

## **GARCIA PEREIRA E ASSOCIADOS**

SOCIEDADE DE ADVOGADOS RL

António Garcia Pereira  
Francisco Nicolau  
Paulo Graça Lobo  
Ana Leal  
Paulo Alves dos Santos

### **OS CÓDIGOS DO TRABALHO E DE PROCESSO DO TRABALHO E A JUSTIÇA LABORAL**

#### **“INEFECTIVIDADE DAS LEIS E TRIBUNAIS DO TRABALHO”**

O tema da “inefectividade das leis” e em particular das leis laborais poderá parecer à primeira vista um tema recorrente e até já bastante debatido, quase um lugar-comum, mesmo entre nós.

Mas a verdade é que de todo o não é, sobretudo com a reflexão e a profundidade que ele merece e impõe.

Com efeito e ao invés do que alguns gostam de referir, não acho que estejamos todos de acordo com o diagnóstico e que só divergimos quanto a alguma da terapêutica. Não ! Estamos é de acordo com a maior parte da sintomatologia, mas não acertamos com o diagnóstico, e quanto à terapêutica as discordâncias e a falta de uma perspectiva estratégica são totais.

Partirei então dos sintomas: hoje, muito em particular na área Laboral, existem, formalmente consagrados, inúmeros direitos, faculdades, poderes e garantias mas, na grande maioria dos casos, eles não estão verdadeiramente ao dispor dos cidadãos, em especial dos cidadãos trabalhadores, que não têm reais condições para os exercitarem e deles retirarem a utilidade social e pessoal que, teórica e formalmente, a Ordem Jurídica lhes garantiria.

As coisas chegaram mesmo a um ponto em que, de acordo com um inquérito encomendado pela SEDES há uns meses atrás, 82% dos cidadãos considerou que a Justiça, e o acesso a ela, não era realmente igual para ricos e para pobres, para poderosos e para fracos e vulneráveis. Mas, bem pior ainda do que isso, se possível, 49% dos cidadãos inquiridos responderam que por mais razão que uma pessoa tenha não vale a pena recorrer à Justiça para ver tal razão reconhecida e garantida.

Trata-se, como se compreenderá, de um autêntico barril de pólvora, em cima do qual todos nós, mas muito em particular os nossos dirigentes políticos, têm estado tão ignara quanto irresponsavelmente sentados. Porque – tal como não me tenho cansado de repetir – se problemas de Saúde, Educação ou Transportes mal resolvidos sempre geraram, ao longo da História, reclamações e protestos, questões de Justiça não resolvidas, sentimentos generalizados de injustiça sempre geraram explosões sociais de consequências tão graves quanto imprevisíveis e incontroláveis.

Ora, a verdade é que temos hoje em geral, mas de uma forma muito marcada em Portugal de 2009, uma situação caracterizada por uma profunda rarefacção e por uma acentuada inutilização prática dos direitos dos cidadãos/trabalhadores. Para não ir mais longe, verifica-se hoje no nosso País, e de forma tão generalizada quanto (cada vez mais) impune, a utilização fraudulenta de contratos de prestação de serviços para encobrir relações de trabalho subordinado; o uso igualmente fraudulento e, logo, ilícito, da contratação a termo, certo ou incerto, para preencher postos de trabalho mais do

que permanentes; a não remuneração de milhares e milhares de horas de trabalho suplementar; a adopção de mecanismos de registo informático das horas de trabalho que se apagam automaticamente ao fim de poucas horas ou dias; a habilidade fraudulenta de “partir” aquilo que verdadeiramente é a remuneração de base dos trabalhadores em várias fatias, apenas se designando uma delas por “vencimento base” e as restantes por eufemismos como os de “complemento de remuneração”, “subsídio de disponibilidade e desempenho”, “diferencial absorvível”, etc., etc., como forma de assim baixar as compensações de antiguidade devidas ao trabalhador; todos os dias se verificam processos chamados de “extinção de postos de trabalho” – umas vezes levados até ao fim, outras vezes levados ao ponto em que o trabalhador decide aceder sair da Empresa por algo que de “mútuo” e de “acordo” só tem mesmo a denominação... – fora dos pressupostos objectivos que legalmente fundamentam tal forma de cessação do contrato de trabalho. Todos os dias também são levados a cabo processos de assédio moral, alguns de extrema gravidade e que conduzem à autêntica destruição da vida não só profissional, como também pessoal e familiar de alguns dos nossos melhores concidadãos. Como também “suspensões” e “encerramentos” de facto, verdadeiros “*lock-out*” legal e constitucionalmente proibidos. E “transmissões” de empresas ou partes de empresas, designadamente no âmbito de processos de “*out-sourcing*”, ou cedências ocasionais de trabalhadores que se acabam por consubstanciar as mais das vezes pela perda de direitos e regalias por parte dos trabalhadores por elas abrangidos.

E todavia, não obstante a sua patente ilegitimidade, ilegalidade ou até inconstitucionalidade, é ínfima a parte dessas situações que é levada à Justiça

Laboral e verdadeiramente microscópica a percentagem dos casos em que esta opera uma real e efectiva recomposição da Ordem Jurídica violada !

Dito de maneira mais simplista, os direitos até estão, de um modo geral, abstracta e formalmente consagrados, mas verifica-se uma sua patente inutilização ou inviabilização prática.

E, dito de uma forma um pouco mais rude, hoje e em Portugal, na área do Direito do Trabalho, o crime largamente compensa !...

As duas grandes questões que se devem então colocar e para as quais é não só urgente como imprescindível lutar por encontrar respostas são estas:

1ª – Por que é que isto é assim ?

2ª – E o que deve ser feito para se alterar qualitativamente este estado de coisas ?

É claro que se podem invocar os eternos – e que nem por isso deixam de ser verdadeiros – argumentos da profusão e da falta de qualidade das leis, bem como da escassez dos meios empregues na fiscalização (aqui mais apropriado seria falar em quase inexistência) e na aplicação das leis.

Creemos, contudo, que, embora verdadeiro, tal não chega, e que é preciso ir bem mais fundo.

Na verdade, temos leis que, à partida, se verifica logo que não vão poder funcionar; temos medidas como as da extinção da 3ª Secção de todos os 5 Juízos do Tribunal do Trabalho de Lisboa, com as consequências hecatômicas daí provenientes; como temos uma persistente depauperação dos meios (materiais, humanos e financeiros) e da capacidade de intervenção da Inspeção do Trabalho, temos decisões judiciais de bradar aos céus, v.g. em matéria de não reparação de danos morais, denegando tal reparação sob o pretexto de que se trataria de “meros incómodos que não merecem a tutela do Direito” ou fixando indemnizações miserabilistas, se não mesmo provocatórias; de sistemático privilégio das questões de forma sobre o fundo, de completa desconsideração das características próprias de uma relação jurídica estruturalmente assimétrica, como é a de trabalho, de inutilização dos meios adjectivos (designadamente providências cautelares) de defesa de direitos. Mas é evidente que tudo isto não pode ser explicado apenas pela inépcia do legislador, pela má vontade dos decisores políticos ou pela menor capacidade destes ou daqueles julgadores.

A questão é, como já referimos, bem mais funda.

Vivemos hoje a época da chamada globalização e Portugal tem vivido uma situação de crescente perda do desenvolvimento económico e da sua independência política, estando-lhe a ser cada vez mais preparado o estatuto de “país inviável” e reservado o papel de uma mera região periférica, para não dizer mesmo uma simples província espanhola.

Ora, um país que não tem um plano de desenvolvimento económico, cuja classe empresarial é, do ponto de vista económico e social, muito fraca e continua a

apostar no velho e esgotado modelo “taylorista” do trabalho intensivo, pouco qualificado e muito barato, ou seja, muito mal pago, é um País não só em crise, mas à beira da sua inviabilização não apenas económica, como também política, e igualmente social e até filosófica. Um País incapaz de reflectir e de pensar e caracterizado, do ponto de vista do pensamento (também jurídico, entenda-se), pelo mais fossilizado e anacrónico dos seguidismos, sem se compreender nada do que se passa à nossa volta e daquilo que urge fazer.

Assim, também na Justiça Laboral, nós não temos uma “crise da Justiça”, mas sim temos a “Justiça da grave crise” em que o País se encontra.

A nível mais global vivemos hoje, e de forma cada vez mais evidente, a fase da implementação do grande capital financeiro, ou seja, do capital bancário fundido com o capital industrial e do combate a nível mundial pelo controle das fontes de riqueza e dos mercados. Só que assumindo algumas características próprias e muito específicas relacionadas, sobretudo, com as Novas Tecnologias da Comunicação e Informação (NTCI's) e com as inúmeras potencialidades que elas vieram efectivamente criar. Vemos, pois, o seguinte:

- Operou-se o autêntico estilhamento das noções tradicionais do tempo e do espaço:
- As organizações empresariais passam a poder ser uma “cadeia” ou uma “constelação”, a qual pode operar, em todo o Mundo, 24 horas por dia;
- Os negócios das bolsas de valores (como Nova York, Bancoque, Londres, S. Paulo, Tóquio) operam incessantemente em todo o Mundo e é por isso que os

dias de 24 horas já não chegam para responder a todas as solicitações e exigências desta operação incessante;

- A classe dos titulares dos meios de produção, que criou historicamente a noção de “nação” (mais ampla e mais livre do que o reduzido espaço económico do feudo), está agora a destruir essa mesma noção e a substituí-la por uma outra bem mais vasta, a planetária, determinando uma crescente interdependência económica, financeira e monetária das nações, criando assim espaços e processos que cada vez mais se eximem com facilidade às formas tradicionais de regulação social, em particular à regulação nacional.

Daqui decorrem, por seu turno, diversos outros fenómenos, em que há igualmente que atentar:

- a)** Organizações empresariais funcionando, como já referido, em forma de “cadeia” ou “constelação” e recorrendo cada vez mais à exteriorização dos sectores ou unidades directamente produtivas (seja através do “*out-sourcing*” internacional, seja através da “terciarização”, aparentemente a grande “descoberta” patronal do final do Século XX).
- b)** Extrema concentração da produção num reduzido número de grandes gigantes mundiais (a soma da facturação das 10 maiores multinacionais equivale à soma dos PIB’s dos diversos países da América do Sul !) que tudo controlam e tudo decidem, sendo que, por via de tal extensa concentração, as relações sociais do Mundo são cada vez mais moldadas pela exigência dos interesses dessas grandes corporações multinacionais.
- c)** Crescente “concentração no topo e fragmentação na base” da produção a nível mundial, com a consequente “dualização do mercado de trabalho” (isto é,

com um mercado de trabalho “central” onde se concentram os trabalhadores mais qualificados dos países mais fortes e ricos, normalmente com remunerações e níveis de direitos e regalias sociais mais elevados, e um mercado de trabalho “periférico” onde os salários e os patamares de protecção social são ou bem mais baixos (na chamada “zona cinzenta”, composta designadamente pelos trabalhadores mais precários daqueles mesmos países) ou mesmo totalmente inexistentes (na área do denominado “*travail au noir*”, onde se incluem não apenas os “paraísos” da desregulação social e laboral mas também a chamada “economia informal” ou “atípica”, o trabalho infantil, o da imigração ilegal, etc.), sendo que igualmente se verifica, como bem o demonstram os sucessivos Relatórios sobre o Desenvolvimento Humano da ONU, o agravar crescente entre os mais ricos e os mais pobres do Mundo.

Ora, a tudo isto corresponde uma forma de organização, estruturação, regulação e reprodução das relações sociais imposta, a nível “globalizado”, pelo Grande Capital Financeiro e que Boaventura Sousa Santos certamente chama de “fascismo”, nas suas diversas vertentes:

- Fascismo legal – assente no ideário neo-liberal e conduzindo à desregulamentação e à deslegalização e ao afrouxamento, inclusive por via jurisdicional, tal como veremos adiante, de tudo o que respeite a direitos sociais e humanos.
  
- Fascismo contratual – Assente essencialmente na hipócrita proclamação, como valores supremos de regulação social, da “autonomia da vontade das partes” e

da liberdade individual, e na conseqüente e sistemática possibilitação, assim tornada “legal”, do esmagamento do contraente mais fraco pelo contraente mais forte.

- Fascismo económico-financeiro – Impondo um sistema em que, de cada 100 dólares que a cada momento circulam no mundo, apenas 2 respeitam à actividade produtiva e 98 são de especulação financeira, e que se caracteriza por:
  - Combate feroz pelo controle de matérias-primas e mercados do mundo, pela autêntica ditadura das agências de “rating” que, com a sua classificação dos destinos do investimento, promove como “paraísos” desse destino precisamente os países em que os direitos sociais e humanos, *maxime* os direitos dos Trabalhadores, são pura e simplesmente chacinados.
  - Imposição aos países mais fracos das “receitas”, v.g. as proclamadas e defendidas pelo FMI, que as grandes potências do Mundo não aceitam para si – redução do défice a todo o transe, com compressão das despesas do Estado, em particular as relativas às necessidades sociais mais básicas das populações, como a Saúde, a Educação e a Justiça, e o contínuo aumento da carga fiscal e do “aperto do cinto” sobre quem trabalha; paralisação crescente do investimento público nos sectores sociais mais importantes, privatizados e transformados em apetecíveis áreas de negócio para o capital privado. E é assim também que a globalização se caracteriza precisamente por os espaços de judicialização da cidadania e os próprios direitos sociais mais elementares serem cada vez mais reduzidos, descentralizados, depreciados; e, na parte em que se revelem lucrativos, entregues à iniciativa privada e, na restante, denegados na prática aos cidadãos.

É a célebre lógica – que nós Juristas do Trabalho infelizmente tão bem conhecemos ! – de que a Justiça é, não um direito, mas um serviço, logo os cidadãos não são titulares desse direito mas meros “utentes”, e, como serviço que é, “quem quer Justiça, paga-a !”.

- Fascismo ideológico e social – Esta época da chamada globalização caracteriza-se também pela permanente, sistemática, eficiente e avassaladora produção da “missa hipnótica” com que somos bombardeados todos os dias designadamente pelos grandes órgãos de Comunicação de massas, como as televisões, e que visa, por um lado, entorpecer a capacidade de reacção dos cidadãos e, por outro, “normalizar”, justificar e assim assegurar a reprodução das relações de trabalho dominantes. E que é aquilo que se ensina hoje, de modo generalizado, no nosso sistema de ensino, do básico ao ensino superior, e muito em particular nas Faculdades de Direito.

O ideário neo-liberal é deste modo apresentado como a única opção possível, legitimando assim a visão do mundo coerente com o novo cenário económico, e regulando em conformidade as relações sociais de uma forma que seja aceite como tão “normal” e “natural” quanto indiscutível e inelutável...

Daqui decorre igualmente uma “cartografia social e urbana” marcada pelo contraste e pela ambivalência entre as zonas ditas “civilizadas”, constituídas em particular pelos condomínios privados e áreas ou bairros ricos das grandes metrópoles e as zonas ditas “selvagens” (tais como bairros ditos “problemáticos” ou favelas).

O Direito e a Justiça, reproduzindo e amplificando essa mesma ambivalência, revelam-se, então e de forma geral, fortes para com os fracos e fracos para com os fortes.

Daqui decorre igualmente, e em linha recta, uma verdadeira “hierarquia urbana” de influência e de controle, em cujo topo estão as grandes capitais mundiais, fortemente interligadas pelo poder financeiro, e que constituem um centro mundial de controle da produção e da expansão dos mercados (como sucede por exemplo com Tóquio, Nova York, Londres, Paris, Rostock, Bancoque, Singapura, Hong-Kong ou S. Paulo).

Esta “cidade global” é o reflexo, em toda a sua plenitude, das estruturas próprias da era da globalização e nela os shopings-centers, por exemplo, servem também para transmitir ao homem a (utilíssima para o capitalismo) ideia de que tudo é mercadoria, e de que tudo tem afinal um preço... Coisa tão útil quando se trata de impor acordos a todo o transe e se qualifica de “teimosia incompreensível ou irresponsável” a persistência na defesa de princípios...

As únicas coisas alegadamente importantes acontecem nesses grandes centros, e a lógica que se pretende impôr como dominante é a de que aquilo que não passa na TV não existe no mundo e de que este é apenas o mercado e o que nele se mercadeja.

Cria-se assim uma massa imensa de proletários/consumidores que, por não poderem participar no processo decisório dos seus mundos, tendem a ter,

melhor, são levados e manipulados a ter, uma percepção diversa e difusa do fenómeno social e político, o qual, como refere Ramonet, eles são precisamente conduzidos a não dominar nem compreender.

Assim é que, nas “democracias” actuais, cada vez mais cidadãos se sentem engolidos e lambuzados por uma espécie de “doutrina viscosa” que envolve e embala toda a rebeldia, procurando anulá-la, desorganizá-la e sufocá-la. Esta doutrina é a do “pensamento único”, só ele autorizado, e simultaneamente difundido e controlado, por uma subtil, quase invisível mas tremendamente eficaz, onnipotente e omnipresente política de opinião, seja ela a política, a económica, a social ou até mesmo a Jurídica.

Por seu turno e do ponto de vista das relações de trabalho, esta fase caracteriza-se essencialmente por:

**1º Flexibilização** – flexibilidade a todo o transe e a toda a força dos processos de trabalho, dos mercados, do trabalho, dos produtos e dos padrões de consumo – com o surgimento de sectores de produção inteiramente novos, com diminuição ou até encerramento dos meios industriais tradicionais caracterizados por elevada concentração operária, a redução da dimensão das empresas, o carácter temporário dos empregos, a maior mobilidade dos trabalhadores, e com o daí conseqüente maior poder dos empregadores e crescimento de factores objectivamente enfraquecedores da acção Sindical.

**2º Mundialização da oferta do trabalho** – o surgimento dos grandes “blocos” vem criando, e vai criar ainda mais, um mercado de mão-de-obra global, onde ela poderá ser facilmente transferida de país para país, de região para região, num

nomadismo forçado imposto a grandes contingentes populacionais transnacionais.

**3º Desemprego estrutural** – decorrente não apenas de desestruturação do campesinato e da mão-de-obra pouco qualificada, mas também da própria proletarização da mão-de-obra bem qualificada, muito em particular em países como o nosso que, a troco da integração na UE, aceitaram destruir o essencial da sua capacidade produtiva.

A possibilidade da existência ou não de emprego no dia ou mês que vem em cada País é assim cada vez mais determinada pelo grande capital especulativo nas bolsas de valores, na classificação dos diversos países pelas agências de “*rating*”, na estabilidade da moeda filipina ou coreana nas bolsas da Ásia, tudo causas longínquas, determinadas pelas necessidades do fetichismo capitalista e relacionadas com a auto-reprodução da riqueza por ela própria. Que precisamente se pretende e impõe que o homem comum não conheça, não discuta e não entenda !

Por outro lado, o mundo capitalista globalizado imprime, em todos os pontos das relações económicas, sociais e jurídicas – e isto mesmo que os Juristas persistam em não o querer ver ! – a ideologia e os valores que mais convêm aos seus interesses. E assim todos os vínculos sociais e todos os princípios mais básicos são afinal interpretados, aplicados e até substituídos na medida em que tais interesses, e a nova concepção “técnica” conforme a esses interesses, o exijam.

Estamos então num mundo que o grande capital financeiro pretende que seja caracterizado por uma “nova mitologia do trabalho”, no qual a empresa se transforma em definitivo num instrumento de exclusão e que o chamado “moderno” Direito do Trabalho é chamado a “legalizar” e a justificar), e que se caracteriza:

- a)** Pela capacidade de produção, pela velocidade dos processos e pela superficialidade dos conceitos – tidos e apresentados como os instrumentos de apreciação dominante de tudo e de todos !
- b)** Pela natureza “descartável” também de tudo e de todos (em que cada produto deve ser incessantemente “reciclado” atendendo ao contexto da moda, sob pena de se implacavelmente retirado da montra, procurando impôr-se a mesma ideologia e a mesma lógica para o próprio trabalho humano).
- c)** Pelas pretensas “inelutabilidade” e “eternidade” destes mesmos fenómenos:
- d)** Pelo elogio do individualismo extremo, com desprezo pela organização e pelo colectivismo, com desprezo pelos Sindicatos, e dentro da lógica de que todos os meios são legítimos para atingir fins – é o “vale tudo” ! – e, mais, numa prática de autêntico “*darwinismo* social” de desprezo pelos fracos, pelos doentes, pelos idosos, pelos vulneráveis, pelos deficientes, com a consequente “justificação” da sua exclusão e da manipulação.
- e)** Pela afirmação da pretensa desnecessidade das ideologias e dos princípios, e pela negação dos princípios e valores básicos (como a solidariedade, a entreajuda, a honradez), sempre em nome do “pragmatismo”, da “eficácia”, da “competitividade” e do deus Mulloch do “mercado”. E, a nível jurídico, pela diluição e esvaziamento dos grandes princípios constitucionais – como o da dignidade da pessoa humana, como valor estruturante da República

Portuguesa; o da valorização do trabalho como instrumento de realização, etc., etc. – esvaziamento esse tendente a apresentar tais princípios, com a justificação ideológica da sua datação no tempo, como algo meramente programático, virtual, ou seja, inútil !

- f) Pela gestão “científica” e pela justificação social e jurídica da incerteza, da angústia e do medo – o medo de perder o emprego, de perder a casa, de não poder educar os filhos, o medo do estrangeiro, do estranho, do deficiente, do divergente...

Noutros tempos, tinha-se medo da Natureza. Hoje, procura impôr-se (de forma que, como é óbvio, não é ideologicamente neutra) que se tenha medo da Sociedade, do próximo, do futuro, como forma de manietamento da consciência colectiva e do amordaçamento da razão crítica de cada um.

A vulnerabilidade dos cidadãos, a generalização da incerteza e da insegurança, a desestabilização mesmo dos aparentemente estáveis revelam-se assim instrumentos absolutamente fundamentais de controle social.

E é por isso que a precariedade de que hoje tanto se fala é então apresentada como um destino comum, interiorizado por todos, e deixa de ser uma característica marginal para passar mesmo a constituir, como refere Robert Castel, a “nova questão social” .

Importa, pois, não esquecer que, quando o capitalismo se instalou, na sua fase inicial (concorrencial), foi a luta dos trabalhadores que conseguiu impôr o reconhecimento de alguns direitos.

Hoje o fundamento do grande capital financeiro é a sua expansão sem limites para todos os pontos do globo. E por isso mesmo as classes trabalhadoras devem agora preparar-se para uma nova e heróica época de lutas pelos novos direitos sociais, à escala planetária, porque este novo momento histórico haverá de alterar as suas conquistas sociais e os próprios Direitos que as regem, *maxime* o Direito do Trabalho.

Neste quadro, face a uma lógica de transformação do Direito que se baseia em que, se a velocidade e a capacidade de produção ao minuto são valores máximos num mundo em que as relações intersubjectivas se tornam cada vez mais efémeras em virtude da quantidade de problemas a serem resolvidos ao segundo, o mesmo Direito e os juristas teriam então de aceitar submissa e passivamente serem transformados em mero “instrumento de actuação”, e que deve ser instrumentalizado, agilizado e simplificado, a fim de satisfazer essa imperiosa necessidade de rotação do capital e da obtenção do máximo lucro, a resistência a uma tal “lógica” constitui uma prioridade absoluta, em particular por parte dos mesmos juristas, adoptando aquilo que Miguel Pressburger apelidou de “positivismo de combate” (em que se defende e se combate por que as conquistas sociais alcançadas tenham efectiva concretização, ou seja, tenham vida real, e não meramente formal ou virtual).

Aqui chegados, diria que a chamada inefectividade prática das normas laborais não é uma espécie de fatalidade do destino, mas desempenha afinal um papel importante de controle social. Pois que afirma a existência dos direitos na medida em que tal afirmação é imposta pela necessidade ideológica de parecer conferir

tais direitos e, logo, de conter e normalizar o conflito de interesses subjacente à norma dentro dos limites do socialmente aceitável. Mas logo comprime e restringe efectivamente esses mesmos direitos aos limites impostos pelas novas racionalidades do sistema e assegura assim a larga margem de manobra dos grandes “poderes de facto”.

Se os Juristas, em particular os laborais, não compreendem ou não querem compreender esta realidade, estarão sempre irremediavelmente condenados a fazer o papel dos sábios de Bizâncio que, já os Bárbaros trepavam as muralhas dos respectivos palácios, ainda se dedicavam, nas suas Torres de Marfim, a discutir o sexo dos Anjos !...

Uma vez aqui chegados, não podemos deixar de referenciar o que são hoje, em nosso entender, os principais meios, formas ou modalidades de inefectividade das normas jurídico-laborais e de como as combater.

Entre os factores de inefectividade temos, antes de mais, a própria produção de normas que, à partida, ou com excepções tão grandes ou maiores que as regras (é o caso das continuadas excepções ao pleno reconhecimento e exercício dos direitos de personalidade em nome das “particulares exigências inerentes à natureza da actividade”) se revelam completamente desajustadas em relação à situação económica e social que as envolve e que por isso se destinam a não terem qualquer aplicação (como é, por exemplo, o edifício normativo da retribuição – artº 258º e segs. do CT – que pura e simplesmente ignora todas as novas modalidades retributivas – os chamados “*fringe benefits*” – criados nos últimos 20/30 anos).

Ou a produção de uma arrepiante confusão ou mesmo imperfeição técnico-formal – como é o caso do já tristemente célebre nº 5 do artº 366º do CT quando impõe, como única modalidade da elisão da presunção de aceitação do despedimento por parte do trabalhador despedido que receba a indemnização de antiguidade, que “em simultâneo o trabalhador entregue ou ponha, por qualquer forma, à disposição do empregador a totalidade da compensação”. Ou a produção de outras normas que consagram soluções que, embora manifestamente ilegítimas ou inconstitucionais, a verdade é que inviabilizam o exercício de direitos, como é o caso dos já citados nºs 4 e 5 do mesmo artº 366º, determinando que, se quem quer impugnar não pode receber a compensação, então apenas os ricos poderão exercer esse direito de impugnação. Ou ainda consagrando medidas como a do escândalo que são os actuais regimes do Apoio Judiciário (que praticamente apenas isenta de custas os indigentes) e das Custas Judiciais (que, além de serem brutalmente elevadas em geral, não se justifica de todo que existam na Jurisdição Laboral, *maxime* em acções como as da impugnação de despedimento), tudo ao estilo da já denunciada lógica de que “quem quer Justiça, paga-a!”. A isto se some a propositada colocação no atoleiro de determinados Tribunais – com a eliminação de secções, e a retirada formal ou subreptícia de magistrados ou funcionários, levando a que, quando o trabalhador despedido tenha finalmente o julgamento do seu caso, já há muito que ficou sem subsídio de desemprego e se encontra assim totalmente vulnerável a toda a sorte de “acordos” desequilibrados e iníquos.

Depois, temos uma (crónica e politicamente aceite) ausência de meios eficazes de 1ª linha de prevenção e de repressão da violação de normas laborais, como é

o caso da completa debilidade em que é persistentemente mantida a intervenção do ACT, numa lógica de tolerância e mesmo de tributo, próprio de País do Terceiro ou do Quarto Mundo, ou a estratégias da competitividade assentes na irregularidade e ilegalidade (considerando-se socialmente “aceitável” arranjar mão-de-obra mais barata e mais dócil com a precariedade dos chamados recibos verdes fraudulentos como forma de “garantir a sobrevivência” das empresas), ou à chamada “não hostilização” das empresas, normalmente grandes empresas e de sectores considerados estratégicos para a Economia do País, e de que a completa omissão de efectiva supervisão também laboral na Banca é apenas um triste mas magnífico exemplo.

Por fim – e perdoe-se-nos que, até em atenção ao tema do painel, se dê um pouco mais de relevo a esta aspecto ! – uma fraquíssima capacidade de resposta doutrinária e sobretudo jurisdicional, que passa designadamente pelos seguintes aspectos:

- a) Tendência crescente – propiciada e incrementada por fenómenos perversos como os da acumulação de processos, dos critérios de avaliação dos Juízes e da pressão objectiva para que, mesmo que os meios não sejam os mais correctos, se atinjam fins “estatísticos” – para se buscarem as soluções mais fáceis, em particular privilegiando as decisões de forma sobre as de fundo e abandonando a figura do Juiz activo que busca atingir a verdade material dos factos e a solução justa (entre muitos e muitos outros, são disso exemplo a posição adoptada, quase sempre, quanto à não determinação oficiosa do depoimento de parte ou quanto à necessidade de o trabalhador, enquanto autor, articular factos que não pode antecipadamente conhecer por constarem de elementos ou

documentos que se encontram em poder da parte contrária mas que se não notifica para tal efeito, precisamente porque ... o trabalhador tem de articular primeiro !?).

- b) Gritante incapacidade de conhecer e compreender as realidades económicas e sociais que efectivamente condicionam o exercício dos direitos (como a diminuta dimensão e o baixo grau de empregabilidade do mercado de trabalho, a natureza muito fechada e de fácil circulação da informação patronal de alguns sectores, as naturais dificuldades de disponibilização de prova testemunhal, as práticas e técnicas de gestão habituais, etc., etc.) e a gritante incapacidade também de operacionalizar os grandes princípios do Direito (já nem falo sequer nos grandes princípios do Direito do Trabalho, como os da igualdade substancial, da Justiça completa, da busca da verdade material, etc., etc.), princípios gerais esses como por exemplo os da fraude à lei e do abuso de direito, quase sempre apenas invocados – por puro preconceito ideológico – para justificar soluções “anti-trabalhador”.
- c) Ausência de qualquer esforço dogmático de densificação dos grandes princípios legais ou constitucionais (de que é exemplo a tranquilíssima aceitação generalizada da já supra-referida solução do artº 366º, nºs 4 e 5 do CT da presunção da aceitação do despedimento, sem se colocar sequer a hipótese da sua inconstitucionalidade) e uma gritante recusa em “criar direito” no sentido de, no quadro da unidade do sistema jurídico vigente, integrar as lacunas do legislador (teorias como as do “efeito Lázaro” da Jurisprudência espanhola, ou as da “desconsideração da personalidade jurídica para efeitos de responsabilização laboral” e da “consideração do grupo” para efeitos de apreciação dos pressupostos de

um despedimento colectivo, da Jurisprudência alemã, são completamente impossíveis de surgir, em particular no momento actual, na Jurisprudência portuguesa). Mas, mais do que isso, soluções que a nossa doutrina e, sobretudo a Jurisprudência laboral, inclusive de antes do 25 de Abril de 1974, fora capaz de ir produzindo, de molde a dar corpo concreto a princípios e direitos genericamente consagrados, actualmente nunca surgiriam, e sem que tal se deva à imposição de qualquer quadro legislativo (v.g. a ineficácia de declarações remuneratórias do estilo “nada mais tenha a receber ou a reclamar seja a que título for”, a consideração de um tempo máximo de trabalho mesmo para os trabalhadores em regime de IHT, etc., etc.).

- d) A completa inutilização do sistema de fiscalização da constitucionalidade de normas através da perversidade de um processo que, de novo, privilegia “*a outrance*” as decisões de forma sobre a substância, possibilita e incentiva a multiplicação de decisões sumárias individuais e, tratando como receitas correntes do Tribunal Constitucional as custas e multas que este próprio aplica, coloca a decidir a parte interessada (pelo menos financeiramente ...) no respectivo desfecho, tudo isto para além do montante escandalosamente elevado de tais custas, em particular em processos laborais.
- e) Isto, para já não falar na directa vinculação político-partidária e, logo, ideológica de muitos dos Juízes do Tribunal Constitucional e na debilidade, para não dizer inexistência – própria das sociedades retrógradas em que o Trabalho e as questões do Trabalho são continuamente desvalorizadas – de Juslaboralistas entre eles.

- f) Por fim, um peso considerável de legisladores e de julgadores formatados e deformados no pensamento único antes examinado, com uma formação essencialmente técnico-formal, com algum e às vezes até vasto conhecimento da letra das várias disposições legais, mas totalmente desconhecedores do Direito e dos seus grandes princípios, sem qualquer formação cívica e sem qualquer formação filosófica, que, e citando Alain Supiot, na sua obra “*Homo Juridicus*” não conseguem desde logo compreender, por exemplo, que “a língua materna, primeira fonte do sentido, é também o primeiro dos recursos dogmáticos indispensáveis à constituição do sujeito”; que não alcançam descortinar que “não se adicionam lesmas e nuvens, porque só se podem enumerar objectos identificáveis aos quais se atribui uma natureza comum”; que julgam aceitável – ou, pior, não chegam sequer, em nome do “realismo” ou do “pragmatismo”, a colocar tal questão – expulsar as considerações da Justiça da análise do Direito; ou, pior ainda que tudo, que pretendem reduzir a sociedade dos homens à soma das suas “utilidades individuais” e que, conseqüentemente, procuram – mesmo que disso se não dêem consciência – sujeitar toda a regra jurídica a um cálculo de pretensa “utilidade”, que seria simultaneamente a fonte e a medida da sua legitimidade.

Na época em que a racionalidade dos grandes interesses económico-financeiros se procura impor, apresentando-se como uma realidade imutável e inelutável de que os Juristas devem ser instrumentos passivos e eficazes, a grande resposta deve ser afinal buscada no papel do Homem (e logo também do Homem Jurista) face ao seu percurso histórico !

Ora, essa resposta passa por rasgar caminhos inteiramente novos. Tais como a revogação completa dos regimes do Acesso ao Direito e das Custas Judiciais, garantindo a gratuidade da Justiça Laboral; a reformulação da composição e funcionamento actuais do Tribunal Constitucional e a instituição do recurso de amparo em matéria constitucional; a proibição do recurso a questões formais para obviar ao conhecimento e decisão das questões de fundo; a defesa da autonomia da Jurisdição e do Processo de Trabalho; a radical alteração quer do ensino, em particular do Direito, com a imposição do papel das universidades como centros de criação de cidadãos activos e conscientes, com a obrigatoriedade das disciplinas da Filosofia e da Filosofia do Direito, quer da formação dos magistrados, demolindo o actual “edifício ideológico” do CEJ, abrindo-o à sociedade e ao controle democrático dos cidadãos e introduzindo uma forte componente cívica nessa mesma formação; a revisão do papel dos Juristas, em particular em época de crise, com o combate persistente pela densificação dos princípios, em particular dos princípios constitucionais e até internacionais, combate esse norteado por uma visão do mundo antropocêntrica e valorizadora da dignidade do Trabalho e da pessoa humana e pela concretização da lógica de que, numa Sociedade democrática e evoluída, em Direito Laboral o crime não pode mais compensar e que sem a realização da Justiça, não há verdadeiro Direito pois ela é o verdadeiro paradigma de orientação e de legitimidade deste sendo certo que a realização da Justiça passa não só pelo seu reconhecimento como também e sobretudo pela sua garantia. E que esse deve ser o grande critério para aferir da justeza das leis produzidas, das reformas implementadas, das interpretações adoptadas e das práticas instituídas.

Vem-me à memória a máxima: Sapere ande ! “Ousa servir-te do teu próprio entendimento”, a famosa divisa de Kant que consagra a fé no homem como ser de razão.

Ou, de forma mais simples e temporalmente mais próxima, o célebre grito do poeta e Reitor da Universidade de Salamanca Miguel Unamuno, quando o General fascista Milan Astray, do alto da força bruta do Governo franquista, lhe vociferou “Viva La Muerte !” e Miguel Unamuno lhe respondeu, com todas as forças da alma da Humanidade, “Viva La Inteligência !” .

Lisboa, 18 de Dezembro de 2009

António Garcia Pereira