriam ser suficientes para garantir o bom funcionamento e a adaptabilidade dos mercados de trabalho, prevenir violações do direito do trabalho a nível nacional e proteger os direitos dos trabalhadores no emergente mercado europeu do trabalho . Neste contexto, o trabalho não declarado aparece como uma característica particularmente preocupante e persistente dos mercados do trabalho actuais, frequentemente associada a movimentos transfronteiriços de mão de obra. Principal factor do dumping social, é responsável não só pela exploração dos trabalhadores, mas igualmente por distorções da concorrência. Em Outubro de 2003 o Conselho adoptou uma resolução na qual instava os Estados-Membros a resolver este problema . Entre as medidas propostas figuram

medidas preventivas e sanções, bem como a celebração de parcerias entre os parceiros sociais e os poderes públicos a nível nacional para dar resposta ao trabalho não declarado. Estas medidas encontram-se actualmente reflectidas através de uma combinação de incentivos à transformação do trabalho não declarado em emprego regular, em sanções e penalidades, em relações reforçadas com o sistema fiscal e as prestações sociais e através da simplificação administrativa ou fiscal.

Para a UNICE/UEAPME, o CEEP e CESE, este problema, que é parte integrante do equilíbrio entre flexibilidade e segurança, foi considerado como uma das questões que devem ser objecto de uma análise comum no programa de trabalho dos parceiros sociais europeus para 2006-2008.

Os Ministérios do Trabalho e os seus serviços desempenham um papel crucial no controlo da aplicação da lei ao recolherem dados fiáveis sobre as tendências do mercado do trabalho e a evolução dos modelos de trabalho e emprego e ao adoptarem sanções efectivas e dissuasivas para lutar contra o trabalho não declarado e as relações de trabalho dissimuladas. No caso dos trabalhadores móveis dos transportes rodoviários e marítimos, a natureza transnacional e extra territorial destes sectores torna particularmente difícil o controlo da aplicação da lei.

Deveria existir uma cooperação mais eficaz a nível nacional entre as diferentes instâncias administrativas de controlo a nível nacional, nomeadamente a inspecção do trabalho, a administração da segurança social e a administração fiscal. O reforço da dotação destas autoridades em recursos e em competências especializadas e da cooperação com os parceiros por parte destas instâncias de controlo, pode contribuir para reduzir as causas do trabalho não declarado.

Uma cooperação administrativa mais desenvolvida ao nível da UE pode também ajudar os Estados-Membros a detectar e a combater os abusos e a evasão às regras do direito do trabalho, garantindo, assim, o respeito do direito comunitário. O artigo 10.º do TCE estabelece uma regra geral, que impõe aos Estados-Membros e às instituições comunitárias obrigações recíprocas de cooperação e de assistência efectivas e exige que todas as medidas adequadas sejam tomadas para facilitar o cumprimento da missão da Comunidade. As práticas ilegais de dimensão internacional apenas servem para sublinhar a necessidade de uma maior cooperação ao nível da UE, a fim de melhorar as estratégias e os meios de inspecção utilizados para analisar as práticas e as condições de trabalho.

Perguntas

13. É necessária maior cooperação administrativa entre as autoridades competentes, de modo a poderem controlar mais eficazmente o respeito do direito do trabalho comunitário? Podem os parceiros sociais desempenhar algum papel nesta cooperação?

14. Serão necessárias outras iniciativas ao nível da UE para apoiar a acção dos Estados-Membros no combate ao trabalho não declarado?

ANEXO F - LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

CÓDIGO DO TRABALHO DE PORTUGAL

Livro I

Parte geral

Título I

Fontes e aplicação do direito do trabalho

Artigo 1.º

Fontes específicas

O contrato de trabalho está sujeito, em especial, aos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, assim como aos usos laborais que não contrariem o princípio da boa fé.

Artigo 2.º

Instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho

1 - Os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho podem ser negociais ou não negociais.

2 - Os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho negociais são a convenção colectiva, o acordo de adesão e a decisão de arbitragem voluntária.

3 - As convenções colectivas podem ser:

a) Contratos colectivos - as convenções celebradas entre associações sindicais e associações de empregadores;

b) Acordos colectivos - as convenções celebradas por associações sindicais e uma pluralidade de empregadores para diferentes empresas;

c) Acordos de empresa - as convenções subscritas por associações sindicais e um empregador para uma empresa ou estabelecimento.

4 - Os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho não negociais são o regulamento de extensão, o regulamento de condições mínimas e a decisão de arbitragem obrigatória.

Artigo 3.º

Subsidiariedade

Os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho não negociais só podem ser emitidos na falta de instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho negociais, salvo tratando-se de arbitragem obrigatória.

Artigo 4.º

Princípio do tratamento mais favorável

1 - As normas deste Código podem, sem prejuízo do disposto no número seguinte, ser afastadas por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, salvo quando delas resultar o contrário.

2 - As normas deste Código não podem ser afastadas por regulamento de condições mínimas.

3 - As normas deste Código só podem ser afastadas por contrato de trabalho quando este estabeleça condições mais favoráveis para o trabalhador e se delas não resultar o contrário.

Artigo 5.º

Aplicação de disposições

Sempre que numa disposição deste Código se determinar que a mesma pode ser afastada por instrumento de regulamentação colectiva de trabalho, entende-se que o não pode ser por cláusula de contrato de trabalho.

Artigo 6.º

Lei aplicável ao contrato de trabalho

- 1 - O contrato de trabalho rege-se pela lei escolhida pelas partes.
- 2 - Na falta de escolha de lei aplicável, o contrato de trabalho é regulado pela lei do Estado com o qual apresente uma conexão mais estreita.
- 3 - Na determinação da conexão mais estreita, além de outras circunstâncias, atende-se:
 - a) À lei do Estado em que o trabalhador, no cumprimento do contrato, presta habitualmente o seu trabalho, mesmo que esteja temporariamente a prestar a sua actividade noutro Estado;
 - b) À lei do Estado em que esteja situado o estabelecimento onde o trabalhador foi contratado, se este não presta habitualmente o seu trabalho no mesmo Estado.
- 4 - Os critérios enunciados no número anterior podem não ser atendidos quando, do conjunto de circunstâncias aplicáveis à situação, resulte que o contrato de trabalho apresenta uma conexão mais estreita com outro Estado, caso em que se aplicará a respectiva lei.
- 5 - Sendo aplicável a lei de determinado Estado, por força dos critérios enunciados nos números anteriores, pode ser dada prevalência às disposições imperativas da lei de outro Estado com o qual a situação apresente uma conexão estreita se, e na medida em que, de acordo com o direito deste último Estado essas disposições forem aplicáveis, independentemente da lei reguladora do contrato.
- 6 - Para efeito do disposto no número anterior deve ter-se em conta a natureza e o objecto das disposições imperativas, bem como as consequências resultantes tanto da aplicação como da não aplicação de tais preceitos.
- 7 - A escolha pelas partes da lei aplicável ao contrato de trabalho não pode ter como consequência privar o trabalhador da protecção que lhe garantem as disposições imperativas deste Código, caso fosse a lei portuguesa a aplicável nos termos do n.º 2.

Artigo 7.º

Destacamento em território português

- 1 - O destacamento pressupõe que o trabalhador, contratado por um empregador estabelecido noutro Estado e enquanto durar o contrato de trabalho, preste a sua actividade em território português num estabelecimento do empregador ou em execução de contrato celebrado entre o empregador e o beneficiário da actividade, ainda que em regime de trabalho temporário.
- 2 - As normas deste Código são aplicáveis, com as limitações decorrentes do artigo seguinte, ao destacamento de trabalhadores para prestar trabalho em território português e que ocorra nas situações contempladas em legislação especial.

Artigo 8.º

Condições de trabalho

Sem prejuízo de regimes mais favoráveis constantes da lei aplicável à relação laboral ou previstos no contrato de trabalho e ressalvadas as excepções constantes de legislação especial, os trabalhadores destacados nos termos do artigo anterior têm direito às condições de trabalho previstas neste Código e na regulamentação colectiva de trabalho de eficácia geral vigente em território nacional respeitantes a:

- a) Segurança no emprego;
- b) Duração máxima do tempo de trabalho;
- c) Períodos mínimos de descanso;
- d) Férias retribuídas;
- e) Retribuição mínima e pagamento de trabalho suplementar;
- f) Condições de cedência de trabalhadores por parte de empresas de trabalho temporário;
- g) Condições de cedência ocasional de trabalhadores;
- h) Segurança, higiene e saúde no trabalho;
- i) Protecção da maternidade e paternidade;
- j) Protecção do trabalho de menores;
- l) Igualdade de tratamento e não discriminação.

Artigo 9.º

Destacamento para outros Estados

O trabalhador contratado por uma empresa estabelecida em Portugal, se prestar a sua actividade no território de outro Estado, tanto num estabelecimento do empregador como em execução de contrato celebrado entre o empregador e o beneficiário da actividade, ainda que em regime de trabalho temporário, enquanto durar o contrato de trabalho e sem prejuízo de regimes mais favoráveis constantes da lei aplicável à relação laboral ou previstos contratualmente, tem direito às condições de trabalho constantes do artigo anterior.

Título II

Contrato de trabalho

Capítulo I

Disposições gerais

Secção I

Noção e âmbito

Artigo 10.º

Noção

Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, sob a autoridade e direcção destas.

Artigo 11.º

Regimes especiais

Aos contratos de trabalho com regime especial aplicam-se as regras gerais deste Código que não sejam incompatíveis com a especificidade desses contratos.

Artigo 12.º

Presunção

Presume que existe um contrato de trabalho sempre que o prestador esteja na dependência e inserido na estrutura organizativa do beneficiário da actividade e realize a sua prestação sob ordens, direcção e fiscalização deste último, mediante retribuição.

Artigo 13.º

Contratos equiparados

Ficam sujeitos aos princípios definidos neste Código, nomeadamente quanto a direitos de personalidade, igualdade e não discriminação e segurança, higiene e saúde no trabalho, sem prejuízo de regulamentação em legislação especial, os contratos que tenham por objecto a prestação de trabalho, sem subordinação jurídica, sempre que o trabalhador deva considerar-se na dependência económica do beneficiário da actividade.

Secção II

Sujeitos

Subsecção I

Capacidade

Artigo 14.º

Princípio geral

A capacidade para celebrar contratos de trabalho regula-se nos termos gerais e pelo disposto neste Código.

Subsecção II

Direitos de personalidade

Artigo 15.º

Liberdade de expressão e de opinião

É reconhecida no âmbito da empresa a liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião, com respeito dos direitos de personalidade do trabalhador e empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e do normal funcionamento da empresa.

Artigo 16.º

Reserva da intimidade da vida privada

1 - O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada.

2 - O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas.

Artigo 17.º

Protecção de dados pessoais

1 - O empregador não pode exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador que preste informações relativas à sua vida privada, salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar da respectiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação.

2 - O empregador não pode exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador que preste informações relativas à sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação.

3 - As informações previstas no número anterior são prestadas a médico, que só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a actividade, salvo autorização escrita deste.

4 - O candidato a emprego ou o trabalhador que haja fornecido informações de índole pessoal goza do direito ao controlo dos respectivos dados pessoais, podendo tomar conhecimento do seu teor e dos fins a que se destinam, bem como exigir a sua rectificação e actualização.

5 - Os ficheiros e acessos informáticos utilizados pelo empregador para tratamento de dados pessoais do candidato a emprego ou trabalhador ficam sujeitos à legislação em vigor relativa à protecção de dados pessoais.

Artigo 18.º

Integridade física e moral

O empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e o trabalhador gozam do direito à respectiva integridade física e moral.

Artigo 19.º

Testes e exames médicos

1 - Para além das situações previstas na legislação relativa a segurança, higiene e saúde no trabalho, o empregador não pode, para efeitos de admissão ou permanência no emprego, exigir ao candidato a emprego ou ao trabalhador a realização ou apresentação de testes ou exames médicos, de qualquer natureza, para comprovação das condições físicas ou psíquicas, salvo quando estes tenham por finalidade a protecção e segurança do trabalhador ou de terceiros, ou quando particulares exigências inerentes à actividade o justifiquem, devendo em qualquer caso ser fornecida por escrito ao candidato a emprego ou trabalhador a respectiva fundamentação.

2 - O empregador não pode, em circunstância alguma, exigir à candidata a emprego ou à trabalhadora a realização ou apresentação de testes ou exames de gravidez.

3 - O médico responsável pelos testes e exames médicos só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto para desempenhar a actividade, salvo autorização escrita deste.

Artigo 20.º

Meios de vigilância a distância

1 - O empregador não pode utilizar meios de vigilância a distância no local de trabalho, mediante o emprego de equipamento tecnológico, com a finalidade de controlar o desempenho profissional do trabalhador.

2 - A utilização do equipamento identificado no número anterior é lícita sempre que tenha por finalidade a protecção e segurança de pessoas e bens ou quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade o justifiquem.

3 - Nos casos previstos no número anterior o empregador deve informar o trabalhador sobre a existência e finalidade dos meios de vigilância utilizados.

Artigo 21.º

Confidencialidade de mensagens e de acesso a informação

1 - O trabalhador goza do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens de natureza pessoal e acesso a informação de carácter não profissional que envie, receba ou consulte, nomeadamente através do correio electrónico.

2 - O disposto no número anterior não prejudica o poder de o empregador estabelecer regras de utilização dos meios de comunicação na empresa, nomeadamente do correio electrónico.

Subsecção III

Igualdade e não discriminação

Divisão I

Disposições gerais

Artigo 22.º

Direito à igualdade no acesso ao emprego e no trabalho

1 - Todos os trabalhadores têm direito à igualdade de oportunidades e de tratamento no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho.

2 - Nenhum trabalhador ou candidato a emprego pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão, nomeadamente, de ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência, doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical.

Artigo 23.º

Proibição de discriminação

1 - O empregador não pode praticar qualquer discriminação, directa ou indirecta, baseada, nomeadamente, na ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical.

2 - Não constitui discriminação o comportamento baseado num dos factores indicados no número anterior, sempre que, em virtude da natureza das actividades profissionais em causa ou do contexto da sua execução, esse factor constitua um requisito justificável e determinante para o exercício da actividade profissional, devendo o objectivo ser legítimo e o requisito proporcional.

3 - Cabe a quem alegar a discriminação fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos factores indicados no n.º 1.

Artigo 24.º

Assédio

1 - Constitui discriminação o assédio a candidato a emprego e a trabalhador.

2 - Entende-se por assédio todo o comportamento indesejado relacionado com um dos factores indicados no n.º 1 do artigo anterior, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou o efeito de afectar a dignidade da pessoa ou criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador.

3 - Constitui, em especial, assédio todo o comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objectivo ou o efeito referidos no número anterior.

Artigo 25.º

Medidas de acção positiva

Não são consideradas discriminatórias as medidas de carácter temporário concretamente definido de natureza legislativa que beneficiem certos grupos desfavorecidos, nomeadamente em função do sexo, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica, nacionalidade ou origem étnica, com o objectivo de garantir o exercício, em condições de igualdade, dos direitos previstos neste Código e de corrigir uma situação factual de desigualdade que persista na vida social.

Artigo 26.º

Obrigações de indemnização

Sem prejuízo do disposto no livro II, a prática de qualquer acto discriminatório lesivo de um trabalhador ou candidato a emprego confere-lhe o direito a uma indemnização, por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos gerais.

Divisão II

Igualdade e não discriminação em função do sexo

Artigo 27.º

Acesso ao emprego, actividade profissional e formação

1 - Toda a exclusão ou restrição de acesso de um candidato a emprego ou trabalhador em razão do respectivo sexo a qualquer tipo de actividade profissional ou à formação exigida para ter acesso a essa actividade constitui uma discriminação em função do sexo.

2 - Os anúncios de ofertas de emprego e outras formas de publicidade ligadas à pré-selecção e ao recrutamento não podem conter, directa ou indirectamente, qualquer restrição, especificação ou preferência baseada no sexo.

Artigo 28.º

Condições de trabalho

1 - É assegurada a igualdade de condições de trabalho, em particular quanto à retribuição, entre trabalhadores de ambos os sexos.

2 - As diferenciações retributivas não constituem discriminação se assentes em critérios objectivos, comuns a homens e mulheres, sendo admissíveis, nomeadamente, distinções em função do mérito, produtividade, assiduidade ou antiguidade dos trabalhadores.

3 - Os sistemas de descrição de tarefas e de avaliação de funções devem assentar em critérios objectivos comuns a homens e mulheres, de forma a excluir qualquer discriminação baseada no sexo.

Artigo 29.º

Carreira profissional

Todos os trabalhadores, independentemente do respectivo sexo, têm direito ao pleno desenvolvimento da respectiva carreira profissional.

Artigo 30.º

Protecção do património genético

1 - São proibidos ou condicionados os trabalhos que sejam considerados, por regulamentação em legislação especial, susceptíveis de implicar riscos para o património genético do trabalhador ou dos seus descendentes.

2 - As disposições legais previstas no número anterior devem ser revistas periodicamente, em função dos conhecimentos científicos e técnicos e, de acordo com esses conhecimentos, ser actualizadas, revogadas ou tornadas extensivas a todos os trabalhadores.

3 - A violação do disposto no n.º 1 do presente artigo confere ao trabalhador direito a indemnização, por danos patrimoniais e não patrimoniais, nos termos gerais.

Artigo 31.º

Regras contrárias ao princípio da igualdade

1 - As disposições de qualquer instrumento de regulamentação colectiva de trabalho que estabeleçam profissões e categorias profissionais que se destinem especificamente a trabalhadores do sexo feminino ou masculino têm-se por aplicáveis a ambos os sexos.

2 - Os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho devem incluir, sempre que possível, disposições que visem a efectiva aplicação das normas da presente divisão.

Artigo 32.º

Legislação complementar

O regime da presente subsecção é objecto de regulamentação em legislação especial.

(...)

LEI N.º 35/2004 DE 29 DE JULHO - REGULAMENTA A LEI N.º 99/2003, DE 27 DE AGOSTO, QUE APROVOU O CÓDIGO DO TRABALHO

A Assembleia da República decreta, nos termos da alínea c) do artigo 161.º da Constituição, para valer como lei geral da República, o seguinte:

CAPÍTULO I

Disposições gerais

Artigo 1.º

Âmbito

1 - O regime previsto na presente lei aplica-se aos contratos de trabalho regulados pelo Código do Trabalho, bem como aos contratos com regime especial relativamente às normas que não sejam incompatíveis com a especificidade destes, sem prejuízo do âmbito de aplicação de cada capítulo.

2 - A presente lei aplica-se ainda à relação jurídica de emprego público, nos termos do artigo 5.º da Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto.

(....)

CAPÍTULO III

Trabalho no domicílio

Artigo 14.º

Âmbito

1 - O presente capítulo regula o artigo 13.º do Código do Trabalho.

2 - O disposto no presente capítulo aplica-se aos contratos que tenham por objecto a prestação de actividade realizada, sem subordinação jurídica, no domicílio ou em estabelecimento do trabalhador, bem como aos contratos em que este compra as matérias-primas e fornece por certo preço ao vendedor delas o produto acabado, sempre que num ou noutro caso o trabalhador deva considerar-se na dependência económica do beneficiário da actividade.

3 - Compreende-se no número anterior a situação em que, para um mesmo beneficiário da actividade, vários trabalhadores, sem subordinação jurídica nem dependência económica entre si, até ao limite de quatro, executam as respectivas incumbências no domicílio de um deles.

4 - Sempre que razões de segurança ou saúde relativas ao trabalhador ou ao agregado familiar o justifiquem, a actividade prevista nos números anteriores pode ser executada em instalações não compreendidas no domicílio ou estabelecimento do trabalhador.

5 - É vedada ao trabalhador no domicílio ou estabelecimento a utilização de ajudantes, salvo tratando-se de membros do seu agregado familiar.

Artigo 15.º

Direitos e deveres

1 - O beneficiário da actividade deve respeitar a privacidade do trabalhador e os tempos de descanso e de repouso do agregado familiar.

2 - A visita ao local de trabalho pelo beneficiário da actividade só deve ter por objecto o controlo da actividade laboral do trabalhador e do respeito das regras de segurança, higiene e saúde, bem como dos respectivos equipamentos e apenas pode ser efectuada em dia normal de

trabalho, entre as 9 e as 19 horas, com a assistência do trabalhador ou de pessoa por ele designada.

3 - Para efeitos do número anterior, o beneficiário da actividade deve informar o trabalhador da visita ao local de trabalho com a antecedência mínima de 24 horas.

4 - O trabalhador está obrigado a guardar segredo sobre as técnicas e modelos que lhe estejam confiados, bem como a observar as regras de utilização e funcionamento dos equipamentos.

5 - No exercício da sua actividade, o trabalhador não pode dar às matérias-primas e equipamentos fornecidos pelo beneficiário da actividade uso diverso do inerente ao cumprimento da sua prestação de trabalho.

Artigo 16.º

Segurança, higiene e saúde no trabalho

1 - O trabalhador é abrangido pelo regime jurídico relativo à segurança, higiene e saúde no trabalho, bem como pelo regime jurídico dos acidentes de trabalho e doenças profissionais.

2 - O beneficiário da actividade é responsável pela definição e execução de uma política de segurança, higiene e saúde que abranja os trabalhadores, aos quais devem ser proporcionados, nomeadamente, exames de saúde periódicos e equipamentos de protecção individual.

3 - No trabalho realizado no domicílio ou estabelecimento do trabalhador é, designadamente, proibida a utilização de:

- a) Substâncias nocivas ou perigosas para a saúde do trabalhador ou do agregado familiar;
- b) Equipamentos ou utensílios que não obedeçam às normas em vigor ou que ofereçam risco especial para o trabalhador, membros do agregado familiar ou terceiros.

Artigo 17.º

Formação profissional

O beneficiário da actividade deve dar formação ao trabalhador, no domicílio ou estabelecimento, similar à dada a trabalhador que realize idêntica actividade na empresa em cujo processo produtivo se insere a actividade realizada.

Artigo 18.º

Exames de saúde

Sem prejuízo do previsto no artigo 16.º, tratando-se de actividade que envolva a utilização de géneros alimentícios, o exame de saúde de admissão, previsto no n.º 2 do artigo 245.º, deve realizar-se antes do início daquela, com o objectivo de certificar também a ausência de doenças transmissíveis pela actividade.

Artigo 19.º

Registo dos trabalhadores no domicílio

1 - O beneficiário da actividade deve manter no estabelecimento em cujo processo produtivo se insere a actividade realizada, permanentemente actualizado, um registo dos trabalhadores no domicílio, do qual conste obrigatoriamente:

- a) Nome e morada do trabalhador e o local do exercício da actividade;
- b) Número de beneficiário da segurança social;
- c) Número da apólice de seguro de acidentes de trabalho;
- d) Data de início da actividade;
- e) Actividade exercida, bem como as incumbências e respectivas datas de entrega;
- f) Importâncias pagas nos termos do n.º 4 do artigo seguinte.

2 - Anualmente, entre 1 de Outubro e 30 de Novembro, o beneficiário da actividade deve remeter cópia do registo dos trabalhadores no domicílio à Inspeção-Geral do Trabalho.

Artigo 20.º

Remuneração

1 - Na fixação da remuneração do trabalho no domicílio, deve atender-se ao tempo médio de execução do bem ou do serviço e à retribuição estabelecida em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho aplicável a idêntico trabalho subordinado prestado no

estabelecimento em cujo processo produtivo se insere a actividade realizada ou, na sua falta, à retribuição mínima mensal garantida.

2 - Para efeitos do número anterior, considera-se tempo médio de execução aquele que normalmente seria despendido na execução de idêntico trabalho prestado no estabelecimento em cujo processo produtivo se insere a actividade exercida.

3 - Salvo acordo ou usos diversos, a obrigação de satisfazer a remuneração vence-se com a apresentação pelo trabalhador dos bens ou serviços executados.

4 - No acto de pagamento da remuneração, o beneficiário da actividade deve entregar ao trabalhador no domicílio documento do qual conste o nome completo deste, o número de beneficiário da segurança social, a quantidade e natureza do trabalho, os descontos e deduções efectuados e o montante líquido a receber.

Artigo 21.º

Subsídio anual

Anualmente, de 1 de Outubro a 31 de Dezembro, o beneficiário da actividade deve pagar ao trabalhador no domicílio um subsídio de valor calculado nos termos do n.º 3 do artigo 24.º

Artigo 22.º

Suspensão ou redução

A suspensão do contrato ou a redução da actividade prevista, por motivo imputável ao beneficiário da actividade, que não seja recuperada nos três meses seguintes confere ao trabalhador o direito a uma compensação pecuniária por forma a garantir metade da remuneração correspondente ao período em falta ou, não sendo possível o seu pagamento, metade da remuneração média, calculada nos termos do n.º 3 do artigo 24.º

Artigo 23.º

Cessação do contrato

1 - Qualquer das partes pode, mediante comunicação escrita, denunciar o contrato para o termo de execução da incumbência de trabalho.

2 - Salvo acordo em contrário, a falta de trabalho que origine a inactividade do trabalhador por prazo superior a 60 dias consecutivos implica a caducidade do contrato a partir desta data, desde que o beneficiário da actividade comunique por escrito a sua ocorrência, mantendo o trabalhador no domicílio o direito à indemnização prevista no artigo seguinte.

3 - Qualquer das partes pode, mediante comunicação escrita, resolver o contrato por motivo de incumprimento, sem aviso prévio.

4 - O beneficiário da actividade pode, mediante comunicação escrita, resolver o contrato por motivo justificado que não lhe seja imputável nem ao trabalhador, desde que conceda o prazo mínimo de aviso prévio de 7, 30 ou 60 dias, conforme a execução do contrato tenha durado até seis meses, até dois anos ou por período superior, respectivamente.

5 - O trabalhador no domicílio pode, mediante comunicação escrita, denunciar o contrato desde que conceda o prazo mínimo de aviso prévio de 7 ou 15 dias, consoante o contrato tenha durado até seis meses ou mais de seis meses, respectivamente, salvo se tiver trabalho pendente em execução, caso em que o prazo é fixado para o termo da execução com o máximo de 30 dias.

6 - No caso de extinção do contrato, o trabalhador no domicílio incorre em responsabilidade civil pelos danos causados ao beneficiário da actividade por recusa de devolução dos equipamentos, utensílios, materiais e outros bens que sejam pertença deste, sem prejuízo da responsabilidade penal a que houver lugar pela violação das obrigações do fiel depositário.

Artigo 24.º

Indemnização

1 - A inobservância do prazo de aviso prévio por qualquer das partes confere à outra o direito a uma indemnização equivalente à remuneração correspondente ao período de aviso prévio em falta.

2 - A insubsistência dos motivos alegados pelo beneficiário da actividade para resolução do contrato, nos termos dos n.os 3 e 4 do artigo anterior, confere ao trabalhador o direito a uma indemnização igual a 60 ou 120 dias de remuneração, consoante o contrato tenha durado até dois anos ou mais de dois anos, respectivamente.

3 - Para efeitos de cálculo de indemnização, toma-se em conta a média das remunerações auferidas nos últimos 12 meses ou nos meses de execução do contrato, caso seja de duração inferior.

Artigo 25.º

Proibição do trabalho no domicílio

Enquanto decorrer procedimento de redução temporária do período normal de trabalho ou suspensão do contrato de trabalho por facto respeitante ao empregador, de despedimento colectivo ou por extinção de posto de trabalho e, bem assim, nos três meses posteriores ao termo das referidas situações, é vedado à empresa contratar trabalhador no domicílio para produção de bens ou serviços na qual participem trabalhadores abrangidos pelo procedimento em causa, sem prejuízo da renovação da atribuição de trabalho em relação a trabalhadores contratados até 60 dias antes do início do referido procedimento.

Artigo 26.º

Segurança social

O trabalhador no domicílio e o beneficiário da actividade ficam abrangidos, como beneficiário e contribuinte, respectivamente, pelo regime geral de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem, nos termos previstos em legislação especial.

CAPÍTULO IV

Direitos de personalidade

Artigo 27.º

Dados biométricos

1 - O empregador só pode tratar dados biométricos do trabalhador após notificação à Comissão Nacional de Protecção de Dados.

2 - O tratamento de dados biométricos só é permitido se os dados a utilizar forem necessários, adequados e proporcionais aos objectivos a atingir.

3 - Os dados biométricos são conservados durante o período necessário para a prossecução das finalidades do tratamento a que se destinam, devendo ser destruídos no momento da transferência do trabalhador para outro local de trabalho ou da cessação do contrato de trabalho.

4 - A notificação a que se refere o n.º 1 deve ser acompanhada de parecer da comissão de trabalhadores ou, 10 dias após a consulta, comprovativo do pedido de parecer.

Artigo 28.º

Utilização de meios de vigilância a distância

1 - Para efeitos do n.º 2 do artigo 20.º do Código do Trabalho, a utilização de meios de vigilância a distância no local de trabalho está sujeita a autorização da Comissão Nacional de Protecção de Dados.

2 - A autorização referida no número anterior só pode ser concedida se a utilização dos meios for necessária, adequada e proporcional aos objectivos a atingir.

3 - Os dados pessoais recolhidos através dos meios de vigilância a distância são conservados durante o período necessário para a prossecução das finalidades da utilização a que se destinam, devendo ser destruídos no momento da transferência do trabalhador para outro local de trabalho ou da cessação do contrato de trabalho.

4 - O pedido de autorização a que se refere o n.º 1 deve ser acompanhado de parecer da comissão de trabalhadores ou, 10 dias após a consulta, comprovativo do pedido de parecer.

Artigo 29.º

Informação sobre meios de vigilância a distância

Para efeitos do n.º 3 do artigo 20.º do Código do Trabalho, o empregador deve afixar nos locais de trabalho em que existam meios de vigilância a distância os seguintes dizeres, consoante os casos: «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão» ou «Este local encontra-se sob vigilância de um circuito fechado de televisão, procedendo-se à gravação de imagem e som», seguido de símbolo identificativo.

(....)

ANEXO G - LEGISLAÇÃO ESPANHOLA

LEY 20/2007, DE 11 DE JULIO, DEL ESTATUTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO
JUAN CARLOS I
REY DE ESPAÑA

A todos los que la presente vieren y entendieren.

Sabed: Que las Cortes Generales han aprobado y

Yo vengo a sancionar la siguiente Ley

PREÁMBULO

I

El trabajo autónomo se ha venido configurando tradicionalmente dentro de un marco de relaciones jurídicas propio del derecho privado, por lo que las referencias normativas al mismo se hallan dispersas a lo largo de todo el Ordenamiento Jurídico.

En este sentido, la Constitución, sin hacer una referencia expresa al trabajo por cuenta propia, recoge en algunos de sus preceptos derechos aplicables a los trabajadores autónomos. Así, el artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado; el artículo 35, en su apartado 1, reconoce para todos los españoles el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo; el artículo 40, en su apartado 2, establece que los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales, velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados; finalmente, el artículo 41 encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad.

Estas referencias constitucionales no tienen por qué circunscribirse al trabajo por cuenta ajena, pues la propia Constitución así lo determina cuando se emplea el término «españoles» en el artículo 35 o el de «ciudadanos» en el artículo 41, o cuando encomienda a los poderes públicos la ejecución de determinadas políticas, artículo 40, sin precisar que sus destinatarios deban ser exclusivamente los trabajadores por cuenta ajena.

En el ámbito social podemos destacar, en materia de Seguridad Social, normas como la Ley General de la Seguridad Social, el artículo 25.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género referido a las trabajadoras por cuenta propia que sean víctimas de la violencia de género, el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, que regula el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y otras disposiciones de desarrollo. En materia de prevención de riesgos laborales hay que referirse a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y al Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción, así como otras disposiciones de desarrollo.

La Unión Europea, por su parte, ha tratado el trabajo autónomo en instrumentos normativos tales como la Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad, que da una definición de trabajador autónomo en su artículo 2.a), o en la

Recomendación del Consejo de 18 de febrero de 2003 relativa a la mejora de la protección de la salud y la seguridad en el trabajo de los trabajadores autónomos.

El derecho comparado de los países de nuestro entorno no dispone de ejemplos sobre una regulación del trabajo autónomo como tal. En los países de la Unión Europea sucede lo mismo que en España: las referencias a la figura del trabajador autónomo se encuentran dispersas por toda la legislación social, especialmente la legislación de seguridad social y de prevención de riesgos. En este sentido, cabe resaltar la importancia que tiene el presente Proyecto de Ley, pues se trata del primer ejemplo de regulación sistemática y unitaria del trabajo autónomo en la Unión Europea, lo que sin duda constituye un hito en nuestro ordenamiento jurídico.

Se trata de una Ley que regulará el trabajo autónomo, sin interferir en otros ámbitos de nuestro tejido productivo, como el sector agrario, que cuenta con su propia regulación y sus propios cauces de representación.

Los Colegios Profesionales tampoco verán afectadas sus competencias y atribuciones por la aprobación de este Estatuto.

II

Desde el punto de vista económico y social no puede decirse que la figura del trabajador autónomo actual coincida con la de hace algunas décadas. A lo largo del siglo pasado el trabajo era, por definición, el dependiente y asalariado, ajeno a los frutos y a los riesgos de cualquier actividad emprendedora. Desde esa perspectiva, el autoempleo o trabajo autónomo tenía un carácter circunscrito, en muchas ocasiones, a actividades de escasa rentabilidad, de reducida dimensión y que no precisaban de una fuerte inversión financiera, como por ejemplo la agricultura, la artesanía o el pequeño comercio. En la actualidad la situación es diferente, pues el trabajo autónomo prolifera en países de elevado nivel de renta, en actividades de alto valor añadido, como consecuencia de los nuevos desarrollos organizativos y la difusión de la informática y las telecomunicaciones, y constituye una libre elección para muchas personas que valoran su autodeterminación y su capacidad para no depender de nadie.

Esta circunstancia ha dado lugar a que en los últimos años sean cada vez más importantes y numerosas en el tráfico jurídico y en la realidad social, junto a la figura de lo que podríamos denominar autónomo clásico, titular de un establecimiento comercial, agricultor y profesionales diversos, otras figuras tan heterogéneas, como los emprendedores, personas que se encuentran en una fase inicial y de despegue de una actividad económica o profesional, los autónomos económicamente dependientes, los socios trabajadores de cooperativas y sociedades laborales o los administradores de sociedades mercantiles que poseen el control efectivo de las mismas.

En la actualidad, a 30 de junio de 2006, el número de autónomos afiliados a la Seguridad Social asciende a 3.315.707, distribuidos en el Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, en el Régimen Especial Agrario y en el Régimen Especial de Trabajadores del Mar. De ellos, 2.213.636 corresponden a personas físicas que realizan actividades profesionales en los distintos sectores económicos.

Partiendo de este último colectivo, es muy significativo señalar que 1.755.703 autónomos no tienen asalariados y que del colectivo restante 457.933, algo más de 330.000 sólo tienen uno o dos asalariados. Es decir, el 94 por ciento de los autónomos que realizan una actividad profesional o económica sin el marco jurídico de empresa no tienen asalariados o sólo tienen uno o dos.

Estamos en presencia de un amplio colectivo que realiza un trabajo profesional arriesgando sus propios recursos económicos y aportando su trabajo personal, y que en su mayoría lo hace sin la ayuda de ningún asalariado.

Se trata, en definitiva, de un colectivo que demanda un nivel de protección social semejante al que tienen los trabajadores por cuenta ajena.

A lo largo de los últimos años se han llevado a cabo algunas iniciativas destinadas a mejorar la situación del trabajo autónomo. Entre ellas, cabe destacar la eliminación del Impuesto de Actividades Económicas para todas las personas físicas, así como las introducidas por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica, que recoge la cobertura de la Incapacidad Temporal desde el cuarto día de la baja, la posibilidad de tener la cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y la minoración para quienes se incorporaran por vez primera al Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos, siendo menores de treinta años o mujeres mayores de cuarenta y cinco. En la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005 se incorporan como medidas para el fomento del empleo autónomo de jóvenes hasta treinta años de edad y mujeres hasta treinta y cinco, una reducción a las cuotas de la Seguridad Social así como el acceso a las medidas de fomento del empleo estable de los familiares contratados por los autónomos. Asimismo, se mejora el sistema de capitalización de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único para los desempleados que inicien su actividad como autónomos.

El Gobierno, sensible ante esta evolución del trabajo autónomo, ya se comprometió en la sesión de investidura de su Presidente a aprobar durante esta Legislatura un Estatuto de los Trabajadores Autónomos. Como consecuencia de ello el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales acordó constituir una Comisión de Expertos a la que encomendó una doble tarea: de un lado, efectuar un diagnóstico y evaluación sobre la situación económica del trabajo autónomo en España y, de otro, analizar el régimen jurídico y de protección social de los trabajadores autónomos, elaborando al tiempo una propuesta de Estatuto del Trabajador Autónomo. Los trabajos de la Comisión culminaron con la entrega de un extenso y documentado Informe, acompañado de una propuesta de Estatuto, en el mes de octubre de 2005.

Paralelamente, la Disposición Adicional Sexagésima Novena de la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 incorporaba el mandato al Gobierno de presentar al Congreso de los Diputados, en el plazo de un año, un Proyecto de Ley de Estatuto del Trabajador Autónomo en el que se defina el trabajo autónomo y se contemplen los derechos y obligaciones de los trabajadores autónomos, su nivel de protección social, las relaciones laborales y la política de fomento del empleo autónomo, así como la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente.

Mediante la Resolución número 15 del debate sobre el Estado de la Nación de 2006, el Congreso de los Diputados insta al Gobierno a presentar durante ese año el Proyecto de Ley del Estatuto del Trabajador Autónomo, para avanzar en la equiparación, en los términos contemplados en la Recomendación número 4 del Pacto de Toledo, del nivel de protección social de los trabajadores autónomos con el de los trabajadores por cuenta ajena.

Finalmente, con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, a iniciativa del Gobierno, se dio un primer paso en el cumplimiento a la citada Resolución, al introducir numerosas medidas para mejorar la situación del trabajo autónomo, especialmente en lo relativo a los derechos derivados de las situaciones de maternidad y paternidad, todo ello en el contexto de avanzar en una política de conciliación de la vida familiar con el trabajo, tan demandada por los trabajadores autónomos.

III

La presente Ley constituye el resultado del cumplimiento de los anteriores mandatos. Para su elaboración se ha consultado a las organizaciones sindicales y empresariales, así como a las asociaciones de trabajadores autónomos.

La Ley consta de 29 artículos, encuadrados en cinco títulos, más diecinueve disposiciones adicionales, tres transitorias, una derogatoria y seis finales.

El Título I delimita el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, estableciendo la definición genérica de trabajador autónomo y añadiendo los colectivos específicos incluidos y excluidos. El Título II regula el régimen profesional del trabajador autónomo en tres capítulos. El Capítulo I establece las fuentes de dicho régimen profesional, dejando clara la naturaleza civil o mercantil de las relaciones jurídicas establecidas entre el autónomo y la persona o entidad con la que contrate. El apartado 2 del artículo 3 introduce los acuerdos de interés profesional para los trabajadores autónomos económicamente dependientes, novedad importante creada por la Ley.

El Capítulo II se refiere al régimen profesional común para todos los trabajadores autónomos y establece un catálogo de derechos y deberes, así como las normas en materia de prevención de riesgos laborales, protección de menores y las garantías económicas.

El Capítulo III reconoce y regula la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente. Su regulación obedece a la necesidad de dar cobertura legal a una realidad social: la existencia de un colectivo de trabajadores autónomos que, no obstante su autonomía funcional, desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o cliente que los contrata. La Ley contempla el supuesto en que este empresario es su principal cliente y de él proviene, al menos, el 75 por ciento de los ingresos del trabajador. Según los datos suministrados por el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2004, ascienden a 285.600 los empresarios sin asalariados que trabajan para una única empresa o cliente. La cifra es importante, pero lo significativo es que este colectivo se ha incrementado en un 33 por ciento desde el año 2001.

A la vista de la realidad anteriormente descrita, la introducción de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente ha planteado la necesidad de prevenir la posible utilización indebida de dicha figura, dado que nos movemos en una frontera no siempre precisa entre la figura del autónomo clásico, el autónomo económicamente dependiente y el trabajador por cuenta ajena.

La intención del legislador es eliminar esas zonas fronterizas grises entre las tres categorías. De ahí que el artículo 11, al definir el trabajador autónomo económicamente dependiente sea muy restrictivo, delimitando conforme a criterios objetivos los supuestos en que la actividad se ejecuta fuera del ámbito de organización y dirección del cliente que contrata al autónomo.

El resto del Capítulo III establece una regulación garantista para el trabajador autónomo económicamente dependiente, en virtud de esa situación de dependencia económica, sin perjuicio de que opere como norma general en las relaciones entre éste y su cliente el principio de autonomía de la voluntad. En este sentido, el reconocimiento de los acuerdos de interés profesional, en el artículo 13, al que se aludía en el Capítulo dedicado a las fuentes, no supone trasladar la negociación colectiva a este ámbito, sino simplemente reconocer la posibilidad de existencia de un acuerdo que trascienda del mero contrato individual, pero con eficacia personal limitada, pues sólo vincula a los firmantes del acuerdo.

El recurso a la Jurisdicción Social previsto en el artículo 17 se justifica porque la configuración jurídica del trabajador autónomo económicamente dependiente se ha diseñado teniendo en cuenta los criterios que de forma reiterada ha venido estableciendo la Jurisprudencia de dicha Jurisdicción. La Jurisprudencia ha definido una serie de criterios para distinguir entre el trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena. La dependencia económica que la Ley reconoce al trabajador autónomo económicamente dependiente no debe llevar a equívoco: se trata de un trabajador autónomo y esa dependencia económica en ningún caso debe implicar dependencia organizativa ni ajenidad. Las cuestiones litigiosas propias del contrato civil o mercantil celebrado entre el autónomo económicamente dependiente y su cliente van a estar estrechamente ligadas a la propia naturaleza de la figura de aquél, de tal forma que las pretensiones ligadas al contrato siempre van a juzgarse en conexión con el hecho de si el trabajador autónomo es realmente económicamente dependiente o no, según

cumpla o no con los requisitos establecidos en la Ley. Y esta circunstancia, nuclear en todo litigio, ha de ser conocida por la Jurisdicción Social.

IV

El Título III regula los derechos colectivos de todos los trabajadores autónomos, definiendo la representatividad de sus asociaciones conforme a los criterios objetivos, establecidos en el artículo 21 y creando el Consejo del Trabajo Autónomo como órgano consultivo del Gobierno en materia socioeconómica y profesional referida al sector en el artículo 22.

El Título IV establece los principios generales en materia de protección social, recogiendo las normas generales sobre afiliación, cotización y acción protectora de la Seguridad Social de los trabajadores autónomos. Es de destacar que se reconoce la posibilidad de establecer reducciones o bonificaciones en las bases de cotización o en las cuotas de la Seguridad Social para determinados colectivos de trabajadores autónomos, en atención a sus circunstancias personales o a las características profesionales de la actividad ejercida. Se extiende a los trabajadores autónomos económicamente dependientes la protección por las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y se reconoce la posibilidad de jubilación anticipada para aquellos trabajadores autónomos que desarrollen una actividad tóxica, peligrosa o penosa, en las mismas condiciones previstas para el Régimen General. Se trata de medidas que, junto con las previstas en las disposiciones adicionales, tienden a favorecer la convergencia del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos con el Régimen General.

Finalmente, el Título V está dedicado al fomento y promoción del trabajo autónomo, estableciendo medidas dirigidas a promover la cultura emprendedora, a reducir los costes en el inicio de la actividad, a impulsar la formación profesional y a favorecer el trabajo autónomo mediante una política fiscal adecuada. Se trata, pues, de las líneas generales de lo que deben ser las políticas activas de fomento del autoempleo, líneas que han de ser materializadas y desarrolladas en función de la realidad socioeconómica.

V

La disposición adicional primera se refiere a la reforma del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.

Las modificaciones son las estrictamente necesarias como consecuencia de la inclusión de las controversias derivadas de los contratos de los trabajadores autónomos económicamente dependientes en el ámbito de la Jurisdicción Social. En coherencia con ello, también se establece la obligatoriedad de la conciliación previa no sólo ante el servicio administrativo correspondiente, sino también ante el órgano que eventualmente se haya podido crear mediante acuerdo de interés profesional.

La disposición adicional segunda supone el reconocimiento para que ciertos colectivos o actividades gocen de peculiaridades en materia de cotización, como complemento de las medidas de fomento del autoempleo. Se hace un mandato concreto para establecer reducciones en la cotización de los siguientes colectivos de trabajadores autónomos: los que ejercen una actividad por cuenta propia junto con otra actividad por cuenta ajena, de tal modo que la suma de ambas cotizaciones supera la base máxima, los hijos de trabajadores autónomos menores de 30 años que inician una labor en la actividad familiar y los trabajadores autónomos que se dedican a la venta ambulante o a la venta a domicilio.

La disposición adicional tercera recoge la obligación de que en el futuro todos los trabajadores autónomos que no lo hayan hecho tengan que optar por la cobertura de la incapacidad temporal, medida que favorece la convergencia con el Régimen General, así como la necesidad de llevar a cabo un estudio sobre las profesiones o actividades con mayor siniestralidad, en las que los colectivos de autónomos afectados deberán cubrir las contingencias profesionales.

La disposición adicional cuarta regula la prestación por cese de actividad. Recoge el compromiso del Gobierno para que, siempre que estén garantizados los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera y ello responda a las necesidades y preferencias de los trabajadores autónomos, proponga a las Cortes Generales la regulación de un sistema específico de protección por cese de actividad para los mismos, en función de sus características personales o de la naturaleza de la actividad ejercida.

La disposición adicional quinta especifica que lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 23, en los artículos 24 a 26 y en el párrafo c), apartado 2, del artículo 27, así como en las disposiciones adicionales segunda y tercera y en la disposición final segunda de la presente Ley no serán de aplicación a los trabajadores por cuenta propia o autónomos que, en los términos establecidos en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de supervisión y ordenación de los seguros privados, hayan optado u opten en el futuro por adscribirse a la Mutualidad de Previsión Social que tenga constituida el Colegio Profesional al que pertenezcan y que actúe como alternativa al Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

La disposición adicional sexta establece la necesidad de adecuación de la norma a las competencias autonómicas relativas a representatividad y registro especial de las asociaciones profesionales de autónomos en el ámbito territorial autonómico.

La disposición adicional séptima establece la posibilidad de actualizar las bases de cotización diferenciadas, reducciones o bonificaciones previstas para determinados colectivos de trabajadores autónomos en atención a sus especiales características, por medio de la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

La disposición adicional octava señala que el Gobierno planteará la presencia de los trabajadores autónomos en el Consejo Económico y Social, teniendo en cuenta la evolución del Consejo del Trabajo Autónomo en la representación de los mismos y el informe preceptivo del precitado Consejo Económico y Social.

La disposición adicional novena determina que se presentará un estudio por el Gobierno en un año sobre la evolución de la medida de pago único de la prestación por desempleo para el inicio de actividades por cuenta propia y a la posible ampliación de los porcentajes actuales de la capitalización dependiendo de los resultados de tal estudio.

La disposición adicional décima se refiere al encuadramiento en la Seguridad Social de los familiares del trabajador autónomo, aclarando que los trabajadores autónomos podrán contratar, como trabajadores por cuenta ajena, a los hijos menores de treinta años aunque éstos convivan con el trabajador autónomo y quedando excluida la cobertura por desempleo de los mismos.

La disposición adicional undécima supone adoptar para los trabajadores autónomos del sector del transporte la referencia del artículo 1.3 g) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, de inclusión en el ámbito subjetivo de la presente Ley, matizando los requisitos que en este caso deben cumplirse para los trabajadores autónomos de este sector para su consideración de trabajadores autónomos económicamente dependientes.

La disposición adicional duodécima establece la participación de trabajadores autónomos en programas de formación e información de prevención de riesgos laborales, con la finalidad de reducir la siniestralidad y evitar la aparición de enfermedades profesionales en los respectivos sectores, por medio de las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos y las organizaciones sindicales más representativas.

La disposición adicional decimotercera introduce incrementos en la reducción y la bonificación de la cotización a la Seguridad Social así como los periodos respectivos aplicables a los nuevos trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos que tengan 30 o menos años de edad y

35 años en el caso de trabajadoras autónomas, dando nueva redacción a la disposición adicional trigésima quinta de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

La disposición adicional decimocuarta señala un plazo de un año para que el Gobierno elabore un estudio sobre los sectores de actividad que tienen una especial incidencia en el colectivo de trabajadores autónomos.

La disposición adicional decimoquinta establece un plazo de un año para que el Gobierno presente un estudio sobre la actualización de la normativa que regula el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos establecida esencialmente en el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto.

La disposición adicional decimosexta determina el plazo de un año para que el Gobierno realice, en colaboración con las entidades más representativas de trabajadores autónomos, una campaña de difusión e información sobre la normativa y las características del Régimen Especial del Trabajador Autónomo.

La disposición adicional decimoséptima supone la determinación reglamentaria de los supuestos en que los agentes de seguros quedarían sujetos al contrato de trabajadores autónomos económicamente dependientes, sin afectar en ningún caso a la relación mercantil de aquellos.

Las disposiciones adicionales decimooctava y decimonovena se refieren, respectivamente, a los casos específicos de las personas con discapacidad y de los agentes comerciales.

De las disposiciones transitorias cabe destacar que la transitoria primera establece un plazo de seis meses para la adaptación de estatutos y reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones. La transitoria segunda fija los plazos de adaptación de los contratos vigentes de los trabajadores económicamente dependientes con una especificidad en el plazo de adaptación de dichos contratos en la transitoria tercera para los sectores del transporte y de los agentes de seguros.

La disposición final primera establece el título competencial que habilita al Estado a dictar esta Ley. En concreto la Ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.5.^a, legislación sobre Administración de Justicia, 6.^a, legislación mercantil y procesal, 7.^a, legislación laboral, 8.^a, legislación civil y 17.^a, legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social.

La disposición final segunda recoge el principio general del Pacto de Toledo de lograr la equiparación en aportaciones, derechos y obligaciones de los trabajadores autónomos con los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General.

La disposición final tercera habilita al Gobierno para dictar las disposiciones reglamentarias de ejecución y desarrollo necesarias para la aplicación de la Ley.

La disposición final cuarta establece que el Gobierno deberá informar a las Cortes Generales anualmente de la ejecución de previsiones contenidas en la presente Ley, incorporando en dicho informe el dictamen de los Órganos Consultivos.

La disposición final quinta establece un plazo de un año para el desarrollo reglamentario de la Ley en lo relativo al contrato de trabajo de los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

La disposición final sexta establece una «vacatio legis» de tres meses, plazo que se considera adecuado para la entrada en vigor de la Ley.

TÍTULO I

Ámbito de aplicación subjetivo

Artículo 1. Supuestos incluidos.

La presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena.

También será de aplicación esta Ley a los trabajos, realizados de forma habitual, por familiares de las personas definidas en el párrafo anterior que no tengan la condición de trabajadores por cuenta ajena, conforme a lo establecido en el artículo 1.3.e) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

Se declaran expresamente comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley, siempre que cumplan los requisitos a los que se refiere el apartado anterior:

Los socios industriales de sociedades regulares colectivas y de sociedades comanditarias.

Los comuneros de las comunidades de bienes y los socios de sociedades civiles irregulares, salvo que su actividad se limite a la mera administración de los bienes puestos en común.

Quienes ejerzan las funciones de dirección y gerencia que conlleva el desempeño del cargo de consejero o administrador, o presten otros servicios para una sociedad mercantil capitalista, a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posean el control efectivo, directo o indirecto de aquélla, en los términos previstos en la disposición adicional vigésima séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el Capítulo III del Título II de la presente Ley.

Cualquier otra persona que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 1.1 de la presente Ley.

Las inclusiones a las que se refiere el apartado anterior se entenderán sin perjuicio de la aplicación de sus respectivas normas específicas.

la presente Ley será de aplicación a los trabajadores autónomos extranjeros que reúnan los requisitos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Artículo 2. Supuestos excluidos.

Se entenderán expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la presente Ley, aquellas prestaciones de servicios que no cumplan con los requisitos del artículo 1.1, y en especial:

Las relaciones de trabajo por cuenta ajena a que se refiere el artículo 1.1 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

La actividad que se limita pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.3.c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

Las relaciones laborales de carácter especial a las que se refiere el artículo 2 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo y disposiciones complementarias.

TÍTULO II

Régimen profesional del trabajador autónomo

CAPÍTULO I

Fuentes del régimen profesional

Artículo 3. Fuentes del régimen profesional.

El régimen profesional del trabajador autónomo se registrará por:

Las disposiciones contempladas en la presente Ley, en lo que no se opongan a las legislaciones específicas aplicables a su actividad así como al resto de las normas legales y reglamentarias complementarias que sean de aplicación.

La normativa común relativa a la contratación civil, mercantil o administrativa reguladora de la correspondiente relación jurídica del trabajador autónomo.

Los pactos establecidos individualmente mediante contrato entre el trabajador autónomo y el cliente para el que desarrolle su actividad profesional. Se entenderán nulas y sin efectos las cláusulas establecidas en el contrato individual contrarias a las disposiciones legales de derecho necesario.

Los usos y costumbres locales y profesionales.

Los acuerdos de interés profesional serán, asimismo, fuente del régimen profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

Toda cláusula del contrato individual de un trabajador autónomo económicamente dependiente afiliado a un sindicato o asociado a una organización de autónomos, será nula cuando contravenga lo dispuesto en un acuerdo de interés profesional firmado por dicho sindicato o asociación que le sea de aplicación a dicho trabajador por haber prestado su consentimiento.

En virtud de lo dispuesto en la disposición final primera del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, el trabajo realizado por cuenta propia no estará sometido a la legislación laboral, excepto en aquellos aspectos que por precepto legal se disponga expresamente.

CAPÍTULO II

Régimen profesional común del trabajador autónomo

Artículo 4. Derechos profesionales.

Los trabajadores autónomos tienen derecho al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución Española y en los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España sobre la materia.

El trabajador autónomo tiene los siguientes derechos básicos individuales, con el contenido y alcance que para cada uno de ellos disponga su normativa específica:

Derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio.

Libertad de iniciativa económica y derecho a la libre competencia.

Derecho de propiedad intelectual sobre sus obras o prestaciones protegidas.

En el ejercicio de su actividad profesional, los trabajadores autónomos tienen los siguientes derechos individuales:

A la igualdad ante la ley y a no ser discriminados, directa o indirectamente, por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, estado civil, religión, convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual, uso de alguna de las lenguas oficiales dentro de España o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

A no ser discriminado por razones de discapacidad, de conformidad con lo establecido en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, así como a una adecuada protección frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo o por cualquier otra circunstancia o condición personal o social.

A la formación y readaptación profesionales.

A su integridad física y a una protección adecuada de su seguridad y salud en el trabajo.

A la percepción puntual de la contraprestación económica convenida por el ejercicio profesional de su actividad.

A la conciliación de su actividad profesional con la vida personal y familiar, con el derecho a suspender su actividad en las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el

embarazo, riesgo durante la lactancia y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales, en los términos previstos en la legislación de la Seguridad Social.

A la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, de conformidad con la legislación de la Seguridad Social, incluido el derecho a la protección en las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, aunque éstos sean provisionales.

Al ejercicio individual de las acciones derivadas de su actividad profesional.

A la tutela judicial efectiva de sus derechos profesionales, así como al acceso a los medios extrajudiciales de solución de conflictos.

Cualesquiera otros que se deriven de los contratos por ellos celebrados.

Artículo 5. Deberes profesionales básicos.

Son deberes profesionales básicos de los trabajadores autónomos los siguientes:

Cumplir con las obligaciones derivadas de los contratos por ellos celebrados, a tenor de los mismos, y con las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, a los usos y a la ley.

Cumplir con las obligaciones en materia de seguridad y salud laborales que la ley o los contratos que tengan suscritos les impongan, así como seguir las normas de carácter colectivo derivadas del lugar de prestación de servicios.

Afiliarse, comunicar las altas y bajas y cotizar al régimen de la Seguridad Social en los términos previstos en la legislación correspondiente.

Cumplir con las obligaciones fiscales y tributarias establecidas legalmente.

Cumplir con cualesquiera otras obligaciones derivadas de la legislación aplicable.

Cumplir con las normas deontológicas aplicables a la profesión.

Artículo 6. Derecho a la no discriminación y garantía de los derechos fundamentales y libertades públicas.

Los poderes públicos deben garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador autónomo.

Los poderes públicos y quienes contraten la actividad profesional de los trabajadores autónomos quedan sometidos a la prohibición de discriminación, tanto directa como indirecta, de dichos trabajadores, por los motivos señalados en el artículo 4.3.a) de la presente Ley.

La prohibición de discriminación afectará tanto a la libre iniciativa económica y a la contratación, como a las condiciones del ejercicio profesional.

Cualquier trabajador autónomo, las asociaciones que lo representen o los sindicatos que consideren lesionados sus derechos fundamentales o la concurrencia de un tratamiento discriminatorio podrán recabar la tutela del derecho ante el orden jurisdiccional competente por razón de la materia, mediante un procedimiento sumario y preferente. Si el órgano judicial estimara probada la vulneración del derecho denunciado, declarará la nulidad radical y el cese inmediato de la conducta y, cuando proceda, la reposición de la situación al momento anterior a producirse, así como la reparación de las consecuencias derivadas del acto.

Las cláusulas contractuales que vulneren el derecho a la no discriminación o cualquier derecho fundamental serán nulas y se tendrán por no puestas. El juez que declare la invalidez de dichas cláusulas integrará el contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1258 del Código Civil y, en su caso, determinará la indemnización correspondiente por los perjuicios sufridos.

En relación con el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo se estará a lo previsto en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Artículo 7. Forma y duración del contrato.

Los contratos que concierten los trabajadores autónomos de ejecución de su actividad profesional podrán celebrarse por escrito o de palabra. Cada una de las partes podrá exigir de la otra, en cualquier momento, la formalización del contrato por escrito.

El contrato podrá celebrarse para la ejecución de una obra o serie de ellas, o para la prestación de uno o más servicios y tendrá la duración que las partes acuerden.

Artículo 8. Prevención de riesgos laborales.

Las Administraciones Públicas competentes asumirán un papel activo en relación con la prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos, por medio de actividades de promoción de la prevención, asesoramiento técnico, vigilancia y control del cumplimiento por los trabajadores autónomos de la normativa de prevención de riesgos laborales.

Las Administraciones Públicas competentes promoverán una formación en prevención específica y adaptada a las peculiaridades de los trabajadores autónomos.

Cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores autónomos y trabajadores de otra u otras empresas, así como cuando los trabajadores autónomos ejecuten su actividad profesional en los locales o centros de trabajo de las empresas para las que presten servicios, serán de aplicación para todos ellos los deberes de cooperación, información e instrucción previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

Las empresas que contraten con trabajadores autónomos la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas, y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo, deberán vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por estos trabajadores.

Cuando los trabajadores autónomos deban operar con maquinaria, equipos, productos, materias o útiles proporcionados por la empresa para la que ejecutan su actividad profesional, pero no realicen esa actividad en el centro de trabajo de tal empresa, ésta asumirá las obligaciones consignadas en el último párrafo del artículo 41.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales.

En el caso de que las empresas incumplan las obligaciones previstas en los apartados 3 a 5 del presente artículo, asumirán las obligaciones indemnizatorias de los daños y perjuicios ocasionados, siempre y cuando haya relación causal directa entre tales incumplimientos y los perjuicios y daños causados.

La responsabilidad del pago establecida en el párrafo anterior, que recaerá directamente sobre el empresario infractor, lo será con independencia de que el trabajador autónomo se haya acogido o no a las prestaciones por contingencias profesionales.

El trabajador autónomo tendrá derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo cuando considere que dicha actividad entraña un riesgo grave e inminente para su vida o salud.

Las disposiciones contenidas en el presente artículo se aplicarán sin perjuicio de las obligaciones legales establecidas para los trabajadores autónomos con asalariados a su cargo en su condición de empresarios.

Artículo 9. Protección de menores.

Los menores de dieciséis años no podrán ejecutar trabajo autónomo ni actividad profesional, ni siquiera para sus familiares.

No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el caso de prestaciones de servicios en espectáculos públicos se estará a lo establecido en el artículo 6.4 del Texto Refundido de la

Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

Artículo 10. Garantías económicas.

Los trabajadores autónomos tienen derecho a la percepción de la contraprestación económica por la ejecución del contrato en el tiempo y la forma convenidos y de conformidad con lo previsto en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Cuando el trabajador autónomo ejecute su actividad profesional para un contratista o subcontratista, tendrá acción contra el empresario principal, hasta el importe de la deuda que éste adeude a aquél al tiempo de la reclamación, salvo que se trate de construcciones, reparaciones o servicios contratados en el seno del hogar familiar.

En materia de garantía del cobro de los créditos por el trabajo personal del trabajador autónomo se estará a lo dispuesto en la normativa civil y mercantil sobre privilegios y preferencias, así como en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, quedando en todo caso los trabajadores autónomos económicamente dependientes sujetos a la situación de privilegio general recogida en el artículo 91.3 de dicha Ley.

El trabajador autónomo responderá de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros, sin perjuicio de la inembargabilidad de los bienes establecida en los artículos 605, 606 y 607 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

A efectos de la satisfacción y cobro de las deudas de naturaleza tributaria y cualquier tipo de deuda que sea objeto de la gestión recaudatoria en el ámbito del Sistema de la Seguridad Social, embargado administrativamente un bien inmueble, si el trabajador autónomo acreditara fehacientemente que se trata de una vivienda que constituye su residencia habitual, la ejecución del embargo quedará condicionada, en primer lugar, a que no resulten conocidos otros bienes del deudor suficientes susceptibles de realización inmediata en el procedimiento ejecutivo, y en segundo lugar, a que entre la notificación de la primera diligencia de embargo y la realización material de la subasta, el concurso o cualquier otro medio administrativo de enajenación medie el plazo mínimo de un año. Este plazo no se interrumpirá ni se suspenderá, en ningún caso, en los supuestos de ampliaciones del embargo originario o en los casos de prórroga de las anotaciones registrales.

CAPÍTULO III

Régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente

Artículo 11. Concepto y ámbito subjetivo.

Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2.d) de la presente Ley son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

Para el desempeño de la actividad económica o profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente, éste deberá reunir simultáneamente las siguientes condiciones:

No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes.

No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.

Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.

Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.

Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla.

Los titulares de establecimientos o locales comerciales e industriales y de oficinas y despachos abiertos al público y los profesionales que ejerzan su profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier otra forma jurídica admitida en derecho no tendrán en ningún caso la consideración de trabajadores autónomos económicamente dependientes.

Artículo 12. Contrato.

El contrato para la realización de la actividad profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente celebrado entre éste y su cliente deberá formalizarse siempre por escrito y deberá ser registrado en la oficina pública correspondiente. Dicho registro no tendrá carácter público.

Reglamentariamente se regularán las características de dichos contratos y del Registro en el que deberán inscribirse, así como las condiciones para que los representantes legales de los trabajadores tengan acceso a la información de los contratos que su empresa celebre con trabajadores autónomos económicamente dependientes.

De dicha información se excluirá, en todo caso, el número del documento nacional de identidad, el domicilio, el estado civil y cualquier otro dato que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, pudiera afectar a la intimidad personal.

El trabajador autónomo deberá hacer constar expresamente en el contrato su condición de dependiente económicamente respecto del cliente que le contrate, así como las variaciones que se produjeran al respecto. La condición de dependiente sólo se podrá ostentar respecto de un único cliente.

En el supuesto de un trabajador autónomo que contratase con varios clientes su actividad profesional o la prestación de sus servicios, cuando se produjera una circunstancia sobrevenida del trabajador autónomo, cuya consecuencia derivara en el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 11, se respetará íntegramente el contrato firmado entre ambas partes hasta la extinción del mismo, salvo que éstas acordasen modificarlo para actualizarlo a las nuevas condiciones que corresponden a un trabajador autónomo económicamente dependiente.

Cuando en el contrato no se hubiera fijado una duración o un servicio determinado, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el contrato ha sido pactado por tiempo indefinido.

Artículo 13. Acuerdos de interés profesional.

Los acuerdos de interés profesional previstos en el apartado 2 del artículo 3 de la presente Ley, concertados entre las asociaciones o sindicatos que representen a los trabajadores autónomos económicamente dependientes y las empresas para las que ejecuten su actividad podrán establecer las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de dicha actividad, así como otras condiciones generales de contratación. En todo caso, los acuerdos de interés profesional observarán los límites y condiciones establecidos en la legislación de defensa de la competencia.

Los acuerdos de interés profesional deberán concertarse por escrito.

Se entenderán nulas y sin efectos las cláusulas de los acuerdos de interés profesional contrarias a disposiciones legales de derecho necesario.

Los acuerdos de interés profesional se pactarán al amparo de las disposiciones del Código Civil. La eficacia personal de dichos acuerdos se limitará a las partes firmantes y, en su caso, a los afiliados a las asociaciones de autónomos o sindicatos firmantes que hayan prestado expresamente su consentimiento para ello.

Artículo 14. Jornada de la actividad profesional.

El trabajador autónomo económicamente dependiente tendrá derecho a una interrupción de su actividad anual de 18 días hábiles, sin perjuicio de que dicho régimen pueda ser mejorado mediante contrato entre las partes o mediante acuerdos de interés profesional.

Mediante contrato individual o acuerdo de interés profesional se determinará el régimen de descanso semanal y el correspondiente a los festivos, la cuantía máxima de la jornada de actividad y, en el caso de que la misma se compute por mes o año, su distribución semanal.

La realización de actividad por tiempo superior al pactado contractualmente será voluntaria en todo caso, no pudiendo exceder del incremento máximo establecido mediante acuerdo de interés profesional. En ausencia de acuerdo de interés profesional, el incremento no podrá exceder del 30 por ciento del tiempo ordinario de actividad individualmente acordado.

El horario de actividad procurará adaptarse a los efectos de poder conciliar la vida personal, familiar y profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente.

La trabajadora autónoma económicamente dependiente que sea víctima de la violencia de género tendrá derecho a la adaptación del horario de actividad con el objeto de hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

Artículo 15. Extinción contractual.

La relación contractual entre las partes se extinguirá por alguna de las siguientes circunstancias:

Mutuo acuerdo de las partes.

Causas válidamente consignadas en el contrato, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto.

Muerte y jubilación o invalidez incompatibles con la actividad profesional, conforme a la correspondiente legislación de Seguridad Social.

Desistimiento del trabajador autónomo económicamente dependiente, debiendo en tal caso mediar el preaviso estipulado o conforme a los usos y costumbres.

Voluntad del trabajador autónomo económicamente dependiente, fundada en un incumplimiento contractual grave de la contraparte.

Voluntad del cliente por causa justificada, debiendo mediar el preaviso estipulado o conforme a los usos y costumbres.

Por decisión de la trabajadora autónoma económicamente dependiente que se vea obligada a extinguir la relación contractual como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

Cualquier otra causa legalmente establecida.

Cuando la resolución contractual se produzca por la voluntad de una de las partes fundada en un incumplimiento contractual de la otra, quien resuelva el contrato tendrá derecho a percibir la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

Cuando la resolución del contrato se produzca por voluntad del cliente sin causa justificada, el trabajador autónomo económicamente dependiente tendrá derecho a percibir la indemnización prevista en el apartado anterior.

Si la resolución se produce por desistimiento del trabajador autónomo económicamente dependiente, y sin perjuicio del preaviso previsto en el párrafo d) del apartado 1 del presente artículo, el cliente podrá ser indemnizado cuando dicho desistimiento le ocasione un perjuicio importante que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad.

Cuando la parte que tenga derecho a la indemnización sea el trabajador autónomo económicamente dependiente, la cuantía de la indemnización será la fijada en el contrato individual o en el acuerdo de interés profesional que resulte de aplicación. En los casos en que no estén regulados, a los efectos de determinar su cuantía se tomarán en consideración, entre otros factores, el tiempo restante previsto de duración del contrato, la gravedad del incumplimiento del cliente, las inversiones y gastos anticipados por el trabajador autónomo económicamente dependiente vinculados a la ejecución de la actividad profesional contratada y el plazo de preaviso otorgado por el cliente sobre la fecha de extinción del contrato.

Artículo 16. Interrupciones justificadas de la actividad profesional.

Se considerarán causas debidamente justificadas de interrupción de la actividad por parte del trabajador económicamente dependiente las fundadas en:

Mutuo acuerdo de las partes.

La necesidad de atender responsabilidades familiares urgentes, sobrevenidas e imprevisibles.

El riesgo grave e inminente para la vida o salud del trabajador autónomo, según lo previsto en el apartado 7 del artículo 8 de la presente Ley.

Incapacidad temporal, maternidad o paternidad.

La situación de violencia de género, para que la trabajadora autónoma económicamente dependiente haga efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

Fuerza mayor.

Mediante contrato o acuerdo de interés profesional podrán fijarse otras causas de interrupción justificada de la actividad profesional.

Las causas de interrupción de la actividad previstas en los apartados anteriores no podrán fundamentar la extinción contractual por voluntad del cliente prevista en la letra f) del apartado 1 del artículo anterior, todo ello sin perjuicio de otros efectos que para dichos supuestos puedan acordar las partes. Si el cliente diera por extinguido el contrato, tal circunstancia se consideraría como una falta de justificación a los efectos de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior.

No obstante, cuando en los supuestos contemplados en las letras d) y f) del apartado 1 la interrupción ocasione un perjuicio importante al cliente que paralice o perturbe el normal desarrollo de su actividad, podrá considerarse justificada la extinción del contrato, a efectos de lo dispuesto en la letra f) del apartado 1 del artículo anterior.

Artículo 17. Competencia jurisdiccional.

Los órganos jurisdiccionales del orden social serán los competentes para conocer las pretensiones derivadas del contrato celebrado entre un trabajador autónomo económicamente dependiente y su cliente.

Los órganos jurisdiccionales del orden social serán también los competentes para conocer de todas las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los acuerdos de interés profesional, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de defensa de la competencia.

artículo 18. Procedimientos no jurisdiccionales de solución de conflictos.

Será requisito previo para la tramitación de acciones judiciales en relación con el régimen profesional de los trabajadores autónomos económicamente dependientes el intento de conciliación o mediación ante el órgano administrativo que asuma estas funciones. No obstante, a tales efectos, los acuerdos de interés profesional a los que se refiere el artículo 13 de la presente Ley podrán instituir órganos específicos de solución de conflictos.

Los procedimientos no jurisdiccionales de solución de conflictos estarán basados en los principios de gratuidad, celeridad, agilidad y efectividad.

Lo acordado en avenencia tendrá fuerza ejecutiva entre las partes intervinientes, sin necesidad de ratificación ante el órgano judicial, pudiendo llevarse a efecto por el trámite de ejecución de sentencias.

Las partes podrán igualmente someter sus discrepancias a arbitraje voluntario. Se entenderán equiparados a las sentencias firmes los laudos arbitrales igualmente firmes dictados al efecto. El procedimiento arbitral se someterá a lo pactado entre las partes o al régimen que en su caso se pueda establecer mediante acuerdo de interés profesional, entendiéndose aplicable, en su defecto, la regulación contenida en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transportes Terrestres o en cualquier otra normativa específica o sectorial.

TÍTULO III

Derechos colectivos del trabajador autónomo

Artículo 19. Derechos colectivos básicos.

Los trabajadores autónomos son titulares de los derechos a:

Afiliarse al sindicato o asociación empresarial de su elección, en los términos establecidos en la legislación correspondiente.

Afiliarse y fundar asociaciones profesionales específicas de trabajadores autónomos sin autorización previa.

Ejercer la actividad colectiva de defensa de sus intereses profesionales.

Las asociaciones de trabajadores autónomos son titulares de los derechos de carácter colectivo a:

Constituir federaciones, confederaciones o uniones, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para la constitución de asociaciones, con acuerdo expreso de sus órganos competentes. Asimismo, podrán establecer los vínculos que consideren oportunos con organizaciones sindicales y asociaciones empresariales.

Concertar acuerdos de interés profesional para los trabajadores autónomos económicamente dependientes afiliados en los términos previstos en el artículo 13 de la presente Ley.

Ejercer la defensa y tutela colectiva de los intereses profesionales de los trabajadores autónomos.

Participar en los sistemas no jurisdiccionales de solución de las controversias colectivas de los trabajadores autónomos cuando esté previsto en los acuerdos de interés profesional.

Las asociaciones representativas de trabajadores autónomos también serán titulares de las facultades establecidas en el artículo 21.5 de la presente Ley.

Sin perjuicio de las facultades que corresponden a los sindicatos en el ejercicio del derecho a la libertad sindical, éstos gozarán, además, de todos los derechos del apartado 2 de este artículo respecto de sus trabajadores autónomos afiliados.

Artículo 20. Derecho de asociación profesional de los trabajadores autónomos.

Las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos se constituirán y regirán por lo previsto en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación y sus normas de desarrollo, con las especialidades previstas en la presente Ley.

Estas asociaciones, en cuya denominación y estatutos se hará referencia a su especialidad subjetiva y de objetivos, tendrán por finalidad la defensa de los intereses profesionales de los trabajadores autónomos y funciones complementarias, pudiendo desarrollar cuantas actividades lícitas vayan encaminadas a tal finalidad. En ningún caso podrán tener ánimo de lucro. Las mismas gozarán de autonomía frente a las Administraciones Públicas, así como frente a cualesquiera otros sujetos públicos o privados.

Con independencia de lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos deberán inscribirse y depositar sus estatutos en el registro especial de la oficina pública establecida al efecto en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales o de la correspondiente Comunidad Autónoma, en el que la asociación desarrolle principalmente su actividad.

Tal registro será específico y diferenciado del de cualesquiera otras organizaciones sindicales, empresariales o de otra naturaleza que puedan ser objeto de registro por esa oficina pública.

Estas asociaciones podrán ser declaradas de utilidad pública conforme a lo previsto en los artículos 32 a 36 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

Estas asociaciones profesionales sólo podrán ser suspendidas o disueltas mediante resolución firme de la autoridad judicial fundada en incumplimiento grave de las leyes.

Artículo 21. Determinación de la representatividad de las asociaciones de trabajadores autónomos.

Sin perjuicio de la representación que ostentan de sus afiliados y a los efectos de lo previsto en este artículo y el siguiente, tendrán la consideración de asociaciones profesionales representativas de los trabajadores autónomos aquellas que, inscritas en el registro especial establecido al efecto, demuestren una suficiente implantación en el ámbito territorial en el que actúen. Dicha implantación habrá de acreditarse a través de criterios objetivos de los que pueda deducirse la representatividad de la asociación, entre ellos el grado de afiliación de trabajadores autónomos a la asociación, el número de asociaciones con las que se hayan firmado convenios o acuerdos de representación o de otra naturaleza, los recursos humanos y materiales, los acuerdos de interés profesional en los que hayan participado, la presencia de sedes permanentes en su ámbito de actuación y cualesquiera otros criterios de naturaleza similar y de carácter objetivo. Los citados criterios se desarrollarán mediante una norma reglamentaria.

La condición de asociación representativa en el ámbito estatal será declarada por un Consejo formado por funcionarios de la Administración General del Estado y por expertos de reconocido prestigio, imparciales e independientes. Reglamentariamente se determinará la composición de dicho Consejo, que en todo caso estará integrado por un número impar de miembros, no superior a cinco, así como sus funciones y procedimiento de funcionamiento.

Las resoluciones dictadas por el Consejo a que se refiere el apartado anterior serán directamente recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La capacidad representativa reconocida en este artículo a las asociaciones de trabajadores autónomos se podrá ejercer en el ámbito de actuación territorial de la correspondiente asociación.

Las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos y las organizaciones sindicales más representativas, de conformidad con los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, gozarán de una posición jurídica singular, que les otorga capacidad jurídica para actuar en representación de los trabajadores autónomos para:

Ostentar representación institucional ante las Administraciones Públicas u otras entidades u organismos de carácter estatal o de Comunidad Autónoma que la tengan prevista.

Ser consultadas cuando las Administraciones Públicas diseñen las políticas públicas que incidan sobre el trabajo autónomo.

Gestionar programas públicos dirigidos a los trabajadores autónomos en los términos previstos legalmente.

Cualquier otra función que se establezca legal o reglamentariamente.

Artículo 22. Consejo del Trabajo Autónomo.

El Consejo del Trabajo Autónomo se constituye, al amparo de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, como órgano consultivo del Gobierno en materia socioeconómica y profesional del trabajo autónomo.

Son funciones del Consejo:

Emitir su parecer con carácter facultativo sobre:

Los anteproyectos de leyes o proyectos de Reales Decretos que incidan sobre el trabajo autónomo. En el supuesto de que se produjeran modificaciones que pudieran afectar al Estatuto de Trabajo Autónomo, el informe tendrá carácter preceptivo.

El diseño de las políticas públicas de carácter estatal en materia de trabajo autónomo.

Cualesquiera otros asuntos que se sometan a consulta del mismo por el Gobierno de la Nación o sus miembros.

Elaborar, a solicitud del Gobierno de la Nación o de sus miembros, o por propia iniciativa, estudios o informes relacionados con el ámbito de sus competencias.

Elaborar su reglamento de funcionamiento interno.

Cualesquiera otras competencias que le sean atribuidas legal o reglamentariamente.

El Consejo del Trabajo Autónomo estará compuesto por representantes de las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos representativas cuyo ámbito de actuación sea intersectorial y estatal, por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y por representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de la asociación de Entidades Locales más representativa en el ámbito estatal.

Si se constituyeran Consejos del Trabajo Autónomo de ámbito autonómico, formará parte del Consejo del Trabajo Autónomo un representante designado por cada uno de los consejos autonómicos existentes.

La Presidencia del Consejo corresponderá al Secretario General de Empleo y, por delegación, al Director General de la Economía Social, del Trabajo Autónomo y del Fondo Social Europeo.

Los créditos necesarios para su funcionamiento se consignarán en los presupuestos del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Reglamentariamente se desarrollará la composición y régimen de funcionamiento del Consejo.

Las Comunidades Autónomas podrán constituir, en su ámbito territorial, Consejos Consultivos en materia socioeconómica y profesional del trabajo autónomo. Así mismo podrán regular la composición y el funcionamiento de los mismos.

TÍTULO IV

Protección social del trabajador autónomo

Artículo 23. El derecho a la Seguridad Social.

De conformidad con el artículo 41 de la Constitución, las personas que ejerzan una actividad profesional o económica por cuenta propia o autónoma tendrán derecho al mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social, que les garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad.

Las prestaciones complementarias serán libres.

La protección de los trabajadores por cuenta propia o autónomos se instrumentará a través de un único régimen, que se denominará Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, sin perjuicio de que algunos colectivos específicos de trabajadores autónomos, en razón de su pertenencia a un determinado sector económico, estén encuadrados en otros regímenes de la Seguridad Social.

Artículo 24. Afiliación a la Seguridad Social.

La afiliación al sistema de la Seguridad Social es obligatoria para los trabajadores autónomos o por cuenta propia, y única para su vida profesional, sin perjuicio de las altas y bajas en los distintos regímenes que integran el sistema de Seguridad Social, así como de las demás variaciones que puedan producirse con posterioridad a la afiliación.

Artículo 25. Cotización a la Seguridad Social.

La cotización es obligatoria en el Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos en los términos previstos en el artículo 15 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y demás disposiciones de desarrollo.

La Ley podrá establecer bases de cotización diferenciadas para los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

La Ley podrá establecer reducciones o bonificaciones en las bases de cotización o en las cuotas de Seguridad Social para determinados colectivos de trabajadores autónomos en atención a sus características personales o a las características profesionales de la actividad ejercida.

Artículo 26. Acción protectora.

La acción protectora del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, en los términos y conforme a las condiciones legalmente previstas, comprenderá, en todo caso:

La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, enfermedad común o profesional y accidentes, sean o no de trabajo.

Las prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad, riesgo durante la lactancia, incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia y familiares por hijo a cargo.

Las prestaciones de servicios sociales serán las establecidas legalmente y en todo caso comprenderá las prestaciones en materia de reeducación, de rehabilitación de personas con discapacidad, de asistencia a la tercera edad y de recuperación profesional.

Los trabajadores autónomos económicamente dependientes deberán incorporar obligatoriamente, dentro del ámbito de la acción protectora de la Seguridad Social, la cobertura de la incapacidad temporal y de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

A los efectos de esta cobertura, se entenderá por accidente de trabajo toda lesión corporal del trabajador autónomo económicamente dependiente que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional, considerándose también accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el accidente no tiene relación con el trabajo cuando haya ocurrido fuera del desarrollo de la actividad profesional de que se trate.

Los poderes públicos promoverán políticas que incentiven la continuidad en el ejercicio de la profesión, trabajo o actividad económica de los trabajadores por cuenta propia, una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación.

No obstante, en atención a la naturaleza tóxica, peligrosa o penosa de la actividad ejercida, y en los términos que reglamentariamente se establezcan, los trabajadores autónomos afectados que reúnan las condiciones establecidas para causar derecho a la pensión de jubilación, con excepción de la relativa a la edad, podrán acceder a la jubilación anticipada, en los mismos supuestos y colectivos para los que esté establecido dicho derecho respecto de los trabajadores por cuenta ajena.

En este sentido, se entenderán comprendidos los trabajadores autónomos con discapacidad en las mismas condiciones que los trabajadores por cuenta ajena.

La acción protectora del régimen público de Seguridad Social de los trabajadores autónomos tenderá a converger en aportaciones, derechos y prestaciones con la existente para los trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social.

TÍTULO V

Fomento y promoción del trabajo autónomo

Artículo 27. Política de fomento del trabajo autónomo.

Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptarán políticas de fomento del trabajo autónomo dirigidas al establecimiento y desarrollo de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia.

Estas políticas se materializarán, en particular, en medidas dirigidas a:

Remover los obstáculos que impidan el inicio y desarrollo de una actividad económica o profesional por cuenta propia.

Facilitar y apoyar las diversas iniciativas de trabajo autónomo.

Establecer exenciones, reducciones o bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social.

Promover el espíritu y la cultura emprendedora.

Fomentar la formación y readaptación profesionales.

Proporcionar la información y asesoramiento técnico necesario.

Facilitar el acceso a los procesos de innovación tecnológica y organizativa, de forma que se mejore la productividad del trabajo o servicio realizado.

Crear un entorno que fomente el desarrollo de las iniciativas económicas y profesionales en el marco del trabajo autónomo.

Apoyar a los emprendedores en el ámbito de actividades innovadoras vinculadas con los nuevos yacimientos de empleo, de nuevas tecnologías o de actividades de interés público, económico o social.

La elaboración de esta política de fomento del trabajo autónomo tenderá al logro de la efectividad de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y prestará especial atención a los colectivos de personas desfavorecidas o no suficientemente representadas, entre los cuales las personas con discapacidad ocupan un lugar preferente.

Artículo 28. Formación profesional y asesoramiento técnico.

El fomento del trabajo autónomo se dirigirá especialmente a integrar dentro del sistema educativo y, en particular, del sistema de formación profesional la promoción del trabajo autónomo, a propiciar la formación y readaptación profesionales de los trabajadores autónomos, facilitando su acceso a los programas de formación profesional, que se orientarán a la mejora de su capacitación profesional y al desarrollo de su capacidad gerencial.

El fomento del trabajo autónomo también atenderá las necesidades de información y asesoramiento técnico para su creación, consolidación y renovación, promoviendo, a estos efectos, las fórmulas de comunicación y cooperación entre autónomos.

Artículo 29. Apoyo financiero a las iniciativas económicas.

Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias y en el marco de los compromisos asumidos en la Unión Europea, adoptarán programas de ayuda financiera a las iniciativas económicas de las personas emprendedoras.

La elaboración de estos programas atenderá a la necesidad de tutela de los colectivos con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo, a la garantía de la viabilidad futura de los proyectos beneficiarios, así como a la exigencia de evaluación de los efectos de las ayudas económicas sobre los objetivos propuestos.

Los poderes públicos favorecerán mediante una política fiscal adecuada la promoción del trabajo autónomo.

Disposición adicional primera. Modificación del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril.

El texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, queda modificado como sigue:

Uno.

La letra p) del artículo 2 queda redactada del modo siguiente:

«p) en relación con el régimen profesional, tanto en su vertiente individual como colectiva, de los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo.»

Dos.

Se introduce una nueva letra q) al artículo 2 con el contenido siguiente:

«q) respecto de cualesquiera otras cuestiones que les sean atribuidas por normas con rango de Ley.»

Tres.

Se modifica el apartado 2 del artículo 16 que queda redactado de la siguiente manera:

«2. Tendrán capacidad procesal los trabajadores mayores de dieciséis años y menores de dieciocho respecto de los derechos e intereses legítimos derivados de sus contratos de trabajo y de la relación de Seguridad Social cuando legalmente no precisen para la celebración de dichos contratos autorización de sus padres, tutores o de la persona o institución que los tenga a su cargo, o hubieran obtenido autorización para contratar de sus padres, tutores o persona o

institución que los tenga a su cargo conforme a la legislación laboral o la legislación civil o mercantil respectivamente. Igualmente tendrán capacidad procesal los trabajadores autónomos económicamente dependientes mayores de dieciséis años.»

Cuatro.

Se añade un apartado 3 al artículo 17 que queda redactado de la siguiente manera:

«3. Las organizaciones de trabajadores autónomos tendrán legitimación para la defensa de los acuerdos de interés profesional por ellas firmados.»

Cinco.

Se da nueva redacción al artículo 63 que queda redactado de la siguiente manera:

«Artículo 63. Será requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos a los que se refiere el artículo 83 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como los acuerdos de interés profesional a los que se refiere el artículo 13 de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo.»

Disposición adicional segunda. Reducciones y bonificaciones en las cotizaciones.

La Ley establecerá reducciones y bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social en favor de los siguientes colectivos de trabajadores autónomos:

Quienes en función de otra actividad realizada coticen, sumando las bases de cotización, por encima de la base máxima del Régimen General de la Seguridad Social.

Las personas con discapacidad que realicen un trabajo autónomo.

Los trabajadores autónomos que se dediquen a la actividad de venta ambulante o a la venta a domicilio.

Aquellos colectivos que se determinen legal o reglamentariamente.

Las Administraciones Públicas competentes podrán suscribir convenios con la Seguridad Social con objeto de propiciar la reducción de las cotizaciones de las personas que, en régimen de autonomía, se dediquen a actividades artesanales o artísticas.

Disposición adicional tercera. Cobertura de la incapacidad temporal y de las contingencias profesionales en el Régimen de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomo.

A partir del día primero de enero del ejercicio siguiente a la entrada en vigor de la presente Ley, los trabajadores por cuenta propia o autónomos que no hayan optado por dar cobertura a las prestaciones de incapacidad temporal, deberán llevarlo a cabo de forma obligatoria, siempre que no tengan derecho a dicha prestación en razón de la actividad realizada en otro Régimen de la Seguridad Social.

De igual forma, la anterior fecha se tomará para la entrada en vigor de la obligatoriedad de cotización establecida en el punto 3 del artículo 26 de la presente Ley.

Por el Gobierno se determinarán aquellas actividades profesionales desarrolladas por trabajadores autónomos que presentan un mayor riesgo de siniestralidad, en las que será obligatoria la cobertura de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. En tales supuestos, será de aplicación lo previsto en el apartado 3 del artículo 26.

Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a los trabajadores por cuenta propia agrarios, incorporados al «Sistema Especial de Trabajadores Agrarios por Cuenta Propia», para quien la cobertura de la incapacidad temporal y de las contingencias profesionales seguirán siendo de cobertura voluntaria.

Disposición adicional cuarta. Prestación por cese de actividad.

El Gobierno, siempre que estén garantizados los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera y ello responda a las necesidades y preferencias de los trabajadores autónomos, propondrá a las Cortes Generales la regulación de un sistema específico de

protección por cese de actividad para los mismos, en función de sus características personales o de la naturaleza de la actividad ejercida.

La articulación de la prestación por cese de actividad se realizará de tal forma que, en los supuestos en que deba aplicarse en edades cercanas a la legal de jubilación, su aplicación garantice, en combinación con las medidas de anticipación de la edad de jubilación en circunstancias concretas contempladas en la Ley General de la Seguridad Social, que el nivel de protección dispensado sea el mismo, en supuestos equivalentes de carrera de cotización, esfuerzo contributivo y causalidad, que el de los trabajadores por cuenta ajena, sin que ello pueda implicar costes adicionales en el nivel no contributivo.

Las Administraciones Públicas podrán, por razones de política económica debidamente justificadas, cofinanciar planes de cese de actividad dirigidos a colectivos o sectores económicos concretos.

Disposición adicional quinta. Profesionales incorporados a Mutualidades de Previsión Social alternativas.

Lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 23, en los artículos 24 a 26 y en el párrafo c), apartado 2, del artículo 27, así como en las disposiciones adicionales segunda y tercera y en la disposición final segunda de la presente Ley no serán de aplicación a los trabajadores por cuenta propia o autónomos que, en los términos establecidos en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 30/1995, de supervisión y ordenación de los seguros privados, hayan optado u opten en el futuro por adscribirse a la Mutualidad de Previsión Social que tenga constituida el Colegio Profesional al que pertenezcan y que actúe como alternativa al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos.

Disposición adicional sexta. Comunidades Autónomas.

A los efectos de lo previsto en el artículo 21.5 de esta Ley, las Comunidades Autónomas determinarán la representatividad de las asociaciones de trabajadores autónomos de acuerdo con los criterios a los que se refiere el artículo 21.1 de la misma y crearán, en su ámbito territorial, el registro especial según lo dispuesto en el artículo 20.3 de la presente Ley.

Disposición adicional séptima. Actualización de cotizaciones.

La Ley de Presupuestos Generales del Estado podrá establecer las bases de cotización diferenciadas, reducciones o bonificaciones a las que se refiere el artículo 25 y la disposición adicional segunda de esta Ley.

Disposición adicional octava. Participación de los trabajadores autónomos en el Consejo Económico y Social.

El Gobierno planteará la presencia de los trabajadores autónomos en el Consejo Económico y Social teniendo en cuenta:

La evolución del Consejo del Trabajo Autónomo en la representación de los mismos.

El informe preceptivo del Consejo Económico y Social sobre la composición del mismo que deberá realizar para ello en el menor plazo de tiempo posible.

Disposición adicional novena. Pago único de la prestación por desempleo.

El Gobierno en el plazo de un año elaborará un estudio sobre la evolución de la medida de pago único de la prestación por desempleo para el inicio de actividades por cuenta propia, si el resultado es favorable en cuanto a creación de empleo autónomo, ampliará los porcentajes actuales de la capitalización de la prestación de desempleo destinados a financiar la inversión.

Disposición adicional décima. Encuadramiento en la Seguridad Social de los familiares del trabajador autónomo.

Los trabajadores autónomos podrán contratar, como trabajadores por cuenta ajena, a los hijos menores de treinta años, aunque convivan con él. En este caso, del ámbito de la acción

protectora dispensada a los familiares contratados quedará excluida la cobertura por desempleo.

Disposición adicional undécima. Trabajadores autónomos del sector del transporte.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.3 g) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, se consideran incluidas en el ámbito regulado por la presente Ley las personas prestadoras del servicio del transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada mediante el correspondiente precio con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador.

En este caso, serán trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2 d) de la presente Ley aquellos que cumplan con lo dispuesto en el artículo 11.1 y 11.2 a) de la misma.

Disposición adicional duodécima. Participación de trabajadores autónomos en programas de formación e información de prevención de riesgos laborales.

Con la finalidad de reducir la siniestralidad y evitar la aparición de enfermedades profesionales en los respectivos sectores, las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos y las organizaciones sindicales más representativas podrán realizar programas permanentes de información y formación correspondientes a dicho colectivo, promovidos por las Administraciones Públicas competentes en materia de prevención de riesgos laborales y de reparación de las consecuencias de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales.

Disposición adicional decimotercera. Adaptación de la Ley General de la Seguridad Social.

El apartado 1 de la disposición adicional trigésima quinta del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, introducida por el artículo 5 de la Ley 36/2003, de 11 de diciembre, y modificada por la disposición adicional cuadragésima cuarta. Tres de la Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2005, queda modificado del siguiente modo:

Donde dice: «a partir de 1 de enero de 2005».

Debe decir: «a partir de la entrada en vigor del Estatuto del Trabajo Autónomo».

Donde dice: «25 por 100».

Debe decir: «30 por 100».

Donde dice: «durante los 12 meses inmediatamente...».

Debe decir: «durante los 15 meses inmediatamente...».

Donde dice: «en los 12 meses siguientes...».

Debe decir: «en los 15 meses siguientes...».

Disposición adicional decimocuarta. Estudio sectorial del trabajo autónomo.

El Gobierno elaborará, en el plazo de un año, un estudio sobre los sectores de actividad que tienen una especial incidencia en el colectivo de trabajadores autónomos, que incluya, entre otros, los siguientes aspectos:

Los efectos que tienen las especificidades propias de cada sector en las condiciones del trabajo (retributivas, conciliación familiar, protección social, etc.) que realiza el trabajador autónomo.

Un diagnóstico sobre los sectores en reconversión o sometidos a procesos de modernización que tienen una mayor afectación en la actividad realizada por trabajadores autónomos.

Un análisis sobre la necesidad de incentivar el cese anticipado de trabajadores autónomos en determinados sectores.

disposición adicional decimoquinta. Adaptación del Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.

En el plazo de un año, el Gobierno presentará un estudio sobre la actualización de la normativa que regula el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos establecida

esencialmente en el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, parcialmente derogado, a las necesidades y exigencias actuales del colectivo de los trabajadores autónomos.

Este estudio preverá las medidas necesarias para fijar la convergencia en las aportaciones y derechos de los trabajadores autónomos, en relación a los establecidos por los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social.

Disposición adicional decimosexta. Campaña de difusión del Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.

En el plazo de un año, el Gobierno realizará, en colaboración con las entidades más representativas de trabajadores autónomos, una campaña de difusión e información sobre la normativa y las características del Régimen Especial del Trabajador Autónomo.

Disposición adicional decimoséptima. Contratos de trabajadores autónomos económicamente dependientes en el sector de los agentes de seguros.

Los contratos celebrados por los agentes de seguros que cumplan con las condiciones establecidas en el capítulo tercero de la presente Ley y los supuestos en que dichos agentes quedarían sujetos al mismo se determinarán reglamentariamente sin afectar, en ningún caso, su relación mercantil.

Disposición adicional decimoctava. Personas con discapacidad.

A los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de personas con discapacidad las comprendidas en el número 2 del artículo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Disposición adicional decimonovena. Agentes comerciales.

En los supuestos de agentes comerciales que, actuando como intermediarios independientes, se encarguen de manera continuada o estable y a cambio de remuneración, de promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, a los efectos de ser considerados trabajadores autónomos económicamente dependientes, no les será de aplicación el requisito de asumir el riesgo y ventura de tales operaciones, contemplado en el artículo 11, apartado 2, letra e).

Disposición transitoria primera. Adaptación de estatutos y reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones.

Las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos constituidas en aplicación de la legislación anterior y que gocen de personalidad jurídica a la entrada en vigor de esta Ley, conservarán su reconocimiento a todos los efectos, quedando automáticamente convalidadas.

En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la presente Ley deberán proceder a adaptar sus estatutos a lo previsto en ella, así como a inscribirse en el registro previsto en la oficina pública establecida al efecto.

Disposición transitoria segunda. Adaptación de los contratos vigentes de los trabajadores autónomos económicamente dependientes.

Los contratos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley entre el trabajador autónomo económicamente dependiente y el cliente, deberán adaptarse a las previsiones contenidas en la misma dentro del plazo de seis meses desde la entrada en vigor de las disposiciones reglamentarias que se dicten en su desarrollo, salvo que en dicho periodo alguna de las partes opte por rescindir el contrato.

El trabajador autónomo en el que concurra la circunstancia de ser económicamente dependiente, deberá comunicarlo al cliente respecto al que adquiriera esta condición, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de las citadas disposiciones reglamentarias.

Disposición transitoria tercera. Adaptación de los contratos vigentes de los trabajadores autónomos económicamente dependientes en el sector del transporte y el sector de los agentes de seguros.

Los contratos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley entre el trabajador autónomo económicamente dependiente y el cliente a los que se refiere la disposición adicional undécima y los contratos celebrados por los agentes de seguros que les resulte de aplicación el capítulo tercero de la presente Ley, deberán adaptarse a las previsiones contenidas en la misma dentro del plazo de dieciocho meses desde la entrada en vigor de las disposiciones reglamentarias que se dicten en su desarrollo, salvo que en dicho periodo alguna de las partes opte por rescindir el contrato.

El trabajador autónomo en el que concurra la circunstancia de ser económicamente dependiente en el supuesto al que se refiere la disposición adicional undécima y en el supuesto del agente de seguros, deberá comunicarlo al cliente respecto al que adquiera esta condición, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente Ley.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a la presente Ley.

Disposición final primera. Título competencial.

La presente Ley se dicta al amparo de la competencia que corresponde al Estado conforme al artículo 149.1.5.^a, 6.^a, 7.^a, 8.^a y 17.^a de la Constitución.

Disposición final segunda. Desarrollo de derechos en materia de protección social.

Con carácter progresivo se llevarán a cabo las medidas necesarias para que, de acuerdo con los principios que inspiran esta Ley, se logre la convergencia en aportaciones y derechos de los trabajadores autónomos en relación con los establecidos para los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social.

Disposición final tercera. Habilitación al Gobierno.

Se faculta al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y desarrollo de la presente Ley en el ámbito de sus competencias.

Disposición final cuarta. Informe anual.

El Gobierno deberá informar a las Cortes Generales anualmente de la ejecución de previsiones contenidas en la presente Ley.

Dicho informe incorporará el dictamen de los Órganos Consultivos.

disposición final quinta. Desarrollo Reglamentario de los Contratos del Trabajador Autónomo económicamente dependiente.

En el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley se desarrollará reglamentariamente lo contemplado en su artículo 12, apartado 1, párrafo segundo.

Disposición final sexta. Entrada en vigor.

La presente Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Por tanto, Mando a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta ley.

Madrid, 11 de julio de 2007.

JUAN CARLOS R.

El Presidente del Gobierno

JOSÉ LUÍS RODRÍGUEZ ZAPATERO

ANEXO H - LEGISLAÇÃO ITALIANA

DECRETO LEGISLATIVO 10 SETTEMBRE 2003, N. 276

"Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30"

pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 235 del 9 ottobre 2003 - Supplemento Ordinario n. 159

Titolo VII

TIPOLOGIE CONTRATTUALI A PROGETTO E OCCASIONALI

Capo I

LAVORO A PROGETTO E LAVORO OCCASIONALE

Art. 61

Definizione e campo di applicazione

1. Ferma restando la disciplina per gli agenti e i rappresentanti di commercio, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, di cui all'articolo 409, n. 3, del codice di procedura civile devono essere riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione della attività lavorativa.

2. Dalla disposizione di cui al comma 1 sono escluse le prestazioni occasionali, intendendosi per tali i rapporti di durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare con lo stesso committente, salvo che il compenso complessivamente percepito nel medesimo anno solare sia superiore a 5 mila euro, nel qual caso trovano applicazione le disposizioni contenute nel presente capo.

3. Sono escluse dal campo di applicazione del presente capo le professioni intellettuali per l'esercizio delle quali e' necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali, esistenti alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo, nonche' i rapporti e le attività di collaborazione coordinata e continuativa comunque rese e utilizzate a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciute dal C.O.N.I., come individuate e disciplinate dall'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002, n. 289. Sono altresì esclusi dal campo di applicazione del presente capo i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e i partecipanti a collegi e commissioni, nonche' coloro che percepiscono la pensione di vecchiaia.

4. Le disposizioni contenute nel presente capo non pregiudicano l'applicazione di clausole di contratto individuale o di accordo collettivo più favorevoli per il collaboratore a progetto.

Art. 62.

F o r m a

1. Il contratto di lavoro a progetto e' stipulato in forma scritta e deve contenere, ai fini della prova, i seguenti elementi:

- a) indicazione della durata, determinata o determinabile, della prestazione di lavoro;
- b) indicazione del progetto o programma di lavoro, o fasi di esso, individuata nel suo contenuto caratterizzante, che viene dedotto in contratto;
- c) il corrispettivo e i criteri per la sua determinazione, nonche' i tempi e le modalità di pagamento e la disciplina dei rimborsi spese;

d) le forme di coordinamento del lavoratore a progetto al committente sulla esecuzione, anche temporale, della prestazione lavorativa, che in ogni caso non possono essere tali da pregiudicarne l'autonomia nella esecuzione dell'obbligazione lavorativa;

e) le eventuali misure per la tutela della salute e sicurezza del collaboratore a progetto, fermo restando quanto disposto dall'articolo 66, comma 4.

Art. 63.

Corrispettivo

1. Il compenso corrisposto ai collaboratori a progetto deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito, e deve tenere conto dei compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto.

Art. 64.

Obbligo di riservatezza

1. Salvo diverso accordo tra le parti il collaboratore a progetto può svolgere la sua attività a favore di più committenti.

2. Il collaboratore a progetto non deve svolgere attività in concorrenza con i committenti ne', in ogni caso, diffondere notizie e apprezzamenti attinenti ai programmi e alla organizzazione di essi, ne' compiere, in qualsiasi modo, atti in pregiudizio della attività dei committenti medesimi.

Art. 65.

Invenzioni del collaboratore a progetto

1. Il lavoratore a progetto ha diritto di essere riconosciuto autore della invenzione fatta nello svolgimento del rapporto.

2. I diritti e gli obblighi delle parti sono regolati dalle leggi speciali, compreso quanto previsto dall'articolo 12-bis della legge 22 aprile 1941, n. 633, e successive modificazioni.

Art. 66.

Altri diritti del collaboratore a progetto

1. La gravidanza, la malattia e l'infortunio del collaboratore a progetto non comportano l'estinzione del rapporto contrattuale, che rimane sospeso, senza erogazione del corrispettivo.

2. Salva diversa previsione del contratto individuale, in caso di malattia e infortunio la sospensione del rapporto non comporta una proroga della durata del contratto, che si estingue alla scadenza. Il committente può comunque recedere dal contratto se la sospensione si protrae per un periodo superiore a un sesto della durata stabilita nel contratto, quando essa sia determinata, ovvero superiore a trenta giorni per i contratti di durata determinabile.

3. In caso di gravidanza, la durata del rapporto e' prorogata per un periodo di centottanta giorni, salva più favorevole disposizione del contratto individuale.

4. Oltre alle disposizioni di cui alla legge 11 agosto 1973, n. 533, e successive modificazioni e integrazioni, sul processo del lavoro e di cui all'articolo 64 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni, ai rapporti che rientrano nel campo di applicazione del presente capo si applicano le norme sulla sicurezza e igiene del lavoro di cui al decreto legislativo n. 626 del 1994 e successive modifiche e integrazioni, quando la prestazione lavorativa si svolga nei luoghi di lavoro del committente, nonché le norme di tutela contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, le norme di cui all'articolo 51, comma 1, della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e del decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale in data 12 gennaio 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 71 del 26 marzo 2001.

Art. 67.

Estinzione del contratto e preavviso

1. I contratti di lavoro di cui al presente capo si risolvono al momento della realizzazione del progetto o del programma o della fase di esso che ne costituisce l'oggetto.

2. Le parti possono recedere prima della scadenza del termine per giusta causa ovvero secondo le diverse causali o modalità, incluso il preavviso, stabilite dalle parti nel contratto di lavoro individuale.

Art. 68.

Rinunzie e transazioni

1. I diritti derivanti dalle disposizioni contenute nel presente capo possono essere oggetto di rinunzie o transazioni tra le parti in sede di certificazione del rapporto di lavoro di cui al Titolo V del presente decreto legislativo.

Art. 69.

Divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici e conversione del contratto

1. I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell'articolo 61, comma 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto.

2. Qualora venga accertato dal giudice che il rapporto instaurato ai sensi dell'articolo 61 sia venuto a configurare un rapporto di lavoro subordinato, esso si trasforma in un rapporto di lavoro subordinato corrispondente alla tipologia negoziale di fatto realizzatasi tra le parti.

3. Ai fini del giudizio di cui al comma 2, il controllo giudiziale e' limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento della esistenza del progetto, programma di lavoro o fase di esso e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano al committente.

Capo II

PRESTAZIONI OCCASIONALI DI TIPO ACCESSORIO RESE DA PARTICOLARI SOGGETTI

Art. 70.

Definizione e campo di applicazione

1. Per prestazioni di lavoro accessorio si intendono attività lavorative di natura meramente occasionale rese da soggetti a rischio di esclusione sociale o comunque non ancora entrati nel mercato del lavoro, ovvero in procinto di uscirne, nell'ambito:

- a) dei piccoli lavori domestici a carattere straordinario, compresa la assistenza domiciliare ai bambini e alle persone anziane, ammalate o con handicap;
- b) dell'insegnamento privato supplementare;
- c) dei piccoli lavori di giardinaggio, nonché di pulizia e manutenzione di edifici e monumenti;
- d) della realizzazione di manifestazioni sociali, sportive, culturali o caritatevoli;
- e) della collaborazione con enti pubblici e associazioni di volontariato per lo svolgimento di lavori di emergenza, come quelli dovuti a calamità o eventi naturali improvvisi, o di solidarietà.

2. Le attività lavorative di cui al comma 1, anche se svolte a favore di più beneficiari, configurano rapporti di natura meramente occasionale e accessoria, intendendosi per tali le attività che coinvolgono il lavoratore per una durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare e che, in ogni caso, non danno complessivamente luogo a compensi superiori a 3 mila euro sempre nel corso di un anno solare.

Art. 71. Prestatori di lavoro accessorio

1. Possono svolgere attività di lavoro accessorio:

- a) disoccupati da oltre un anno;
- b) casalinghe, studenti e pensionati;
- c) disabili e soggetti in comunità di recupero;
- d) lavoratori extracomunitari, regolarmente soggiornanti in Italia, nei sei mesi successivi alla perdita del lavoro.

2. I soggetti di cui al comma 1, interessati a svolgere prestazioni di lavoro accessorio, comunicano la loro disponibilità ai servizi per l'impiego delle province, nell'ambito territoriale di riferimento, o ai soggetti accreditati di cui all'articolo 7. A seguito della loro comunicazione i soggetti interessati allo svolgimento di prestazioni di lavoro accessorio ricevono, a proprie spese, una tessera magnetica dalla quale risulti la loro condizione.

Art. 72.

Disciplina del lavoro accessorio

1. Per ricorrere a prestazioni di lavoro accessorio i beneficiari acquistano presso le rivendite autorizzate uno o più carnet di buoni per prestazioni di lavoro accessorio del valore nominale di 7,5 euro.

2. Il prestatore di prestazioni di lavoro accessorio percepisce il proprio compenso presso uno o più enti o società concessionari di cui al comma 5 all'atto della restituzione dei buoni ricevuti dal beneficiario della prestazione di lavoro accessorio, in misura pari a 5,8 euro per ogni buono consegnato. Tale compenso è esente da qualsiasi imposizione fiscale e non incide sullo stato di disoccupato o inoccupato del prestatore di lavoro accessorio.

3. L'ente o società concessionaria provvede al pagamento delle spettanze alla persona che presenta i buoni per prestazioni di lavoro accessorio, registrando i dati anagrafici e il codice fiscale e provvedendo per suo conto al versamento dei contributi per fini previdenziali all'INPS, alla gestione separata di cui all'articolo 2, comma 26, della legge n. 335 del 1995, in misura di 1 euro e per fini assicurativi contro gli infortuni all'INAIL, in misura di 0,5 euro.

4. L'ente o società concessionaria trattiene l'importo di 0,2 euro, a titolo di rimborso spese.

5. Entro sessanta giorni dalla entrata in vigore delle disposizioni contenute nel presente decreto legislativo il Ministro del lavoro e delle politiche sociali individua gli enti e le società concessionarie alla riscossione dei buoni, nonché i soggetti autorizzati alla vendita dei buoni e regolamenta, con apposito decreto, criteri e modalità per il versamento dei contributi di cui al comma 3 e delle relative coperture assicurative e previdenziali.

Art. 73.

Coordinamento informativo a fini previdenziali

1. Al fine di verificare, mediante apposita banca dati informativa, l'andamento delle prestazioni di carattere previdenziale e delle relative entrate contributive, conseguenti allo sviluppo delle attività di lavoro accessorio disciplinate dalla presente legge, anche al fine di formulare proposte per adeguamenti normativi delle disposizioni di contenuto economico di cui all'articolo che precede, l'INPS e l'INAIL stipulano apposita convenzione con il Ministero del lavoro e delle politiche sociali.

2. Decorsi diciotto mesi dalla entrata in vigore del presente provvedimento il Ministero del lavoro e delle politiche sociali predisponde, d'intesa con INPS e INAIL, una relazione sull'andamento del lavoro occasionale di tipo accessorio e ne riferisce al Parlamento.

Art. 74.

Prestazioni che esulano dal mercato del lavoro

Con specifico riguardo alle attività agricole non integrano in ogni caso un rapporto di lavoro autonomo o subordinato le prestazioni svolte da parenti e affini sino al terzo grado in modo meramente occasionale o ricorrente di breve periodo, a titolo di aiuto, mutuo aiuto, obbligazione morale senza corresponsione di compensi, salvo le spese di mantenimento e di esecuzione dei lavori.

10.5 JURISPRUDÊNCIA ITALIANA

DECISÃO DO TRIBUNAL DE TURIM

All'udienza del 10 maggio 2006, avanti il Giudice del Lavoro dr.ssa Paola Malanetto, compare per parte ricorrente l'avv.to Damiani la quale esibisce copia dell'interrogatorio formale notificato a mani di soggetto al servizio del destinatario in data 22.3.06.

Nessuno è presente per parte convenuta.

L'avv.to Damiani chiede discutersi la causa richiamando le conclusioni in atti.

Il Giudice, visto l'art. 281 sexies c.p.c., udita la discussione orale della causa,

al termine la decide dando lettura della sentenza e del dispositivo in udienza.

Il Giudice

Dott.ssa Paola Malanetto

TRIBUNALE ORDINARIO DI TORINO

- SEZIONE LAVORO -

nella causa iscritta al n. R.G.L. 198/06 promossa da:

Radi Miloud assistito dall'avv. Nicola

- PARTE RICORRENTE -

C O N T R O

Serv.eco. s.r.l.

- PARTE CONVENUTA CONTUMACE -

REPUBBLICA ITALIANA

In Nome del Popolo Italiano

Il Tribunale Ordinario di Torino - Sezione Lavoro

pronuncia la seguente

S E N T E N Z A

Rilevato che:

parte ricorrente deduce di avere svolto attività di lavoro subordinato per il periodo 14.6.2004 - 24.1.2005 presso la società convenuta con rapporto iniziato in nero e quindi formalizzato quale contratto a progetto a decorrere dall'1.10.2004 e interrottosi per licenziamento comminato per giusta causa con raccomandata dal 24.1.2005.

La domanda è fondata sulla base della unitaria valutazione tanto dei documenti in atti quanto della mancata risposta al disposto interrogatorio formale.

Parte ricorrente ha infatti prodotto contratto di lavoro a progetto (doc. 1 di parte ricorrente) sottoscritto dalla convenuta, ove si indica un inizio attività nell'ottobre 2004. L'antecedente inizio dell'attività lavorativa è comprovato dalla mancata risposta al dedotto interrogatorio formale.

Il contratto a progetto in atti è palesemente una mera formalizzazione del rapporto, priva del contenuto proprio di cui all'articolo 61 D. Lgs. 276/2003.

Ai fini dell'individuazione del progetto nel contratto si effettua una descrizione complessiva della generale attività di trattamento rifiuti speciali, che è l'oggetto dell'attività di impresa e non certo il "progetto specifico" o "la fase di esso"

affidato al lavoratore; fatta tale generica premessa sull'oggetto sociale si indica quale compito del collaboratore l'incremento delle vendite, e poi si puntualizza che la sua particolare attività consiste in a) "bonificare i frigoriferi da motore e clorofluorocarburi (che vengono recuperati)", nonché b) "estrazione del tubo catodico dei televisori e monitor con riutilizzo del vetro separato e pulito"; è evidente come il tipo di attività dedotta in contratto sia mera prestazione di mezzi, né dal progetto è dato comprendere quale sia il legame tra l'attività sub. a) e b) e l'incremento delle vendite.

Il contratto specifica inoltre che "il collaboratore si impegna a prestare la diligenza richiesta dalla natura dell'attività medesima", evidentemente qualificando inequivocabilmente tale prestazione quale prestazione di mezzi e senza alcuna individuazione di un "risultato", ancorché legato ad "fase" di attività. La prestazione priva di qualsivoglia riferimento a risultato, ancorché parziale, finisce per tradursi in mera messa a disposizione delle energie lavorative con onere di diligenza così come è caratteristico del lavoro subordinato.

Si prevede infine un compenso fisso mensile, che altro non è che la retribuzione; la modalità oraria fissa descritta in ricorso è comprovata dalla mancata risposta al dedotto interrogatorio formale.

La natura subordinata della prestazione è poi documentalmente comprovata anche dalla lettera di licenziamento in atti datata 24.1.2005; la missiva, espressamente intestata "oggetto: licenziamento per giusta causa", è documentale espressione dell'esercizio di potere disciplinare che compete al datore di lavoro esclusivamente nell'ambito di un rapporto di subordinazione ed è certamente estraneo all'autonomia che deve connotare il collaboratore a progetto. La lettera specifica che il "licenziamento" sarebbe dovuto ad una assenza ingiustificata protrattasi per 4 giorni; evidente, anche sotto questo profilo, come al collaboratore a progetto non possa essere richiesta una giustificazione quotidiana delle assenze, essendo anche quest'ultimo aspetto caratteristico del lavoro subordinato e non certo di una prestazione che, ancorché coordinata con l'attività di impresa, deve conservare significativi margini di autonomia.

L'atto di risoluzione del rapporto evidenzia dunque documentalmente una gestione dello stesso nelle forme della subordinazione; appare corretto il richiesto inquadramento nel livello 2b, corrispondente all'operaio comune del CCNL nettezza urbana aziende private.

Qualificato subordinato il rapporto, alla luce delle prove documentali in atti, il licenziamento disciplinare è palesemente illegittimo per mancato rispetto delle garanzie di cui all'articolo 7 legge 300/1970.

La domanda di pagamento delle differenze retributive deve trovare accoglimento negli importi di cui agli analitici conteggi allegati al ricorso notificato, che tengono conto del percepito così come risultante dalle buste paga in atti e dalle dichiarazioni del ricorrente in sede di interrogatorio libero.

Anche la domanda di declaratoria di illegittimità del licenziamento appare fondata; essendo invocata la tutela obbligatoria parte convenuta deve essere condannata a riassumere il ricorrente entro tre giorni ovvero risarcirgli il danno quantificato, tenuto conto della breve durata del rapporto, in 2,5 mensilità della retribuzione globale di fatto pari ad € 1.485,19 mensile, tenuto conto della tredicesima e quattordicesima mensilità previste dal contratto come indicato al capo

13 del ricorso. La richiesta di corresponsione di tfr è compatibile con l'invocata tutela obbligatoria che implica un obbligo alternativo di riassunzione o risarcimento e non una prosecuzione del rapporto.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

ogni diversa istanza, eccezione e deduzione respinta, - accerta che tra le parti è intercorso un rapporto di lavoro subordinato dal 14.6.2004 al 24.1.2005 con inquadramento nel livello 2/b ccnl nettezza urbana aziende private e per l'effetto condanna parte convenuta al pagamento in favore di parte ricorrente della somma lorda di € 9.181,63 oltre rivalutazione e interessi sulla somma annualmente rivalutata dalle singole scadenze al saldo;

- dichiara l'illegittimità del licenziamento irrogato in data 24.1.2005 e per l'effetto ordina a parte convenuta di riassumere il ricorrente entro tre giorni o in mancanza di risarcirgli il danno quantificato in 2,5 mensilità della retribuzione globale di fatto (pari ad € 1.485,19) oltre interessi e rivalutazione monetaria dal 25.1.2005 al saldo;

- condanna parte convenuta a rifondere a parte ricorrente le spese di lite complessivamente liquidate in € 3.000,00 oltre I.V.A. e C.P.A. e rimborso spese generali 12,5%.

Torino, li 10 maggio 2006

Il Giudice

Dott.ssa Paola MALANETTO

DECISÃO DO TRIBUNAL DE MILÃO

Tribunale Milano Sezione Lavoro Civile

Sentenza del 5 febbraio 2007, n. 337

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI MILANO

SEZIONE LAVORO

Il Giudice di Milano d.ssa Eleonora PORCELLI

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa n. 2352 R.G. 2006 promossa da

Da.Fo., col proc. dom. avv. Ma.Fe., St.Ch. e dott. An.Le.D'A., viale Pi., Mi.

ricorrente

contro

Fondazione Pi.Te. Città di Mi. - Teatro d'Eu., col proc. dom. avv. Fa.Co., Pi.Ic. e St.La., via Fr., Mi.

e contro

Ne.Pl.Se. S.r.l., col proc. dom. avv. Gi.Lu.Co., via Fr.Ga., Mi.

convenute

Oggetto: illegittimità contratti a progetto, appalto illegittimo, somministrazione irregolare e

impugnazione licenziamento

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso al Tribunale di Milano, sezione lavoro, in data 23-3-06, Da.Fo. ha convenuto in giudizio la Fondazione Pi.Te. Città di Mi. - Teatro d'Eu. e la Ne.Pl.Se. s. r. l. per sentir dichiarare la sussistenza di un unico rapporto di lavoro subordinato e (previo eventuale accertamento dell'illegittimità del termine apposto ai contratti) a tempo indeterminato con la Fondazione, a far tempo dal 1-2-02 (o dalla diversa data ritenuta di giustizia).

In via subordinata la ricorrente ha chiesto l'accertamento della natura subordinata e (previo eventuale accertamento della illegittimità del termine apposto ai contratti) a tempo indeterminato con la Ne.Pl.Se. s. r. l. dal 25-2-05 (o dalla diversa data ritenuta di giustizia), nonché l'accertamento dell'illegittimità del contratto a progetto stipulato con la fondazione in data 8-3-05, con conseguente accertamento della natura subordinata con orario parziale e (previo eventuale accertamento della illegittimità del termine apposto al contratto) a tempo indeterminato del rapporto di lavoro con la fondazione medesima dal 8-3-05 al 30-6-05 o nel diverso periodo ritenuto di giustizia; infine la ricorrente ha chiesto l'accertamento della nullità, illegittimità o inefficacia dell'interruzione del rapporto intimata oralmente in data 30-6-05, con conseguente ordine alla fondazione convenuta di riammetterla in servizio come impiegata di 6° livello A del c.c.n.l. teatri stabili e con condanna all'adempimento delle retribuzioni dovute dalla messa in mora e fino all'effettivo ripristino.

La ricorrente ha esposto di aver iniziato a lavorare alle dipendenze della fondazione con contratto a termine per la stagione 2001/2002, come maschera di sala e con inquadramento nel 7° livello, di essere stata poi assunta con contratto 1-9-02 per la stagione 2002/2003 sempre come maschera di sala, di aver ricevuto, in data 16-10-02, comunicazione che dall'1-11-02 sarebbe stata impiegata come cassiera a prestazione e di essere stata assunta, in data 1-10-04, per la stagione 2004/2005 come cassiera a prestazione e con inquadramento nel 5° livello; la ricorrente ha aggiunto che, a far tempo dal 2005, la Fondazione aveva ceduto in appalto il servizio di biglietteria telefonica all'Ne.Pl.Se. s.r.l. e, con contratto a progetto dal 25-2-05 al 25-6-05, ella si era obbligata a prestare la propria opera professionale in favore di tale società con l'incarico di addetta al call center;

parallelamente a tale ultimo rapporto, era stato stipulato un altro contratto a progetto con la Fondazione, dall'8-3-05 al 30-6-05, per l'organizzazione e la gestione delle attività connesse

all'archivio storico. Infine, con contratto a progetto dall'1-9-05 al 30-6-06, la ricorrente si era obbligata nuovamente a prestare la propria opera professionale in favore della Ne.Pl. con l'incarico di addetta al call center.

In punto di diritto la ricorrente ha dedotto la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato e a tempo indeterminato per assenza di programma e di progetto nei contratti stipulati con la Ne.Pl. e comunque per le modalità di svolgimento del rapporto.

Quanto alla effettiva titolarità del rapporto, la ricorrente ha sostenuto che l'utilizzazione della prestazione vada posta in capo alla fondazione per irregolarità della somministrazione o illegittimità dell'appalto. La ricorrente ha dedotto, inoltre, l'illegittimità del contratto a progetto stipulato con la fondazione.

Costituendosi ritualmente in giudizio, le convenute hanno contestato la fondatezza delle pretese avversarie, di cui ha chiesto il rigetto.

Esperito infruttuosamente il tentativo di conciliazione, ammessa ed espletata in parte la prova testimoniale dedotta, il Giudice ha invitato alla discussione orale e ha pronunciato sentenza, del cui dispositivo ha dato lettura in udienza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso è solo parzialmente fondato e merita accoglimento, nei limiti e con le precisazioni che si vanno ad esporre.

Innanzitutto si rileva che nelle conclusioni del ricorso l'accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra la ricorrente e la Fondazione convenuta viene chiesta in via principale con decorrenza dal 1-2-02. Effettivamente nella parte in fatto del ricorso viene indicata l'assunzione della lavoratrice con contratto a termine a partire dalla data suddetta e per la stagione teatrale 2001/2002 e viene indicata la stipulazione di altri due contratti a termine con la fondazione, uno relativo alla stagione teatrale 2002/2003 e uno relativo al periodo 1-10-04/31-7-05.

Peraltro nel ricorso non si rinviene alcuna argomentazione a sostegno della illegittimità dell'apposizione del termine ai suddetti contratti per cui nel presente giudizio verranno presi in considerazione solo i contratti stipulati successivamente ai contratti suddetti.

Ciò premesso, deve essere riconosciuta l'illegittimità del contratto di lavoro a progetto stipulato in data 25-2-05 tra la ricorrente e la Ne.Pl.Se. s.r.l.

L' art. 69 del D.Lgs. n. 276/03 prevede che "I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell'art. 61, comma 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto."

Ora per mancata individuazione del progetto si deve intendere sia la mancata indicazione formale del contenuto del progetto o programma sia la non configurabilità di un effettivo progetto.

Nel caso di specie, nel contratto di collaborazione sottoscritto dalle parti, quest'ultimo è definito come "incarico di addetta al call center".

Appare evidente come il progetto non possa ritenersi adeguatamente descritto, consistendo nella semplice descrizione del contenuto delle mansioni attribuite alla lavoratrice, senza alcun accenno all'obiettivo che si intende raggiungere ed alle attività ad esso prodromiche e funzionali al suo conseguimento.

Nel caso di specie il preteso programma o progetto, invece di essere individuato come realizzazione di un preciso e circostanziato piano di lavoro o risultato, consiste semplicemente nella messa a disposizione dell'attività lavorativa del collaboratore.

Tale attività, ed in generale un'obbligazione di mezzi, potrebbe legittimamente formare oggetto di un contratto stipulato ai sensi del titolo VII, capo I del D.Lgs. n. 276/2003 solo se realizzata nell'ambito di un coordinamento progettuale individuato, mentre nel caso di specie la prestazione della ricorrente poteva essere utilizzata per soddisfare esigenze varie, mutevoli e indeterminate.

A prescindere da ogni considerazione circa la portata sicuramente non precettiva delle circolari del Ministero del Lavoro, richiamate dalla convenuta Ne.Pl.Se. s.r.l., la circolare n. 17 del 14-6-06 precisa che il progetto o programma deve essere qualificato tramite la specificazione, oltre che del committente a cui è riconducibile la campagna e da altri elementi, della durata della campagna e della tipologia di clientela da contattare: è evidente che l'indicazione di tali elementi consente di delimitare l'oggetto del progetto.

Nel caso di specie i contratti a progetto sottoscritti con la ricorrente non recano alcuna indicazione in proposito.

Si è pertanto realizzata l'ipotesi di cui al 1° comma dell'art. 69 del D.Lgs. n. 276/03, con la conseguenza che il rapporto tra le parti deve essere considerato un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato fin dal 25-2-05, come prescrive la norma.

Il legislatore utilizza l'espressione "sono considerati" da cui si ricava che la conversione prevista dall'art. 69 opera di diritto e la pronuncia del giudice ha valore di accertamento.

La conversione non si pone, quindi, come presunzione ma come vero e proprio imperativo. Nessuna prova dunque può fornire il committente, essendo chiaro che si parla di rapporti inizialmente autonomi, che si trasformano in rapporti di lavoro subordinato indeterminato come sanzione per la violazione del divieto di stipulare contratti di collaborazione coordinata e continuativa al di fuori del contratto a progetto.

Non si può considerare priva di significato la circostanza che l'art. 69 sia proprio intitolato "divieto di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici e conversione del contratto": sotto il profilo letterale (del resto in linea con l'intero sistema che emerge dal D.Lgs. n. 276/03) ciò vuole esattamente dire che non vi è spazio per rapporti di collaborazione coordinata e continuativa atipici, la cui definizione viene data nel comma 1 dell'art. 69, e che la conseguenza di tale atipicità è la conversione del contratto.

A conferma di ciò si consideri che il legislatore, per consentire la prosecuzione dei contratti in corso, ha dovuto espressamente prevedere tale possibilità, regolata dall'art. 86.

La norma, nel suo espresso tenore letterale, è di estrema chiarezza: se non c'è il lavoro a progetto, c'è il rapporto di lavoro subordinato e non vi sono altre possibilità alternative.

Non è nemmeno richiesto l'accertamento delle modalità con cui la prestazione si è svolta, perché una volta esclusa la presenza di quell'elemento qualificante scatta l'automatismo e si presume invincibilmente la sussistenza del rapporto di lavoro subordinato.

Per quanto concerne la titolarità del rapporto, esso deve intendersi instaurato con Ne.Pl.Se. s.r.l., società che ha concluso il contratto a progetto esaminato.

Non può, invece, trovare accoglimento la domanda, svolta in via principale, di imputazione del rapporto alla fondazione convenuta.

In ricorso viene prospettata la duplice ipotesi di esistenza, tra la Fondazione e la Ne.Pl., di un contratto di somministrazione di lavoro o di un contratto di appalto di servizi.

La fondazione convenuta, costituendosi nel presente giudizio, ha prodotto copia del contratto di appalto di servizi stipulato con Ne.Pl. in data 12-10-04 e divenuto operativo dal febbraio 2005.

In relazione a tale ipotesi in ricorso si afferma l'irregolarità/illegittimità dell'appalto, ai sensi dell'art. 29 D.Lgs. N. 276/03, per violazione di quanto disposto al 1° comma della norma medesima, in quanto mancherebbero, in capo a Ne.Pl., l'organizzazione dei mezzi necessari e la responsabilità diretta delle mansioni svolte dalla lavoratrice: non si avrebbe opera o servizio reale, ma semplice intermediazione nella vendita di mere prestazioni lavorative.

In base alla prospettazione in fatto del ricorso ciò si ricava dalla utilizzazione di uffici e strumenti di lavoro messi a disposizione dalla fondazione; dalla verifica delle presenze effettuata da un dipendente della fondazione, che fornisce anche le informazioni necessarie e autorizza sconti e riduzioni; dal contatto diretto e quotidiano con le biglietterie aperte al pubblico, con interscambi continui di informazioni.

L'istruttoria svolta non ha confermato integralmente tali assunti.

Quanto al luogo di lavoro e alla proprietà degli strumenti utilizzati, a parte che, come confermato dal teste Cr., responsabile dell'ufficio del personale della fondazione convenuta, le addette al call center all'incirca dall'estate 2006 non lavorano più presso locali della fondazione, bensì all'esterno, non si tratta più di un elemento decisivo per valutare la legittimità o meno dell'appalto.

L' art. 29 del D.Lgs. n. 276/03 consente, infatti, che "la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore" risulti anche "in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per l'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio di impresa. ".

Nel caso di specie non appare configurabile una appartenenza di fatto della ricorrente alla struttura aziendale del Pi.Te., come invece sostenuto in ricorso.

Infatti in primo luogo è pacifico che Ne.Pl., oltre a corrispondere la retribuzione, provvedeva all'assegnazione dei turni: nello stesso ricorso si legge che una dipendente della Ne.Pl., Le.Cu.,redige i turni mensili delle addette alla biglietteria e provvede ad inviarli alle stesse e queste ultime, in caso di impedimento, devono preavvisare i responsabili della società.

Non ha, invece, trovato conferma nell'istruttoria svolta l'esistenza di un controllo della presenza e delle prestazioni delle operatrici anche sotto il profilo qualitativo da parte del sig. Ca., dipendente della fondazione.

A parte che il Ca. non è dipendente della fondazione, come confermato dalla teste Cr., ma consulente specializzato nella gestione delle biglietterie elettroniche, la teste medesima ha riferito che egli era semplicemente presente presso la fondazione per coordinare il servizio di biglietteria elettronica "e quindi vedeva le lavoratrici", ma non era addetto alla verifica della presenza delle stesse.

La teste, che come si è già detto è responsabile dell'ufficio personale, ha aggiunto di non aver più ricevuto, dopo il febbraio 2005, i fogli presenza degli addetti al call center, in quanto "di tutto si occupa la Ne.Pl."

Nessun rilievo può, quindi, assumere il fatto che anche dopo il febbraio 2005 Ne.Pl. abbia continuato a utilizzare fogli presenza uguali a quelli usati in precedenza dalla fondazione con i propri dipendenti.

Inoltre il teste Fr., che si occupa della gestione sia amministrativa sia delle attività del personale della Ne.Pl., ha affermato che "Le necessarie direttive alle operatrici erano impartite prima da Mi.Ne. e poi da Le.Cu., entrambe di Ne.Pl.Se.

In particolare queste persone fornivano indicazioni sui turni e, naturalmente, le informazioni necessarie sugli spettacoli. Non erano necessarie altre indicazioni perché all'inizio del rapporto le operatrici venivano rese edotte del modo in cui avrebbero dovuto svolgere il lavoro e del funzionamento."

Anche la teste Mi.Ne. ha affermato: "Coordinavo io le collaboratrici e davo loro le informazioni necessarie per svolgere il loro lavoro: per es. sospensione di uno spettacolo, cambiamento di orario e simili."

La teste ha aggiunto che i turni di lavoro delle collaboratrici venivano predisposti da Ne.Pl. sulla base delle esigenze per il mese successivo comunicate dalla fondazione con cadenza mensile.

Da quanto sopra esposto si ricava che Ne.Pl. gestisce autonomamente il servizio di biglietteria

telefonica, esercitando un vero e proprio potere organizzativo e direttivo dell'attività ed, in particolare, provvedendo a selezionare e formare direttamente il personale addetto, provvedendo ad organizzare i turni necessari, che non hanno un numero fisso e predeterminato, e intervenendo in caso di necessità di modificazione dei turni medesimi.

Le conclusioni testé raggiunte non possono essere inficiate dalla deposizione della teste Vo., che há lavorato per quasi cinque anni direttamente per la fondazione e solo uno o due mesi al massimo dopo il subentro di Ne.Pl. : nella sua deposizione risulta espressamente riferibile all'ultimo periodo solo la ricezione mensile dal Ca. del prospetto dei turni da osservare (turni che, come si è già detto, pacificamente venivano predisposti da Ne.Pl.).

In ogni caso la teste ha operato per Ne.Pl. in un periodo breve e di transizione, per cui quanto riferito circa i rapporti con il Ca. ed il ruolo dello stesso sembra concretamente riferibile al periodo del rapporto con la fondazione.

Non contrasta, infine, con la regolarità dell'appalto la determinazione dei turni in base alle esigenze della fondazione: si tratta, infatti, semplicemente di un elemento che specifica le modalità di svolgimento dell'appalto, ma non incide sulla sua concreta organizzazione.

Dalle conclusioni raggiunte emerge, quindi, la sussistenza di quella "soglia minima di imprenditorialità del soggetto appaltatore" richiesta in ricorso. Non appare, in particolare, contestabile l'esistenza di un rischio economico d'impresa in capo all'appaltatore e l'obbligazione assunta da quest'ultimo e un vero e proprio risultato determinato.

Secondo le stesse allegazioni della ricorrente i mezzi organizzati dall'appaltatore possono essere immateriali e possono consistere in un patrimonio di conoscenze, esperienze e professionalità: a tal fine, come si legge in ricorso, assume rilevanza l'attività di selezione e formazione del personale impiegato.

Sul punto sono già state riportate le deposizioni testimoniali e comunque non risulta che le addette al call center avessero in precedenza lavorato per la fondazione, a parte la ricorrente e la teste Vo. che peraltro ha lavorato forse un paio di mesi dopo il subentro di Ne.Pl.

Inoltre l'oggetto sociale della Ne.Pl.Se. comprende l'organizzazione di manifestazioni, eventi musicali ed eventi spettacolo e attività di comunicazione e pubbliche relazioni: si tratta di attività sicuramente collegabili al servizio di biglietteria telefonica oggetto dell'appalto.

Pertanto deve intendersi instaurato un rapporto di lavoro subordinato con Ne.Pl., con orario di 23 ore settimanali - orario medio prestato dalla ricorrente non contestato dalla società convenuta – e con inquadramento della lavoratrice nel 6° livello del c.c.n.l. applicato, inquadramento che è stata offerto in sede conciliativa alla ricorrente.

Deve, inoltre, essere dichiarata l'illegittimità del contratto a progetto stipulato in data 8-3-05 con la fondazione convenuta. In primo luogo l'indicazione del programma o progetto ("organizzazione e gestione attività connesse al servizio del pubblico all'archivio storico") appare eccessivamente vaga e generica.

Vale quindi quanto già esposto circa la necessità di una specificazione sotto il profilo sia contenutistico sia temporale e della individuazione di un preciso e circostanziato piano di lavoro o risultato e circa la inidoneità della semplice descrizione del contenuto delle mansioni attribuite al lavoratore.

Nel caso di specie solo nella memoria di costituzione nel presente giudizio la fondazione convenuta ha dedotto di aver deciso di sperimentare per qualche mese l'apertura al pubblico del proprio archivio storico e di aver proposto alla ricorrente di occuparsi del relativo progetto di organizzazione della gestione di tale apertura, ma di ciò non si trova traccia nel contratto stipulato dalle parti.

Inoltre ed in ogni caso dall'istruttoria svolta è emerso che la ricorrente, in concreto, non si è occupata dell'attività indicata in contratto: Il teste Vi. ha infatti riferito che "la ricorrente fungeva da presenza nei giorni e nelle ore in cui era stato deciso di tentare l'apertura dell'archivio" e "quando non c'era pubblico, la ricorrente si occupava della sistemazione delle rassegne stampa: si trattava di una messa in ordine secondo la data". Si tratta, quindi, di normale attività di riordino ed archiviazione e non di attività di organizzazione di un servizio.

Ora per mancata individuazione del progetto si deve intendere sia la mancata indicazione formale del contenuto del progetto o programma nel contratto sia la mancanza, in concreto, di questi ultimi, per mancata corrispondenza dell'attività di fatto svolta a quanto previsto nel contratto.

L' art. 61 del D.Lgs. n. 276/03 fa retroagire la qualificazione del rapporto come subordinato al momento dell'inizio del rapporto medesimo ed espressamente prevede che il rapporto debba

intendersi a tempo indeterminato; poiché il rapporto di lavoro medesimo non risulta essere stato validamente interrotto, al lavoratore spettano tutte le retribuzioni dalla data della messa in mora del datore di lavoro e della messa a disposizione della propria prestazione lavorativa.

Da ciò consegue che il rapporto di lavoro tra le parti deve ritenersi a tempo indeterminato dal 8-3-05 e che il ricorrente ha diritto alle retribuzioni maturate dal 11-4-06.

In particolare il rapporto deve intendersi costituito con orario di 13,5 ore settimanali e con diritto della lavoratrice all'inquadramento nel 6° livello del c.c.n.l., teatri stabili. Infatti in tale livello rientrano i "lavoratori che compiono lavori d'ordine di natura semplice che richiedono generiche conoscenze professionali".

Infatti non può trovare accoglimento la domanda, avanzata dalla fondazione, di detrarre dalle retribuzioni dovute, in applicazione dell'art. 1227 c.c., quanto la ricorrente avrebbe potuto conseguire dalla Ne.Pl. qualora avesse accettato l'offerta di assunzione formulatale con lettera 23-2-06.

Infatti tale offerta è stata avanzata nell'ambito di una conciliazione per definire la presente vertenza e la sua accettazione, quindi, avrebbe comportato la rinuncia della lavoratrice alle ulteriori pretese.

Al rigetto della domanda proposta in via principale dalla ricorrente consegue, quindi, l'accoglimento delle domande proposte in via subordinata.

Il regolamento delle spese di lite segue il criterio della soccombenza, e le stesse vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando,

accerta l'illegittimità del contratto a progetto stipulato tra la ricorrente e Ne.Pl.Se. S.r.l. e la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato dal 25.2.05, con inquadramento della ricorrente nel 6° livello del c.c.n.l. applicato e orario di 23 ore settimanali;

accerta l'illegittimità del contratto a progetto stipulato tra la ricorrente e la Fondazione convenuta e la sussistenza di un contratto di lavoro a tempo indeterminato dal 8-3-05 con inquadramento nel 6° livello del c.c.n.l. teatri stabili e orario di 13,5 ore settimanali;

condanna la Fondazione convenuta a riammettere la ricorrente nel posto di lavoro e a corrisponderle le retribuzioni maturate dal 11-4-06;

rigetta per il resto il ricorso;

condanna le convenute a rimborsare alla ricorrente le spese di lite, liquidate in complessivi Euro 3.000,00 per ciascuna convenuta.

ANEXO I – LEGISLAÇÃO ALEMÃ

Heimarbeitsgesetz - HAG

Ausfertigungsdatum: 14.03.1951 Vollzitat:

"Heimarbeitsgesetz in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 804-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 225 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407)"

Stand: Zuletzt geändert durch Art. 225 V v. 31.10.2006 I 2407

Fußnote Textnachweis Geltung ab: 1. 1.1975

Erster Abschnitt

Allgemeine Vorschriften

§ 1 Geltungsbereich

(1) In Heimarbeit Beschäftigte sind

- a) die Heimarbeiter (§ 2 Abs. 1);
- b) die Hausgewerbetreibenden (§ 2 Abs. 2).

(2) Ihnen können, wenn dieses wegen ihrer Schutzbedürftigkeit gerechtfertigt erscheint, gleichgestellt werden

- a) Personen, die in der Regel allein oder mit ihren Familienangehörigen (§ 2 Abs. 5) in eigener Wohnung oder selbstgewählter Betriebsstätte eine sich in regelmäßigen Arbeitsvorgängen wiederholende Arbeit im Auftrag eines anderen gegen Entgelt ausüben, ohne daß ihre Tätigkeit als gewerblich anzusehen oder daß der Auftraggeber ein Gewerbetreibender oder Zwischenmeister (§ 2 Abs. 3) ist;
- b) Hausgewerbetreibende, die mit mehr als zwei fremden Hilfskräften (§ 2 Abs. 6) oder Heimarbeitern (§ 2 Abs. 1) arbeiten;
- c) andere im Lohnauftrag arbeitende Gewerbetreibende, die infolge ihrer wirtschaftlichen Abhängigkeit eine ähnliche Stellung wie Hausgewerbetreibende einnehmen;
- d) Zwischenmeister (§ 2 Abs. 3).

Für die Feststellung der Schutzbedürftigkeit ist das Ausmaß der wirtschaftlichen Abhängigkeit maßgebend. Dabei sind insbesondere die Zahl der fremden Hilfskräfte, die Abhängigkeit von einem oder mehreren Auftraggebern, die Möglichkeiten des unmittelbaren Zugangs zum Absatzmarkt, die Höhe und die Art der Eigeninvestitionen sowie der Umsatz zu berücksichtigen.

(3) Die Gleichstellung erstreckt sich, wenn in ihr nichts anderes bestimmt ist, auf die allgemeinen Schutzvorschriften und die Vorschriften über die Entgeltregelung, den Entgeltschutz und die Auskunftspflicht über Entgelte (Dritter, Sechster, Siebenter und Achter Abschnitt). Die Gleichstellung kann auf einzelne dieser Vorschriften beschränkt oder auf weitere Vorschriften des Gesetzes ausgedehnt werden. Sie kann für bestimmte Personengruppen oder Gewerbezüge oder Beschäftigungsarten allgemein oder räumlich begrenzt ergehen; auch bestimmte einzelne Personen können gleichgestellt werden.

(4) Die Gleichstellung erfolgt durch widerrufliche Entscheidung des zuständigen Heimarbeitsausschusses (§ 4) nach Anhörung der Beteiligten. Sie ist vom Vorsitzenden zu unterschreiben und bedarf der Zustimmung der zuständigen Arbeitsbehörde (§ 3 Abs.1) und der Veröffentlichung im Wortlaut an der von der zuständigen Arbeitsbehörde bestimmten Stelle. Sie tritt am Tag nach der Veröffentlichung in Kraft, wenn in ihr nicht ein anderer Zeitpunkt bestimmt ist. Die Veröffentlichung kann unterbleiben, wenn die Gleichstellung nur bestimmte einzelne Personen betrifft; in diesem Fall ist in der Gleichstellung der Zeitpunkt ihres Inkrafttretens festzusetzen.

(5) Besteht ein Heimarbeitsausschuß für den Gewerbebezweig oder die Beschäftigungsart nicht, so entscheidet über die Gleichstellung die zuständige Arbeitsbehörde nach Anhörung der Beteiligten. Die Entscheidung ergeht unter Mitwirkung der zuständigen Gewerkschaften und Vereinigungen der Auftraggeber, soweit diese zur Mitwirkung bereit sind. Die Vorschriften des Absatzes 4 über die Veröffentlichung und das Inkrafttreten

finden entsprechende Anwendung.

(6) Gleichgestellte haben bei Entgegennahme von Heimarbeit auf Befragen des Auftraggebers ihre Gleichstellung bekanntzugeben.

§ 2 Begriffe

(1) Heimarbeiter im Sinne dieses Gesetzes ist, wer in selbstgewählter Arbeitsstätte (eigener Wohnung oder selbstgewählter Betriebsstätte) allein oder mit seinen Familienangehörigen (Absatz 5) im Auftrag von Gewerbetreibenden oder Zwischenmeistern erwerbsmäßig arbeitet, jedoch die Verwertung der Arbeitsergebnisse dem unmittelbar oder mittelbar auftraggebenden Gewerbetreibenden überläßt. Beschafft der Heimarbeiter die Roh- und Hilfsstoffe selbst, so wird hierdurch seine Eigenschaft als Heimarbeiter nicht beeinträchtigt.

(2) Hausgewerbetreibender im Sinne dieses Gesetzes ist, wer in eigener Arbeitsstätte (eigener Wohnung oder Betriebsstätte) mit nicht mehr als zwei fremden Hilfskräften (Absatz 6) oder Heimarbeitern (Absatz 1) im Auftrag von Gewerbetreibenden oder Zwischenmeistern Waren herstellt, bearbeitet oder verpackt, wobei er selbst wesentlich am Stück mitarbeitet, jedoch die Verwertung der Arbeitsergebnisse dem unmittelbar oder mittelbar auftraggebenden Gewerbetreibenden überläßt. Beschafft der Hausgewerbetreibende die Roh- und Hilfsstoffe selbst oder arbeitet er vorübergehend unmittelbar für den Absatzmarkt, so wird hierdurch seine Eigenschaft als Hausgewerbetreibender nicht beeinträchtigt.

(3) Zwischenmeister im Sinne dieses Gesetzes ist, wer, ohne Arbeitnehmer zu sein, die ihm von Gewerbetreibenden übertragene Arbeit an Heimarbeiter oder Hausgewerbetreibende weitergibt.

(4) Die Eigenschaft als Heimarbeiter, Hausgewerbetreibender und Zwischenmeister ist auch dann gegeben, wenn Personen, Personenvereinigungen oder Körperschaften des privaten oder öffentlichen Rechts, welche die Herstellung, Bearbeitung oder Verpackung von Waren nicht zum Zwecke der Gewinnerzielung betreiben, die Auftraggeber sind.

(5) Als Familienangehörige im Sinne dieses Gesetzes gelten, wenn sie Mitglieder der häuslichen Gemeinschaft sind,

a) Ehegatten und Lebenspartner der in Heimarbeit Beschäftigten (§ 1 Abs. 1) oder der nach § 1 Abs. 2 Buchstabe a Gleichgestellten;

b) Personen, die mit dem in Heimarbeit Beschäftigten oder nach § 1 Abs. 2 Buchstabe a Gleichgestellten oder deren Ehegatten bis zum dritten Grad verwandt oder verschwägert sind;

c) Mündel, Betreute und Pflegekinder des in Heimarbeit Beschäftigten oder nach § 1 Abs. 2 Buchstabe a Gleichgestellten oder deren Ehegatten sowie Kinder oder Jugendliche, die sich bei einem in Heimarbeit Beschäftigten oder nach § 1 Abs. 2 Buchstabe a Gleichgestellten oder deren Ehegatten in freiwilliger Erziehungshilfe oder Fürsorgeerziehung befinden.

(6) Fremde Hilfskraft im Sinne dieses Gesetzes ist, wer als Arbeitnehmer eines Hausgewerbetreibenden oder nach § 1 Abs. 2 Buchstaben b und c Gleichgestellten in deren Arbeitsstätte beschäftigt ist. Zweiter Abschnitt Zuständige Arbeitsbehörde, Heimarbeitsausschüsse

§ 3 Zuständige Arbeitsbehörde

(1) Zuständige Arbeitsbehörde im Sinne dieses Gesetzes ist die oberste Arbeitsbehörde des Landes. Für Angelegenheiten (§§ 1, 4, 5, 11, 19 und 22), die nach Umfang, Auswirkung oder Bedeutung den Zuständigkeitsbereich mehrerer Länder umfassen, wird die Zuständigkeit durch die obersten Arbeitsbehörden der beteiligten Länder nach näherer Vereinbarung gemeinsam im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales

wahrgenommen. Betrifft eine Angelegenheit nach Umfang, Auswirkung oder Bedeutung das gesamte Bundesgebiet oder kommt eine Vereinbarung nach Satz 2 nicht zustande, so ist das Bundesministerium für Arbeit und Soziales zuständig.

(2) Den obersten Arbeitsbehörden der Länder und den von ihnen bestimmten Stellen obliegt die Aufsicht über die Durchführung dieses Gesetzes. Die Vorschriften des § 139b der Gewerbeordnung über die Aufsicht gelten für die Befugnisse der mit der Aufsicht über die Durchführung dieses Gesetzes beauftragten Stellen auch hinsichtlich der Arbeitsstätten der in Heimarbeit Beschäftigten entsprechend.

§ 4 Heimarbeitsausschüsse

(1) Die zuständige Arbeitsbehörde errichtet zur Wahrnehmung der in den §§ 1, 10, 11, 18 und 19 genannten Aufgaben Heimarbeitsausschüsse für die Gewerbebezüge und Beschäftigungsarten, in denen Heimarbeit in nennenswertem Umfang geleistet wird. Erfordern die unterschiedlichen Verhältnisse innerhalb eines Gewerbebezugs gesonderte Regelungen auf einzelnen Gebieten, so sind zu diesem Zweck jeweils besondere Heimarbeitsausschüsse zu errichten. Die Heimarbeitsausschüsse können innerhalb ihres sachlichen Zuständigkeitsbereichs Unterausschüsse bilden, wenn dies erforderlich erscheint. Für Heimarbeit, für die nach den Sätzen 1 und 2 dieses Absatzes Heimarbeitsausschüsse nicht errichtet werden, ist ein gemeinsamer Heimarbeitsausschuß zu errichten.

(2) Der Heimarbeitsausschuß besteht aus je drei Beisitzern aus Kreisen der Auftraggeber und Beschäftigten seines Zuständigkeitsbereichs und einem von der zuständigen Arbeitsbehörde bestimmten Vorsitzenden. Weitere sachkundige Personen können zugezogen werden; sie haben kein Stimmrecht. Die Beisitzer haben Stellvertreter, für die Satz 1 entsprechend gilt.

(3) Der Heimarbeitsausschuß ist beschlußfähig, wenn außer dem Vorsitzenden mindestens mehr als die Hälfte der Beisitzer anwesend sind. Die Beschlüsse des Heimarbeitsausschusses bedürfen der Mehrheit der Stimmen seiner anwesenden Mitglieder.

Bei der Beschlußfassung hat sich der Vorsitzende zunächst der Stimme zu enthalten; kommt eine Stimmenmehrheit nicht zustande, so übt nach weiterer Beratung der Vorsitzende sein Stimmrecht aus.

(4) Der Heimarbeitsausschuß kann sonstige Bestimmungen über die Geschäftsführung in einer schriftlichen Geschäftsordnung treffen. Für die Beschlußfassung über die Geschäftsordnung gilt Absatz 3.

§ 5 Beisitzer

(1) Als Beisitzer oder Stellvertreter werden von der zuständigen Arbeitsbehörde geeignete Personen unter Berücksichtigung der Gruppen der Beschäftigten (§ 1 Abs. 1 und 2) auf Grund von Vorschlägen der fachlich und räumlich zuständigen Gewerkschaften und Vereinigungen der Auftraggeber oder, soweit solche nicht bestehen oder keine Vorschläge einreichen, auf Grund von Vorschlägen der Zusammenschlüsse von Gewerkschaften und von Vereinigungen von Arbeitgebern (Spitzenorganisationen) für die Dauer von drei Jahren berufen. Soweit eine Spitzenorganisation keine Vorschläge einreicht, werden die Beisitzer oder Stellvertreter dieser Seite nach Anhörung geeigneter Personen aus den Kreisen der Auftraggeber oder Beschäftigten des Zuständigkeitsbereichs, für den der Heimarbeitsausschuß errichtet ist, berufen.

(2) Auf die Voraussetzungen für das Beisitzeramt, die Besonderheiten für Beisitzer aus Kreisen der Auftraggeber und der Beschäftigten, die Ablehnung des Beisitzeramts und den Schutz der Beschäftigtenbeisitzer finden die für die ehrenamtlichen Richter der Arbeitsgerichte geltenden Vorschriften mit den sich aus Absatz 3 ergebenden Abweichungen entsprechend Anwendung.

(3) Wird das Fehlen einer Voraussetzung für die Berufung nachträglich bekannt oder fällt eine Voraussetzung nachträglich fort oder verletzt ein Beisitzer gröblich seine Amtspflichten, so

kann ihn die zuständige Arbeitsbehörde seines Amtes entheben. Über die Berechtigung zur Ablehnung des Beisitzeramts entscheidet die zuständige Arbeitsbehörde.

(4) Das Amt des Beisitzers ist ein Ehrenamt. Die Beisitzer erhalten eine angemessene Entschädigung für den ihnen aus der Wahrnehmung ihrer Tätigkeit erwachsenden Verdienstausfall und Aufwand sowie Ersatz der Fahrkosten entsprechend den für die ehrenamtlichen Richter der Arbeitsgerichte geltenden Vorschriften. Die Entschädigung und die erstattungsfähigen Fahrkosten setzt im Einzelfall der Vorsitzende des Heimarbeitsausschusses fest. Dritter Abschnitt Allgemeine Schutzvorschriften

§ 6 Listenführung

Wer Heimarbeit ausgibt oder weitergibt, hat jeden, den er mit Heimarbeit beschäftigt oder dessen er sich zur Weitergabe von Heimarbeit bedient, in Listen auszuweisen. Die Listen sind in den Ausgaberräumen an gut sichtbarer Stelle auszuhängen. Je drei Abschriften sind halbjährlich der obersten Arbeitsbehörde des Landes oder der von ihr bestimmten Stelle einzusenden. Die Oberste Arbeitsbehörde des Landes oder die von ihr bestimmte Stelle hat der zuständigen Gewerkschaft und der zuständigen Vereinigung der Auftraggeber auf Verlangen jederzeit Abschriften zu übersenden.

§ 7 Mitteilungspflicht

Wer erstmalig Personen mit Heimarbeit beschäftigen will, hat dies der obersten Arbeitsbehörde des Landes oder der von ihr bestimmten Stelle mitzuteilen. Der Mitteilung sind zwei Abschriften beizufügen; § 6 Satz 4 gilt entsprechend.

§ 7a Unterrichtungspflicht

Wer Heimarbeit ausgibt oder weitergibt, hat die Personen, die die Arbeit entgegennehmen, vor Aufnahme der Beschäftigung über die Art und Weise der zu verrichtenden Arbeit, die Unfall- und Gesundheitsgefahren, denen diese bei der Beschäftigung ausgesetzt sind, sowie über die Maßnahmen und Einrichtungen zur Abwendung dieser Gefahren zu unterrichten. Der Auftraggeber hat sich von der Person, die von ihm Arbeit entgegennimmt, schriftlich bestätigen zu lassen, daß sie entsprechend dieser Vorschrift unterrichtet worden ist.

§ 8 Entgeltverzeichnisse

(1) Wer Heimarbeit ausgibt oder abnimmt, hat in den Räumen der Ausgabe und Abnahme Entgeltverzeichnisse und Nachweise über die sonstigen Vertragsbedingungen offen auszulegen. Soweit Musterbücher Verwendung finden, sind sie den Entgeltverzeichnissen beizufügen. Wird Heimarbeit den Beschäftigten in die Wohnung oder Betriebsstätte gebracht, so hat der Auftraggeber dafür zu sorgen, daß das Entgeltverzeichnis zur Einsichtnahme vorgelegt wird.

(2) Die Entgeltverzeichnisse müssen die Entgelte für jedes einzelne Arbeitsstück enthalten. Die Preise für mitzuliefernde Roh- und Hilfsstoffe sind besonders auszuweisen. Können die Entgelte für das einzelne Arbeitsstück nicht aufgeführt werden, so ist eine zuverlässige und klare Berechnungsgrundlage einzutragen.

(3) Bei Vorliegen einer Entgeltregelung gemäß den §§ 17 bis 19 ist diese auszulegen. Hierbei ist für die Übersichtlichkeit dadurch zu sorgen, daß nur der Teil der Entgeltregelung ausgelegt wird, der für die Beschäftigten in Betracht kommt.

(4) Die Vorschriften der Absätze 1 bis 3 gelten nicht für neue Muster, die als Einzelstücke erst auszuarbeiten sind.

§ 9 Entgeltbelege

(1) Wer Heimarbeit ausgibt oder weitergibt, hat den Personen, welche die Arbeit entgegennehmen, auf seine Kosten Entgeltbücher für jeden Beschäftigten (§ 1 Abs. 1 und 2) auszuhändigen. In die Entgeltbücher, die bei den Beschäftigten verbleiben, sind bei jeder Ausgabe und Abnahme von Arbeit ihre Art und ihr Umfang, die Entgelte und die Tage der Ausgabe und der Lieferung einzutragen. Diese Vorschrift gilt nicht für neue Muster, die als Einzelstücke erst auszuarbeiten sind.

(2) An Stelle von Entgeltbüchern (Absatz 1) können auch Entgelt- oder Arbeitszettel mit den zu einer ordnungsmäßigen Sammlung geeigneten Heften ausgegeben werden, falls die oberste Arbeitsbehörde des Landes oder die von ihr bestimmte Stelle dieses genehmigt hat.

(3) Die in Heimarbeit Beschäftigten haben für die ordnungsmäßige Aufbewahrung der Entgeltbelege zu sorgen. Sie haben sie den von der obersten Arbeitsbehörde des Landes bestimmten Stellen auf Verlangen vorzulegen. Diese Verpflichtung gilt auch für die Auftraggeber, in deren Händen sich die Entgeltbelege befinden. Vierter Abschnitt Arbeitszeitschutz

§ 10 Schutz vor Zeitversäumnis

Wer Heimarbeit ausgibt oder abnimmt, hat dafür zu sorgen, daß unnötige Zeitversäumnis bei der Ausgabe oder Abnahme vermieden wird. Die oberste Arbeitsbehörde des Landes oder die von ihr bestimmte Stelle kann im Benehmen mit dem Heimarbeitsausschuß die zur Vermeidung unnötiger Zeitversäumnis bei der Abfertigung erforderlichen Maßnahmen anordnen. Bei Anordnungen gegenüber einem einzelnen Auftraggeber kann die Beteiligung des Heimarbeitsausschusses unterbleiben.

§ 11 Verteilung der Heimarbeit

(1) Wer Heimarbeit an mehrere in Heimarbeit Beschäftigte ausgibt, soll die Arbeitsmenge auf die Beschäftigten gleichmäßig unter Berücksichtigung ihrer und ihrer Mitarbeiter Leistungsfähigkeit verteilen.

(2) Der Heimarbeitsausschuß kann zur Beseitigung von Mißständen, die durch ungleichmäßige Verteilung der Heimarbeit entstehen, für einzelne Gewerbezweige oder Arten von Heimarbeit die Arbeitsmenge festsetzen, die für einen bestimmten Zeitraum auf einen Entgeltbeleg (§ 9) ausgegeben werden darf. Die Arbeitsmenge ist so zu bemessen, daß sie durch eine vollwertige Arbeitskraft ohne Hilfskräfte in der für vergleichbare Betriebsarbeiter üblichen Arbeitszeit bewältigt werden kann. Für jugendliche Heimarbeiter ist eine Arbeitsmenge festzusetzen, die von vergleichbaren jugendlichen Betriebsarbeitern in der für sie üblichen Arbeitszeit bewältigt werden kann. Die Festsetzung erfolgt durch widerrufliche Entscheidung nach Anhörung der Beteiligten. Sie ist vom Vorsitzenden zu unterschreiben und bedarf der Zustimmung der zuständigen Arbeitsbehörde und der Veröffentlichung im Wortlaut na der von der zuständigen Arbeitsbehörde bestimmten Stelle. Sie tritt am Tag nach der Veröffentlichung in Kraft, wenn in ihr nicht ein anderer Zeitpunkt bestimmt ist. Die Vorschriften des § 8 Abs. 1 über die Auslegung und Vorlegung von Entgeltverzeichnissen gelten entsprechend.

(3) Soweit für einzelne Gewerbezweige oder Arten von Heimarbeit Bestimmungen nach Absatz 2 getroffen sind, darf an einen in Heimarbeit Beschäftigten eine größere Menge nicht ausgegeben werden. Die Ausgabe einer größeren Menge ist zulässig, wenn Hilfskräfte (Familienangehörige oder fremde Hilfskräfte) zur Mitarbeit herangezogen werden. Für diese Hilfskräfte sind dann weitere Entgeltbelege nach § 9 auszustellen.

(4) Aus wichtigen Gründen, insbesondere wenn nach Auskunft der Agentur für Arbeit geeignete unbeschäftigte Heimarbeiter und Hausgewerbetreibende nicht oder nicht in ausreichender Zahl vorhanden sind oder wenn besondere persönliche Verhältnisse eines in Heimarbeit Beschäftigten es rechtfertigen, kann der Vorsitzende des Heimarbeitsausschusses einem Auftraggeber die Ausgabe größerer Arbeitsmengen auf einen Entgeltbeleg gestatten. Die Erlaubnis kann jeweils nur für einen bestimmten Zeitraum, der sechs Monate nicht überschreiten darf, erteilt werden. Fünfter Abschnitt Gefahrenschutz (Arbeitsschutz und öffentlicher Gesundheitsschutz)

§ 12 Grundsätze des Gefahrenschutzes

(1) Die Arbeitsstätten der in Heimarbeit Beschäftigten einschließlich der Maschinen, Werkzeuge und Geräte müssen so beschaffen, eingerichtet und unterhalten und Heimarbeit

muß so ausgeführt werden, daß keine Gefahren für Leben, Gesundheit und Sittlichkeit der Beschäftigten und ihrer Mitarbeiter sowie für die öffentliche Gesundheit im Sinne des § 14 entstehen.

(2) Werden von Hausgewerbetreibenden oder Gleichgestellten fremde Hilfskräfte beschäftigt, so gelten auch die sonstigen Vorschriften über den Betriebsschutz und die sich daraus ergebenden Verpflichtungen des Arbeitgebers seinen Arbeitnehmern gegenüber.

§ 13 Arbeitsschutz

(1) Die Bundesregierung kann mit Zustimmung des Bundesrates für einzelne Gewerbebezüge oder bestimmte Arten von Beschäftigungen oder Arbeitsstätten Rechtsverordnungen zur Durchführung des Arbeitsschutzes durch die in Heimarbeit Beschäftigten und ihre Auftraggeber erlassen.

(2) Die Bundesregierung kann mit Zustimmung des Bundesrates Heimarbeit, die mit erheblichen Gefahren für Leben, Gesundheit oder Sittlichkeit der Beschäftigten verbunden ist, durch Rechtsverordnung verbieten.

§ 14 Schutz der öffentlichen Gesundheit

(1) Die Bundesregierung kann mit Zustimmung des Bundesrates für einzelne Gewerbebezüge oder bestimmte Arten von Beschäftigungen oder Arbeitsstätten Rechtsverordnungen zum Schutz der Öffentlichkeit gegen gemeingefährliche und übertragbare Krankheiten und gegen Gefahren, die beim Verkehr mit Arznei-, Heil- und Betäubungsmitteln, Giften, Lebens- und Genußmitteln sowie Bedarfsgegenständen entstehen können, erlassen.

(2) Die Polizeibehörde kann im Benehmen mit dem Gewerbeaufsichtsamt und dem Gesundheitsamt für einzelne Arbeitsstätten Verfügungen zur Durchführung des öffentlichen Gesundheitsschutzes im Sinne des Absatzes 1 treffen, insbesondere zur Verhütung von Gefahren für die öffentliche Gesundheit, die sich bei der Herstellung, Verarbeitung oder Verpackung von Lebens- und Genußmitteln ergeben.

(3) Die Bundesregierung kann mit Zustimmung des Bundesrates Heimarbeit, die mit erheblichen Gefahren für die öffentliche Gesundheit im Sinne des Absatzes 1 verbunden ist, durch Rechtsverordnung verbieten.

§ 15 Anzeigepflicht

Wer Heimarbeit ausgibt, für die zur Durchführung des Gefahrenschutzes besondere Vorschriften gelten, hat dem Gewerbeaufsichtsamt und der Polizeibehörde Namen und Arbeitsstätte der von ihm mit Heimarbeit Beschäftigten anzuzeigen.

§ 16

(1) Wer Heimarbeit ausgibt oder weitergibt, hat dafür zu sorgen, daß Leben oder Gesundheit der in der Heimarbeit Beschäftigten durch technische Arbeitsmittel und Arbeitsstoffe, die er ihnen zur Verwendung überläßt, nicht gefährdet werden.

(2) Die zur Durchführung des Gefahrenschutzes erforderlichen Maßnahmen, die sich auf Räume oder Betriebseinrichtungen beziehen, hat der zu treffen, der die Räume und Betriebseinrichtungen unterhält.

§ 16a Anordnungen

Das Gewerbeaufsichtsamt kann in Einzelfällen anordnen, welche Maßnahmen zur Durchführung der §§ 12, 13 und 16 sowie der auf § 13 und § 34 Abs. 2 gestützten Rechtsverordnungen zu treffen sind. Neben den auf Grund von § 3 Abs. 2 bestimmten Stellen nimmt das Gewerbeaufsichtsamt die Aufsichtsbefugnisse nach § 139b der Gewerbeordnung wahr. Sechster Abschnitt Entgeltregelung

§ 17 Tarifverträge, Entgeltregelungen

(1) Als Tarifverträge gelten auch schriftliche Vereinbarungen zwischen Gewerkschaften einerseits und Auftraggebern oder deren Vereinigungen andererseits über Inhalt, Abschluß oder Beendigung von Vertragsverhältnissen der in Heimarbeit Beschäftigten oder Gleichgestellten mit ihren Auftraggebern.

(2) Entgeltregelungen im Sinne dieses Gesetzes sind Tarifverträge, bindende Festsetzungen von Entgelten und sonstigen Vertragsbedingungen (§ 19) und von Mindestarbeitsbedingungen für fremde Hilfskräfte (§ 22).

§ 18 Aufgaben des Heimarbeitsausschusses auf dem Gebiet der

Entgeltregelung Der Heimarbeitsausschuß hat die Aufgaben:

- a) auf das Zustandekommen von Tarifverträgen hinzuwirken;
- b) zur Vermeidung und Beendigung von Gesamtstreitigkeiten zwischen den in § 17 Abs. 1 genannten Parteien diesen auf Antrag einer Partei Vorschläge für den Abschluß eines Tarifvertrags zu unterbreiten; wird ein schriftlich abgefaßter Vorschlag von allen Parteien durch Erklärung gegenüber dem Heimarbeitsausschuß angenommen, so hat er die Wirkung eines Tarifvertrags;
- c) bindende Festsetzungen für Entgelte und sonstige Vertragsbedingungen nach Maßgabe des § 19 zu treffen.

§ 19 Bindende Festsetzungen

(1) Bestehen Gewerkschaften oder Vereinigungen der Auftraggeber für den Zuständigkeitsbereich eines Heimarbeitsausschusses nicht oder umfassen sie nur eine Minderheit der Auftraggeber oder Beschäftigten, so kann der Heimarbeitsausschuß nach Anhörung der Auftraggeber und Beschäftigten, für die eine Regelung getroffen werden soll, Entgelte und sonstige Vertragsbedingungen mit bindender Wirkung für alle Auftraggeber und Beschäftigten seines Zuständigkeitsbereichs festsetzen, wenn unzulängliche Entgelte gezahlt werden oder die sonstigen Vertragsbedingungen unzulänglich sind. Als unzulänglich sind insbesondere Entgelte und sonstige Vertragsbedingungen anzusehen, die unter Berücksichtigung der sozialen und wirtschaftlichen Eigenart der Heimarbeit unter den tarifvertraglichen Löhnen oder sonstigen durch Tarifvertrag festgelegten Arbeitsbedingungen für gleiche oder gleichwertige Betriebsarbeit liegen. Soweit im Zuständigkeitsbereich eines Heimarbeitsausschusses Entgelte und sonstige Vertragsbedingungen für Heimarbeit derselben Art tarifvertraglich vereinbart sind, sollen in der bindenden Festsetzung keine für die Beschäftigten günstigeren Entgelte oder sonstigen Vertragsbedingungen festgesetzt werden.

(2) Die bindende Festsetzung bedarf der Zustimmung der zuständigen Arbeitsbehörde und der Veröffentlichung im Wortlaut an der von der zuständigen Arbeitsbehörde bestimmten Stelle. Der persönliche Geltungsbereich der bindenden Festsetzung ist unter Berücksichtigung der Vorschriften des § 1 zu bestimmen. Sie tritt am Tag nach der Veröffentlichung in Kraft, wenn in ihr nicht ein anderer Zeitpunkt bestimmt ist. Beabsichtigt die zuständige Arbeitsbehörde die Zustimmung zu einer bindenden Festsetzung insbesondere wegen Unzulänglichkeit der Entgelte oder der sonstigen Vertragsbedingungen (Absatz 1 Satz 2) zu versagen, so hat sie dies dem Heimarbeitsausschuß unter Angabe von Gründen mitzuteilen und ihm vor ihrer Entscheidung über die Zustimmung Gelegenheit zu geben, die bindende Festsetzung zu ändern.

(3) Die bindende Festsetzung hat die Wirkung eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags und ist in das beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales geführte Tarifregister einzutragen. Von den Vorschriften einer bindenden Festsetzung kann nur zugunsten des Beschäftigten abgewichen werden. Ein Verzicht auf Rechte, die auf Grund einer bindenden Festsetzung eines Beschäftigten entstanden sind, ist nur in einem von der Obersten Arbeitsbehörde des Landes oder der von ihr bestimmten Stelle gebilligten Vergleich zulässig. Die Verwirkung solcher Rechte ist ausgeschlossen. Ausschlußfristen für ihre Geltendmachung können nur durch eine bindende Festsetzung vorgesehen werden; das gleiche gilt für die Abkürzung von Verjährungsfristen. Im übrigen gelten für die bindende Festsetzung die gesetzlichen Vorschriften über den Tarifvertrag sinngemäß, soweit sich aus dem Fehlen der Vertragsparteien nicht etwas anderes ergibt.

(4) Der Heimarbeitsausschuß kann nach Anhörung der Auftraggeber und Beschäftigten bindende Festsetzungen ändern oder aufheben. Die Absätze 1 bis 3 gelten entsprechend.

(5) Die Absätze 1 bis 4 gelten entsprechend für die Festsetzung von vermögenswirksamen Leistungen im Sinne des Fünften Vermögensbildungsgesetzes.

§ 20 Art der Entgelte

Die Entgelte für Heimarbeit sind in der Regel als Stückentgelte, und zwar möglichst auf der Grundlage von Stückzeiten zu regeln. Ist dieses nicht möglich, so sind Zeitentgelte festzusetzen, die der Stückentgeltberechnung im Einzelfall zugrunde gelegt werden können.

§ 21 Entgeltregelung für Zwischenmeister, Mithaftung des Auftraggebers

(1) Für Zwischenmeister, die nach § 1 Abs. 2 Buchstabe d den in Heimarbeit Beschäftigten gleichgestellt sind, können im Verhältnis zu ihren Auftraggebern durch Entgeltregelungen gemäß den §§ 17 bis 19 Zuschläge festgelegt werden.

(2) Zahlt ein Auftraggeber an einen Zwischenmeister ein Entgelt, von dem er weiß oder den Umständen nach wissen muß, daß es zur Zahlung der in der Entgeltregelung festgelegten Entgelte an die Beschäftigten nicht ausreicht, oder zahlt er an einen Zwischenmeister, dessen Unzuverlässigkeit er kennt oder kennen muß, so haftet er neben dem Zwischenmeister für diese Entgelte.

§ 22 Mindestarbeitsbedingungen für fremde Hilfskräfte

(1) Für fremde Hilfskräfte, die von Hausgewerbetreibenden oder Gleichgestellten beschäftigt werden, können Mindestarbeitsbedingungen festgesetzt werden. Voraussetzung ist, daß die Entgelte der Hausgewerbetreibenden oder Gleichgestellten durch eine Entgeltregelung (§§ 17 bis 19) festgelegt sind.

(2) Für die Festsetzung gilt § 19 entsprechend mit der Maßgabe, daß an die Stelle der Heimarbeitsausschüsse Entgeltausschüsse für fremde Hilfskräfte der Heimarbeit treten. Für die Auslegung der Mindestarbeitsbedingungen gilt § 8 Abs. 3 entsprechend.

(3) Die Entgeltausschüsse werden im Bedarfsfall durch die zuständige Arbeitsbehörde errichtet. Für ihre Zusammensetzung und das Verfahren vor ihnen gelten § 4 Absätze 2 bis 4 und § 5 entsprechend. Die Beisitzer und Stellvertreter sind aus Kreisen der beteiligten Arbeitnehmer einerseits sowie der Hausgewerbetreibenden und Gleichgestellten andererseits auf Grund von Vorschlägen der fachlich und räumlich zuständigen Gewerkschaften und Vereinigungen der Hausgewerbetreibenden oder Gleichgestellten, soweit solche nicht bestehen oder keine Vorschläge einreichen, nach Anhörung der Beteiligten jeweils zu berufen. Siebenter Abschnitt. Entgeltschutz

§ 23 Entgeltprüfung

(1) Die oberste Arbeitsbehörde des Landes hat für eine wirksame Überwachung der Entgelte und sonstigen Vertragsbedingungen durch Entgeltprüfer Sorge zu tragen.

(2) Die Entgeltprüfer haben die Innehaltung der Vorschriften des Dritten Abschnitts dieses Gesetzes und der gemäß den §§ 17 bis 19, 21 und 22 geregelten Entgelte und sonstigen Vertragsbedingungen zu überwachen sowie auf Antrag bei der Errechnung der Stückentgelte Berechnungshilfe zu leisten.

(3) Die oberste Arbeitsbehörde des Landes kann die Aufgaben der Entgeltprüfer anderen Stellen übertragen, insbesondere für Bezirke, in denen Heimarbeit nur in geringerem Umfang geleistet wird.

§ 24 Aufforderung zur Nachzahlung der Minderbeträge

Hat ein Auftraggeber oder Zwischenmeister einem in Heimarbeit Beschäftigten oder einem Gleichgestellten ein Entgelt gezahlt, das niedriger ist als das in einer Entgeltregelung gemäß den §§ 17 bis 19 festgesetzte oder das in § 29 Abs. 5 oder 6 bestimmte, so kann ihn die oberste Arbeitsbehörde des Landes oder die von ihr bestimmte Stelle auffordern, innerhalb einer in der Aufforderung festzusetzenden Frist den Minderbetrag nachzuzahlen und den Zahlungsnachweis vorzulegen. Satz 1 gilt entsprechend für sonstige Vertragsbedingungen, die

gemäß den §§ 17 bis 19 festgesetzt sind und die Geldleistungen an einen in Heimarbeit Beschäftigten oder einen Gleichgestellten zum Inhalt haben. Die Oberste Arbeitsbehörde des Landes soll von einer Maßnahme nach Satz 1 absehen, wenn glaubhaft gemacht worden ist, daß ein Gleichgestellter im Fall des § 1 Abs. 6 nicht oder wahrheitswidrig geantwortet hat.

§ 25 Klagebefugnis der Länder

Das Land, vertreten durch die oberste Arbeitsbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle, kann im eigenen Namen den Anspruch auf Nachzahlung des Minderbetrags an den Berechtigten gerichtlich geltend machen. Das Urteil wirkt auch für und gegen den in Heimarbeit Beschäftigten oder den Gleichgestellten. § 24 Satz 3 gilt entsprechend.

§ 26 Entgeltsschutz für fremde Hilfskräfte

(1) Hat ein Hausgewerbetreibender oder Gleichgestellter einer fremden Hilfskraft ein Entgelt gezahlt, das niedriger ist als das durch Mindestarbeitsbedingungen (§ 22) festgesetzte, so gelten die Vorschriften der §§ 24 und 25 über die Aufforderung zur Nachzahlung der Minderbeträge und über die Klagebefugnis der Länder sinngemäß. (2) Das gleiche gilt, wenn ein Hausgewerbetreibender oder Gleichgestellter eine fremde Hilfskraft nicht nach der einschlägigen tariflichen Regelung entlohnt. Voraussetzung ist, daß die Entgelte des Hausgewerbetreibenden oder Gleichgestellten durch eine Entgeltregelung (§§ 17 bis 19) festgelegt sind.

§ 27 Pfändungsschutz

Für das Entgelt, das den in Heimarbeit Beschäftigten oder den Gleichgestellten gewährt wird, gelten die Vorschriften über den Pfändungsschutz für Vergütungen, die auf Grund eines Arbeits- oder Dienstverhältnisses geschuldet werden, entsprechend. Achter Abschnitt Auskunfts- und Aufklärungspflicht über Entgelte

§ 28

(1) Auftraggeber, Zwischenmeister, Beschäftigte und fremde Hilfskräfte haben den mit der Entgeltfestsetzung oder Entgeltprüfung beauftragten Stellen auf Verlangen Auskunft über alle die Entgelte berührenden Fragen zu erteilen und hierbei auch außer den Entgeltbelegen (§ 9) Arbeitsstücke, Stoffproben und sonstige Unterlagen für die Entgeltfestsetzung oder Entgeltprüfung vorzulegen. Die mit der Entgeltfestsetzung oder Entgeltprüfung beauftragten Stellen können Erhebungen über Arbeitszeiten für einzelne Arbeitsstücke anstellen oder anstellen lassen.

(2) Der in Heimarbeit Beschäftigte und Gleichgestellte kann von seinem Auftraggeber verlangen, daß ihm die Berechnung und Zusammensetzung seines Entgelts erläutert wird. Neunter Abschnitt Kündigung

§ 29 Allgemeiner Kündigungsschutz

(1) Das Beschäftigungsverhältnis eines in Heimarbeit Beschäftigten kann beiderseits na jedem Tag für den Ablauf des folgenden Tages gekündigt werden.

(2) Wird ein in Heimarbeit Beschäftigter von einem Auftraggeber oder Zwischenmeister länger als vier Wochen beschäftigt, so kann das Beschäftigungsverhältnis beiderseits nur mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden.

(3) Wird ein in Heimarbeit Beschäftigter überwiegend von einem Auftraggeber oder Zwischenmeister beschäftigt, so kann das Beschäftigungsverhältnis mit einer Frist von vier Wochen zum Fünfzehnten oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden Während einer vereinbarten Probezeit, längstens für die Dauer von sechs Monaten, beträgt die Kündigungsfrist zwei Wochen.

(4) Unter der in Absatz 3 Satz 1 genannten Voraussetzung beträgt die Frist für eine Kündigung durch den Auftraggeber oder Zwischenmeister, wenn das Beschäftigungsverhältnis

1. zwei Jahre bestanden hat, einen Monat zum Ende eines Kalendermonats,
2. fünf Jahre bestanden hat, zwei Monate zum Ende eines Kalendermonats,

3. acht Jahre bestanden hat, drei Monate zum Ende eines Kalendermonats,
 4. zehn Jahre bestanden hat, vier Monate zum Ende eines Kalendermonats,
 5. zwölf Jahre bestanden hat, fünf Monate zum Ende eines Kalendermonats,
 6. fünfzehn Jahre bestanden hat, sechs Monate zum Ende eines Kalendermonats,
 7. zwanzig Jahre bestanden hat, sieben Monate zum Ende eines Kalendermonats.
- Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer werden Zeiten, die vor der Vollendung des 25. Lebensjahres des Beschäftigten liegen, nicht berücksichtigt.

(5) § 622 Abs. 4 bis 6 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt entsprechend.

(6) Für die Kündigung aus wichtigem Grund gilt § 626 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.

(7) Für die Dauer der Kündigungsfrist nach den Absätzen 2 bis 5 hat der Beschäftigte auch bei Ausgabe einer geringeren Arbeitsmenge Anspruch auf Arbeitsentgelt in Höhe von einem Zwölftel bei einer Kündigungsfrist von zwei Wochen, zwei Zwölfteln bei einer Kündigungsfrist von vier Wochen, drei Zwölfteln bei einer Kündigungsfrist von einem Monat, vier Zwölfteln bei einer Kündigungsfrist von zwei Monaten, sechs Zwölfteln bei einer Kündigungsfrist von drei Monaten, acht Zwölfteln bei einer Kündigungsfrist von vier Monaten, zehn Zwölfteln bei einer Kündigungsfrist von fünf Monaten, zwölf Zwölfteln bei einer Kündigungsfrist von sechs Monaten und vierzehn Zwölfteln bei einer Kündigungsfrist von sieben Monaten des Gesamtbetrages, den er in den dem Zugang der Kündigung vorausgegangenen 24 Wochen als Entgelt erhalten hat. Bei Entgelterhöhungen während des Berechnungszeitraums oder der Kündigungsfrist ist von dem erhöhten Entgelt auszugehen. Zeiten des Bezugs von Krankengeld oder Kurzarbeitergeld sind in den Berechnungszeitraum nicht mit einzubeziehen.

(8) Absatz 7 gilt entsprechend, wenn ein Auftraggeber oder Zwischenmeister die Arbeitsmenge, die er mindestens ein Jahr regelmäßig an einen Beschäftigten, auf den die Voraussetzungen der Absätze 2, 3, 4 oder 5 zutreffen, ausgegeben hat, um mindestens ein Viertel verringert, es sei denn, daß die Verringerung auf einer Festsetzung gemäß

§ 11 Abs. 2 beruht. Hat das Beschäftigungsverhältnis im Fall des Absatzes 2 ein Jahr noch nicht erreicht, so ist von der während der Dauer des Beschäftigungsverhältnisses ausgegebenen Arbeitsmenge auszugehen. Die Sätze 1 und 2 finden keine Anwendung, wenn die Verringerung der Arbeitsmenge auf rechtswirksam eingeführter Kurzarbeit beruht.

(9) Teilt ein Auftraggeber einem Zwischenmeister, der überwiegend für ihn Arbeit weitergibt, eine künftige Herabminderung der regelmäßig zu verteilenden Arbeitsmenge nicht rechtzeitig mit, so kann dieser vom Auftraggeber Ersatz der durch Einhaltung der Kündigungsfrist verursachten Aufwendungen insoweit verlangen, als während der Kündigungsfrist die Beschäftigung wegen des Verhaltens des Auftraggebers nicht möglich war.

§ 29a Kündigungsschutz im Rahmen der Betriebsverfassung

(1) Die Kündigung des Beschäftigungsverhältnisses eines in Heimarbeit beschäftigten Mitglieds eines Betriebsrats oder einer Jugend- und Auszubildendenvertretung ist unzulässig, es sei denn, daß Tatsachen vorliegen, die einen Arbeitgeber zur Kündigung eines Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen würden, und daß die nach § 103 des Betriebsverfassungsgesetzes erforderliche Zustimmung vorliegt oder durch gerichtliche Entscheidung ersetzt ist. Nach Beendigung der Amtszeit ist die Kündigung innerhalb eines Jahres, jeweils vom Zeitpunkt der Beendigung der Amtszeit an gerechnet, unzulässig, es sei denn, daß Tatsachen vorliegen, die einen Arbeitgeber zur Kündigung eines Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen würden; dies gilt nicht, wenn die Beendigung der Mitgliedschaft auf einer gerichtlichen Entscheidung beruht.

(2) Die Kündigung eines in Heimarbeit beschäftigten Mitglieds eines Wahlvorstands ist vom Zeitpunkt seiner Bestellung an, die Kündigung eines in Heimarbeit beschäftigten Wahlbewerbers vom Zeitpunkt der Aufstellung des Wahlvorschlags an jeweils bis zur Bekanntgabe des Wahlergebnisses unzulässig, es sei denn, daß Tatsachen vorliegen, die einen Arbeitgeber zur Kündigung eines Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen würden, und daß die nach § 103 des Betriebsverfassungsgesetzes erforderliche Zustimmung vorliegt oder durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzt ist. Innerhalb von sechs Monaten nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses ist die Kündigung unzulässig, es sei denn, daß Tatsachen vorliegen, die einen Arbeitgeber zur Kündigung eines Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen würden; dies gilt nicht für Mitglieder des Wahlvorstands, wenn dieser nach § 18 Abs. 1 des Betriebsverfassungsgesetzes durch gerichtliche Entscheidung durch einen anderen Wahlvorstand ersetzt worden ist. (3) Wird die Vergabe von Heimarbeit eingestellt, so ist die Kündigung des Beschäftigungsverhältnisses der in den Absätzen 1 und 2 genannten Personen frühestens zum Zeitpunkt der Einstellung der Vergabe zulässig, es sei denn, daß die Kündigung zu einem früheren Zeitpunkt durch zwingende betriebliche Erfordernisse bedingt ist. Zehnter Abschnitt Ausgabeverbot

§ 30 Verbot der Ausgabe von Heimarbeit

Die Oberste Arbeitsbehörde des Landes oder die von ihr bestimmte Stelle kann einer Person, die 1. in den letzten fünf Jahren wiederholt wegen eines Verstoßes gegen die Vorschriften dieses Gesetzes rechtskräftig verurteilt oder mit Geldbuße belegt worden ist, 2. der Obersten Arbeitsbehörde des Landes oder der von ihr bestimmten Stelle falsche Angaben gemacht oder falsche Unterlagen vorgelegt hat, um sich der Pflicht zur Nachzahlung von Minderbeträgen (§ 24) zu entziehen, oder

3. der Aufforderung der Obersten Arbeitsbehörde des Landes oder der von ihr bestimmten Stelle zur Nachzahlung von Minderbeträgen (§ 24) wiederholt nicht nachgekommen ist oder die Minderbeträge nach Aufforderung zwar nachgezahlt, jedoch weiter zu niedrige Entgelte gezahlt hat, die Aus- und Weitergabe von Heimarbeit verbieten. Elfter Abschnitt Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

§ 31 Ausgabe verbotener Heimarbeit

(1) Wer Heimarbeit, die nach einer zur Durchführung des Gefahrenschutzes erlassenen Rechtsvorschrift (§ 13 Abs. 2, § 14 Abs. 3, § 34 Abs. 2 Satz 2) verboten ist, ausgibt oder weitergibt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu einhundertachtzig Tagessätzen.

§ 32 Straftaten und Ordnungswidrigkeiten im Bereich des Arbeits- und Gefahrenschutzes

(1) Ordnungswidrig handelt, wer, abgesehen von den Fällen des § 31, vorsätzlich oder fahrlässig

1. einer zur Durchführung des Gefahrenschutzes erlassenen Rechtsvorschrift (§§ 13, 14 Abs. 1, 3, § 34 Abs. 2 Satz 2), soweit sie für einen bestimmten Tatbestand auf diese Bußgeldvorschrift verweist, oder

2. einer vollziehbaren Verfügung nach § 14 Abs. 2 oder § 16^a zuwiderhandelt. Die in Satz 1 Nr. 1 vorgeschriebene Verweisung ist nicht erforderlich, soweit die dort genannten Rechtsvorschriften vor Inkrafttreten dieses Gesetzes erlassen sind.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu zehntausend Euro geahndet werden.

(3) Wer vorsätzlich eine der in Absatz 1 bezeichneten Handlungen begeht und dadurch in Heimarbeit Beschäftigte in ihrer Arbeitskraft oder Gesundheit gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(4) Wer in den Fällen des Absatzes 3 die Gefahr fahrlässig verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu einhundertachtzig Tagessätzen bestraft.

§ 32a Sonstige Ordnungswidrigkeiten

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig einem nach § 30 ergangenen vollziehbaren Verbot der Ausgabe oder Weitergabe von Heimarbeit zuwiderhandelt.

(2) Ordnungswidrig handelt auch, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. einer Vorschrift über die Listenführung (§ 6), die Mitteilung oder Anzeige von Heimarbeit (§§ 7, 15), die Unterrichtungspflicht (§ 7a), die Offenlegung der Entgeltverzeichnisse (§ 8), die Entgeltbelege (§ 9) oder die Auskunftspflicht über die Entgelte (§ 28 Abs. 1) zuwiderhandelt,

2. einer vollziehbaren Anordnung zum Schutz der Heimarbeiter vor Zeitversäumnis (§ 10) zuwiderhandelt, 3. einer Regelung zur Verteilung der Heimarbeit nach § 11 Abs. 2 zuwiderhandelt, soweit sie für einen bestimmten Tatbestand auf diese Bußgeldvorschrift verweist oder

4. als in Heimarbeit Beschäftigter (§ 1 Abs. 1) oder diesem Gleichgestellter (§ 1 Abs.2) duldet, daß ein mitarbeitender Familienangehöriger eine Zuwiderhandlung nach § 32 begeht.

(3) Die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 1 kann mit einer Geldbuße bis zu zehntausend Euro, die Ordnungswidrigkeit nach Absatz 2 mit einer Geldbuße bis zu zweitausendfünfhundert Euro geahndet werden. Zwölfter Abschnitt Schlußvorschriften

§ 33 Durchführungsvorschriften

(1) Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales wird ermächtigt, mit Zustimmung des Bundesrates und nach Anhörung der Spitzenverbände der Gewerkschaften und der Vereinigungen der Arbeitgeber die zur Durchführung dieses Gesetzes erforderlichen Rechtsverordnungen zu erlassen über

a) das Verfahren bei der Gleichstellung (§ 1 Abs. 2 bis 5);

b) die Errichtung von Heimarbeitsausschüssen und von Entgeltausschüssen für fremde Hilfskräfte der Heimarbeit und das Verfahren vor ihnen (§§ 4, 5, 11, 18 bis 22);

c) Form, Inhalt und Einsendung der Listen und der Anzeige bei erstmaliger Ausgabe von Heimarbeit (§§ 6 und 7);

d) Form, Inhalt, Ausgabe und Aufbewahrung von Entgeltbelegen (§ 9).

(2) Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann mit Zustimmung des Bundesrates und nach Anhörung der Spitzenverbände der Gewerkschaften und der Vereinigung der Arbeitgeber allgemeine Verwaltungsvorschriften für die Durchführung dieses Gesetzes erlassen.

Fußnote

§ 33 Abs. 1 Eingangssatz Kursivdruck: Lautet richtig "Vereinigung"

§ 34 Inkrafttreten

(1) Das Gesetz tritt einen Monat nach seiner Verkündung, der § 33 am Tag nach der Verkündung in Kraft.

(2) Mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes treten das Gesetz über die Heimarbeit in der Fassung der Bekanntmachung vom 30. Oktober 1939 (Reichsgesetzbl. I S. 2145) und die Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Heimarbeit vom 30. Oktober 1939 (Reichsgesetzbl. I S. 2152) außer Kraft. Die auf Grund der bisherigen gesetzlichen Vorschriften zur Durchführung des Gefahrenschutzes erlassenen Verordnungen bleiben mit der Maßgabe in Kraft, daß anstelle der in ihnen erwähnten Vorschriften des Gesetzes über die Heimarbeit in der Fassung vom 30. Oktober 1939 und des Hausarbeitgesetzes in der Fassung vom 30. Juni 1923 (Reichsgesetzbl. S. 472/730) die entsprechenden Vorschriften dieses Gesetzes treten. Fußnote

§ 34 Abs. 1 Kursivdruck: Betr. Inkrafttreten d. § 33 in der ursprünglichen Fassung

ANEXO J - PROJETOS EM TRAMITAÇÃO NO CONGRESSO NACIONAL

PROJETO DE LEI Nº 6012 , de 2005

(Do Senhor Leonardo Picciani)

Dispõe sobre o regime previdenciário e tributário do trabalhador por conta própria de pequena renda e dos nanoempreendedores e cria o ESTATUTO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR INFORMAL.

O Congresso Nacional decreta:

CAPÍTULO I

DAS DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1º - Esta lei regula o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido aplicável aos trabalhadores por conta própria, de baixa renda e aos nanoempreendedores, relativos aos tributos e às contribuições Previdenciárias, em conformidade com o disposto no art. 179 da Constituição.

CAPÍTULO II

DOS TRABALHADORES INDEPENDENTES

Art. 2º - Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se trabalhador independente aquele não vinculado a relações de subordinação e de dependência a um empregador ou único contratante.

Parágrafo único - Não se aplicam às relações do trabalhador independente as normas do Decreto-Lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943, e de suas atualizações.

Art. 3º - O trabalhador independente pode atuar como:

I - trabalhador por conta própria, quando realiza o seu trabalho individualmente recebendo de dois ou mais clientes ou fontes pagadoras, podendo contar com o apoio de auxiliares não remunerados;

II- empreendedor, quando explora uma atividade econômica, com dois ou mais clientes ou fontes pagadoras, podendo contar com o apoio de auxiliares remunerados.

Art. 4º - Para os fins do disposto nesta lei, considera-se:

I - trabalhador por conta própria, de baixa renda, aquele cuja receita bruta, no ano-calendário, seja igual ou inferior ao limite de isenção do imposto de renda da pessoa física;

II - nanoempreendedor, aquele cuja receita bruta, no ano-calendário, seja igual ou inferior ao limite de isenção do imposto de renda da pessoa física, multiplicado pelo número de pessoas remuneradas, até o limite de cinco.

§ 1º - No caso de início de atividade no próprio ano-calendário, os limites de que tratam os incisos I e II serão proporcionais ao número de meses em que o trabalhador houver exercido atividade, desconsideradas as frações de meses.

§ 2º - Para os fins do disposto neste artigo, considera-se receita bruta o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o produto dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

CAPÍTULO III

DO SISTEMA INTEGRADO DE PAGAMENTO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DOS TRABALHADORES INDEPENDENTES DE BAIXA RENDA

- ESTATUTO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR INFORMAL -

Seção I

Da Definição e da Abrangência

Art. 5º - Os trabalhadores independentes enquadrados nas condições de trabalhador por conta própria de baixa renda ou de nanoempreendedores poderão optar pela inscrição no Sistema Integrado de Tributos e Contribuições dos Trabalhadores Independentes de Baixa Renda - ESTATUTO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR INFORMAL.

§ 1º - A inscrição no ESTATUTO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR INFORMAL implica pagamento trimestral unificado dos seguintes impostos e contribuições:

- a) Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas - IRPJ;
- b) Imposto de Renda das Pessoas Físicas - IRPF;
- c) Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI;
- d) Imposto sobre exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados – IE;
- e) Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP;
- f) Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL;
- g) Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS;
- h) Contribuição Provisória sobre a Movimentação Financeira - CPMF;
- i) Contribuições para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica de que tratam o art. 22 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991;
- j) Contribuição para a seguridade social, a cargo da pessoa física de que trata o art. 21 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991.

§ 2º O pagamento na forma do parágrafo anterior não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável:

- a) imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários - IOF;
- b) imposto sobre importação de produtos estrangeiros - II;
- c) imposto de renda, relativo aos pagamentos ou créditos efetuados pelo contribuinte e aos rendimentos ou ganhos líquidos auferidos em aplicações de renda fixa ou variável, bem assim aos ganhos de capital obtidos na alienação de ativos;
- d) imposto sobre a propriedade territorial rural - ITR;

§ 3º - Os trabalhadores independentes poderão aderir voluntariamente ao regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, regulado pela Lei n.º 8.036 de 11 de maio de 1990.

§ 4º - A inscrição no ESTATUTO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR INFORMAL dispensa as pessoas físicas e jurídicas do pagamento das demais contribuições instituídas pela União.

Art. 6º - O ESTATUTO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR INFORMAL poderá incluir o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de transporte interestadual e intermunicipal - ICMS ou o imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS devido por trabalhadores por conta própria de baixa renda e nanoempreendedores, desde que a Unidade Federada ou o Município em que esteja estabelecidas venha a aderir mediante convênio.

§ 1º - Os convênios serão bilaterais e terão como partes a União, representada pela Secretaria da Receita Federal, e a Unidade Federada ou Município.

§ 2º - O convênio entrará em vigor a partir do terceiro mês subsequente ao da publicação, no Diário Oficial da União, do seu extrato.

§ 3º - Denunciado o convênio, por qualquer das partes, a exclusão do ICMS ou do ISS do ESTATUTO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR INFORMAL somente produzirá efeito a partir de 1º de janeiro do ano-calendário subsequente ao da denúncia.

Seção II

Do Recolhimento e dos Percentuais

Art. 7º - O valor devido trimestralmente pelos trabalhadores independentes inscritos no ESTATUTO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR INFORMAL será determinado mediante a aplicação sobre a receita bruta trimestral auferida do percentual de 1,33% (um inteiro e trinta e três centésimos por cento) com a seguinte destinação:

I - 0% (zero por cento) relativo ao IR;

II - 0,13 % (treze centésimos por cento) relativo ao PIS/PASEP;

III - 0 % (zero por cento) relativo à COFINS;

IV - 1,2 % (um inteiro e dois décimos por cento) relativos às contribuições de que trata a alínea "i" do § 1º do art. 5º

§ 1º - Além do percentual estabelecido neste artigo, os inscritos no ESTATUTO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR INFORMAL recolherão trimestralmente, juntamente com esse percentual, a contribuição individual para a seguridade social com base na alíquota de 5% (cinco por cento) sobre o limite mínimo do salário-de-contribuição para cada trabalhador associado ao seu negócio, até o limite de 4 (quatro) por trimestre.

§ 2º - Os trabalhadores associados deverão fazer a sua inscrição como contribuinte individual da Previdência Social, no âmbito do ESTATUTO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR INFORMAL, ficando sujeitos exclusivamente à contribuição prevista no parágrafo anterior.

§ 3º - Caso o trabalhador por conta própria opte pela participação no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, deverá acrescer uma contribuição de 8% (oito por cento) sobre a sua remuneração, que não poderá ser inferior a 70% (setenta por cento) da receita bruta, no caso de prestador de serviços e de 50% (cinquenta por cento) da receita bruta, nos demais casos.

§ 4º - Caso o nanoempreendedor opte pela participação no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS par si e para os trabalhadores associados deverá acrescer uma contribuição de 8% (oito por cento) sobre a sua remuneração e dos trabalhadores associados, indicando a participação individual de cada trabalhador.

Seção III

Da data e forma de pagamento

Art. 80 - O pagamento unificado de impostos e contribuições, devidos pelos inscritos no ESTATUTO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR INFORMAL será feito de forma centralizada, até o décimo dia útil do trimestre subsequente àquele em que houver sido auferida a receita bruta.

§1º - Para fins do disposto neste artigo, a Secretaria da Receita Federal instituirá documento de arrecadação único e específico (DARF - ESTATUTO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR INFORMAL).

Art. 9º - Os nanoempreendedores inscritos no ESTATUTO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR INFORMAL apresentarão anualmente, declaração simplificada que será entregue até o último dia útil do mês de maio do ano-calendário subsequente ao da ocorrência dos fatos geradores dos impostos e contribuições de que tratam o art. 7º desta lei.

§1º - Os nanoempreendedores ficam dispensados de escrituração comercial desde que mantenham, em boa ordem e guarda e enquanto não decorrido o prazo decadencial e não prescritas eventuais ações que lhes sejam pertinentes todos os documentos e demais papéis referentes à movimentação do seu negócio.

CAPÍTULO IV

DA OPÇÃO PELO ESTATUTO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR INFORMAL

Seção I

Dos procedimentos para a opção

Art. 1º - A opção pelo ESTATUTO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR INFORMAL dar-se-á pela inscrição múltipla do trabalhador independente enquadrado na condição de

trabalhador por conta própria, de baixa renda, ou de nanoempreendedor, junto à Receita Federal, à Previdência Social ou ao Ministério do Trabalho e Emprego.

§ 1º - A inscrição deverá ser simplificada requerendo-se exclusivamente os elementos de identificação pessoal, com elementos que minimizem a ocorrência de confusão com homônimos.

§ 2º - Com a inscrição trabalhador independente receberá dois códigos numéricos:

I - um correspondente à sua inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes do Ministério da Fazenda, sendo:

- a) do Cadastro das Pessoas Físicas - CPF, quando trabalhador por conta própria;
- b) do Cadastro Nacional das Pessoas Jurídicas - CNPJ, quando nanoempreendedor.

II - um correspondente à inscrição no PIS/PASEP.

§ 3º - No caso de convênio com as Unidades Federadas e aos Municípios serão designados códigos numéricos referentes ao ICMS e ao 155.

§ 4º - Os trabalhadores já inscritos, detentores de códigos numéricos no Cadastro Geral de Contribuintes e/ou no PIS/PASEP comunicarão os códigos atuais e solicitarão a alteração cadastral.

§ 5º - Os trabalhadores já inscritos no SIMPLES farão uma alteração cadastral, sem necessidade de qualquer documentação ou informação adicional.

§ 6º - A opção exercida de conformidade com este artigo, submeterá o trabalhador à sistemática do ESTATUTO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR INFORMAL a partir de ano da inscrição, com efeitos a partir de 1º de janeiro do referido ano, exceto se realizado no último trimestre, quando prevalecerá a partir do primeiro dia do ano calendário subsequente.

Seção II

Das vedações à opção

Art. 11 - Não poderão optar pelo ESTATUTO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR INFORMAL:

I - o trabalhador por conta própria que, como pessoa física, seja obrigado a apresentar declaração anual de Imposto de Renda;

II - o nanoempreendedor que tenha auferido, no ano-calendário imediatamente anterior, receita bruta igual ou superior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais);

III - o nanoempreendedor cujo negócio seja constituído sob a forma de sociedade por ações;

IV - o nanoempreendedor que participe com mais de 10 % (dez por cento) do capital de outra empresa, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II deste artigo.

Seção III

Da exclusão do ESTATUTO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR INFORMAL

Art. 12 - A exclusão do ESTATUTO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR INFORMAL será feita mediante comunicação do trabalhador inscrito ou de ofício.

Art. 13 - A exclusão mediante comunicação do inscrito dar-se á:

I - por opção:

II - obrigatoriamente quando incorrer em qualquer das situações excludentes previstas no art. 11.

§ 1º - A exclusão na forma deste artigo será formalizada mediante alteração cadastral;

§ 2º - Aplicam-se ao ESTATUTO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR INFORMAL os procedimentos, no que couber, previstos no capítulo VI da Lei nº 9.317 de 5 de dezembro de 1996, que institui o SIMPLES.

CAPÍTULO V

DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Seção I

Da extensão dos procedimentos do SIMPLES

Art. 14 – Aplicam-se ao ESTATUTO DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR INFORMAL as normas referentes a arrecadação, cobrança, fiscalização e tributação previstas nos artigos 17 a 22 da lei nº 9.317 de 5 de dezembro de 1996.

Seção II

Da vigência

Art. 15 - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo os efeitos a partir de 1º de janeiro de 2006.

Brasília, de de 2005.

LEONARDO PICCIANI

Deputado Federal PMDB/RJ

PROJETO DE LEI N.º 7176 DE 2006.

(Do Senhor Paes Landim)

Acresce parágrafos ao art. 7º da
Consolidação da Leis do Trabalho.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º - O art. 7º da Consolidação das Leis do Trabalho passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º, 2º e 3º.

“§ 1º - Considera-se trabalhador sem vínculo empregatício:

I - avulso, diarista ou eventual o que, tendo sua remuneração fixada por hora ou dia efetivamente trabalhados, não prestar serviços ao mesmo empregador por mais de dois dias na semana ou trinta e seis em cada período de doze meses;

II - autônomo o que não tiver obrigação de prestação de serviços exclusivamente ao mesmo empregador e não estar sujeito ao cumprimento de horário certo e determinado em seu trabalho.

III - profissional liberal o que prestar serviço de natureza técnica, com remuneração fixada em honorários por trabalho certo ou tempo à disposição do empregador, não estando ainda submetido ao comando deste.

IV - colaborador o que, tendo menos de 24 (vinte e quatro) anos, se estudante ou mais de 60 (sessenta) de idade, não prestar serviços ao mesmo empregador por mais de 22 (vinte e duas) horas semanais.

§ 2º - O trabalhador de que trata o parágrafo anterior terá direito:

I - por hora de efetivo trabalho, ao pagamento, pelo menos, do valor do salário-hora mínimo;

II - ao benefício do vale-transporte, conforme lei própria;

III - a aviso prévio, com duração de trinta dias, quando dispensado imotivadamente pelo empregador, se a prestação de serviços tiver durado mais de um mês ou período equivalente;

IV - ao pagamento anual de uma décima terceira remuneração, na proporção de um doze avos da valor mensal médio percebido, por período de 30 (trinta) dias ou fração igual ou superior a 15 (quinze) à disposição do empregador”.

Art. 2º - Revogam-se as disposições em contrário.

Art. 3º - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.