

II ENCONTRO JUTRA

COIMBRA, 2 E 3 DE JUNHO DE 2006

PAINEL:

“REGULAMENTAÇÃO/DESREGULAMENTAÇÃO DO DIREITO LABORAL”

(Texto correspondente, no essencial, ao Capítulo VII da Tese de Doutoramento do autor “A Viragem do Século – o “ocaso” ou o “renascimento” do Direito do Trabalho”)

Os obstáculos na construção dogmática do novo Direito do Trabalho

Questões novas ou questões velhas com contornos novos ?

§ 1º - A ideia de crise como imanente ao Direito do Trabalho

Antes de partirmos para a indagação daquilo que poderá – e em certa medida deverá – vir a ser a evolução futura do Direito do Trabalho bem atentarmos na sua evolução histórica e nos traços essenciais que dela pudémos anteriormente retirar, verificaremos porventura com

inesperada facilidade que logo se impõe a conclusão de que, em boa verdade e ao invés do que alguns sustentam, nenhuma das questões e nenhum dos problemas com que ele actualmente se defronta será afinal inteiramente novo ou terá qualquer vocação “auto-destrutiva”¹.

Antes de mais, a própria “crise económica” – que como vimos tem sido frequente e recorrentemente apresentada como uma (nova) causa justificativa de alterações já conhecidas do Direito do Trabalho, e sobretudo das modificações que se pretendeu sustentar ser imprescindível vir a introduzir num futuro mais ou menos próximo – afinal sempre foi, na já por diversas vezes citada expressão de PALOMEQUE LÓPEZ, um “companheiro de viagem histórico do Direito do Trabalho”, e que aliás tem desde sempre, isto é, desde a sua génese até aos nossos dias, indelevelmente marcado de uma forma ou outra o quadro institucional do Direito do Trabalho².

¹ BOUBLI, por exemplo, fala, a propósito da “flexibilidade”, numa viagem do Direito do Trabalho a caminho do seu fim – *A propos de la flexibilité: vers la fin du Droit du Travail*, D.S., 1985, nº 4, p. 239.

² Já nos períodos entre 1914 e 1917 e entre 1929 e 1945 se falava em, mais ou menos grave e extensa, “crise económica” – neste sentido, ver WALLERSTEIN, *La crise comme transition* e G. ARRIGHI, *Une crise*

Com efeito, se é certo que, como vimos, o Direito do Trabalho recebeu uma forte influência das transformações de ordem económica verificadas sobretudo a partir do final dos anos setenta ³, com o debate sobre as questões da “flexibilidade” ⁴ a pautar a generalidade das posições doutrinárias que a tal respeito se foram alinhando, do mesmo passo que não raras vezes chegou a suceder ser o próprio Direito do Trabalho apodado de principal responsável senão pela ocorrência da crise pelo menos pela sua maior gravidade e extensão, não é menos certo que situação similar havia já ocorrido em cada crise económica do passado. E que, independentemente da sua concreta “geometria”, própria de cada época concreta, o Direito do Trabalho ao

d'hégémonie, in AAVV *La crise, quelle crise ? Dynamique de la crise mondiale*, Paris, 1982, pp. 10 ss e 58 ss, respectivamente.

³ Cfr. M. A. OLEA, *Introducion al Derecho del Trabajo*, Madrid, 1994, pp 283 ss; para o período anterior, ver VENEZIANI, *L'evoluzione del contratto di lavoro in Europa della rivoluzione industriale al 1945*, in GDLRI, 1996 - n° 69, pp. 36 ss. Para a análise dos mais recentes modelos de organização, ver ILONA KOVACS/J.J. CASTILLO, *Novos modelos de produção-trabalho e pessoas*, Oeiras, 1998, pp. 45-46.

⁴ Um dos paradoxos da flexibilidade e da desregulamentação (tantas vezes ausente de tal debate, mas realçado por M. DELMAS-MARTY, *A mundialização do Direito: probabilidades e riscos*, in *Perspectivas do Direito no início do Século XXI*, STVDIA IVRIDICA – 41, Coimbra, 1999 – p. 138) é o de julgar que desregulamentação é o inverso de regulamentação. Na realidade, é o desdobrar das normas segundo outros dispositivos, de negociação, de auto-regulamentação, etc.. Ora, como bem salienta aquela autora, “esta mesma flexibilidade favorece o risco da proliferação. Tanto mais que esse “direito flexível” nem sempre substitui o “direito rígido”, com base nas interdições, na rigidez e nas sanções; em muitos caos, sobrepõe-se a este”.

longo desse seu processo de adaptação às exigências das grandes transformações económicas e sociais sempre manteve inalterada a sua básica função social de instrumento de mediação e de institucionalização do conflito de interesses entre trabalho assalariado e capital ⁵.

Dito de outra forma ainda, nada tem de especialmente novo a já examinada natureza permanente e marcadamente contraditória e ambivalente – quiçá de modo bem mais expressivo do que em qualquer outro ramo do ordenamento jurídico, é certo – do Direito do Trabalho, porquanto ela exprime precisamente, e ao nível da abstracção jurídico-formal, a “correlação de forças” (ou, na expressão de PALOMEQUE LÓPEZ, o “equilíbrio estrutural”) que em cada momento se estabelece na sociedade entre os interesses contraditórios dos empresários e dos trabalhadores.

⁵ Neste sentido, ver BIT, *Les nouvelles formes d'organisation du travail*, vol. I e II, Genebra, 1979, PALOMEQUE LOPEZ, *Crisis Economica y regulacion de empleo*, in AAVV *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social ante la crisis economica*, Madrid, 1984, pp 241 ss.; J.J. DUPEYROUX, *Avant-propos: la déstabilisation du contrat de travail*, DS, 1986-12, pp. 619-623; J.E. RAY, *Du Germinal à Internet. Une nécessaire évolution du critère du*

GARCIA PEREIRA E ASSOCIADOS

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Assim, o Direito do Trabalho, do mesmo passo que “normaliza” ou “institucionaliza” as relações sociais de produção capitalista e assegura a respectiva reprodução, e precisamente porque o faz, simultaneamente define as condições da aquisição e uso da força de trabalho, traçando “fronteiras” e introduzindo limites – absolutamente indispensáveis para assegurar a própria manutenção e sobrevivência do sistema – à exploração daquela, bem como tem de reconhecer e proclamar todo um conjunto de direitos e regalias dos trabalhadores, como forma precisamente de garantir a “incorporação” destes e, logo, a própria legitimação político-social do mesmo sistema.

Isso foi assim no final do Século XIX e na mudança para o Século XX. Como tem estado agora a ser assim (ainda que, evidentemente, com especificidades e particularidades próprias) na passagem para o Século XXI.

contrat de travail, DS, 1995, n^os 7/8, pp. 634-637; e R. CASTEL, *Droit du Travail: redéploiement ou refondation*, DS, 1999-n^o 5, pp. 438-442.

§ 2º - A “flexibilidade” do Direito (do Trabalho, e não só)

é uma necessidade de todos os tempos

Acontece é que todo o amplo e polémico debate sobre as questões da “flexibilidade” ou “flexibilização”⁶ da regulamentação do Direito do Trabalho – apresentadas aliás durante anos a fio como instrumentos indispensáveis para não dizer autênticas “soluções mágicas” para resolver, entre outras, a magna questão do emprego⁷ – tem tido não raras vezes a escamotear que a necessidade da adaptação da regulamentação jurídica a uma nova realidade económica e social afinal desde sempre que marca a vida de todo o Direito, e muito em particular a vida do próprio Direito do Trabalho.

⁶ Sobre o conceito e modalidades de “flexibilidade” e “flexibilização” ver, para além de todos os autores a tal respeito já anteriormente citados, MARIA REDINHA REDINHA, *A relação laboral fragmentada*, Coimbra, 1995, pp. 55-61 e a extensa bibliografia aí citada; JORGE LEITE, *Flexibilidade funcional*, in *Questões Laborais*, ano IV, nº 9/10, 1997, pp. 7-13; A. NUNES DE CARVALHO, *A flexibilização do Direito do Trabalho português*, in *Flexibilidade e relações de trabalho*, CES, 1998, pp. 67-72; OCDE, *La flexibilité du marché du Travail – Nouvelles tendances dans l’entreprise*, 1989 (e em particular o Relatório de B. BRUNHES); AAVV, *Estudios sobre flexibilidad Laboral y Nuevos Comportamientos Sindicales*, org. MARIA EMÍLIA CASAS, Rev. de la Fac. De Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1988; GLÓRIA REBELO *A (In)Adaptação no Trabalho*, Oeiras, 1999, pp. 52 ss..

GARCIA PEREIRA E ASSOCIADOS

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Evidentemente que tal não poderá significar que não se verifiquem fenómenos e modificações com características e traços inteiramente novos ⁸, muito em particular os directamente relacionados com as inovações tecnológicas, a “informatização” e a “robotização”, a chamada “globalização” da actividade económica e a instituição da “sociedade da informação” e enfim, a (talvez impropriamente ⁹) denominada “terciarização” da economia.

Mas o que importará neste momento salientar é a demonstrada falta de fundamento das teorias que, escamoteando precisamente a permanente “tensão dialéctica” (entre o que “é” ou “está” hoje, e aquilo que se entende que deverá passar a “ser” ou “estar” amanhã) por que se tem caracterizado desde sempre este Ramo do Direito, pretendem agora sustentar numa – como se viu, só aparentemente “nova” – necessidade da sua adaptação às novas formas e condições

⁷ Apresentado agora, e cada vez mais, como um “bem escasso”, expressão que terá sido consagrada pela primeira vez por ALONSO OLEA numa conferência proferida no Círculo de Empresários, *El trabajo como bien escaso* - Conferência, Madrid, 1982.

⁸ Cfr. H. KERN, *Cambiamento nel lavoro e nell'organizzazzione delle imprese*, in *Il futuro della società e del lavoro*, Milão, 1992, pp. 63-72.

da produção capitalista a (assim apresentada como pretensamente inevitável e humanamente incontrolável) “desestruturação”, quer dizer, destruição do próprio Direito do Trabalho ¹⁰.

§ 3º - O Direito do Trabalho e os fetiches ideológicos

⁹ ImproPRIAMENTE, dada a crise em que se encontra presentemente essa classificação, como atrás se referiu já.

¹⁰ JOSÉ EDUARDO FARIA, *As metamorfoses do direito na reestruturação do capitalismo*, R.M.P., Ano 21, Julho/Setembro 2000, nº 83, pp. 7-27, em particular pp. 20 e 22, chama a atenção para este ponto, referindo as “consequências das novas formas de organização económica surgidas com a reconstrução do capitalismo, como a transnacionalização dos mercados, a mobilidade quase ilimitada alcançada pela circulação dos capitais e a compressão do tempo e do espaço, graças ao avanço da informática, das técnicas de informação, das telecomunicações e dos sistemas de transportes”, com o “aumento em progressão geométrica da velocidade do processo de diferenciação sócio-económica” e a “fragmentação da produção”, com as consequentes “mudanças profundas na concepção arquitectónica dos sistemas legais, na quantidade e complexidade das regulações normativas, na natureza e no alcance dos conflitos sócio-económicos, nas estruturas, no conteúdo e nos objectivos dos códigos e das leis, no volume de informação sobre o direito e na velocidade da sua circulação e, por fim, nas próprias categorias epistemológicas das diferentes técnicas jurídicas”, revelando tendências como por um lado o “aumento do ritmo de regressão tanto dos direitos sociais quanto dos direitos humanos” [uma vez que “o mercado é convertido na medida de todas as coisas” (...)] quem não tem poder de compra, ou seja, os “excluídos” no plano económico, convertem-se também nos “sem direitos” no plano jurídico, não mais aparecendo como portadores de direitos subjectivos públicos”; e por outro lado o “enfraquecimento progressivo do Direito do Trabalho” pois que “na medida em que se multiplicam os contratos a termo, a sub contratação, o trabalho a domicílio e formas novas de remuneração com base na produtividade, levando o antigo trabalhador com carteira assinada a assumir a figura jurídica do micro-“empresário”, a protecção assegurada aos “hipossuficientes” é esvaziada pela livre negociação entre partes formalmente “iguais”. Deste modo, quanto mais os contratos de locação de serviços moldados na melhor tradição do direito privado tomam o espaço anteriormente ocupado pelas normas padronizadoras de legislação laboral, mais o Direito do Trabalho tende a se desfigurar e a se “civilizar”, ou seja, mais se confunde e se funde com o Direito Privado”.

É que está à vista o sofisma da argumentação que se revela, ao menos tendencialmente, destruidora do Direito do Trabalho: é precisamente a manutenção do sistema de produção capitalista e do conflito social de base que o caracteriza de raiz, bem como a cada vez mais premente necessidade de asseguramento da função social que sempre tem sido historicamente desempenhada pelo Direito do Trabalho, que apontam, afinal e como veremos adiante, no sentido exactamente oposto !

Ademais, a já citada “flexibilidade” desde logo não é de todo um conceito jurídico nem sequer um conceito essencialmente económico, mas antes uma mera ideia impressiva referente ao conjunto de “respostas” que se exige ao factor de produção Trabalho em face das modificações entretanto verificadas na organização da actividade económica ¹¹, tudo isto norteado pela preocupação central de adaptar

¹¹ O que ainda e uma vez mais não deixa de ser particularmente relevante assinalar, tanto mais que, de um modo geral é da tradição civilista – que precisamente utilizou, em larga escala, o referido maxi-conceito de “flexibilidade” – que vêm normalmente as críticas contra aquilo que é usualmente (para não dizer pejorativamente) designado de “perspectiva não jurídica” dos fenómenos ...

o sistema produtivo às cada vez mais rápidas e frequentes situações de variabilidade e incerteza ¹².

Depois, a verdade é que tal conceito se tornou rapidamente num chavão, depois num autêntico fetiche e por fim num verdadeiro dogma, em absoluto reducionista e simplificador, quer dizer falsificador da realidade, e impeditivo de uma análise serena e equilibrada seja do processo de fragmentação das classes trabalhadoras, seja da polissemia das diversas figuras jurídicas regulamentadoras de formas de trabalho cada vez mais heterogêneas e dos diversificados modelos de relações laborais daí decorrentes, seja ainda de todas as implicações e desafios que eles representam para o Direito do Trabalho, e para os respectivos princípios, modelos e técnicas tradicionais ¹³.

¹² Ver V.A. MARTINEZ ABASCAL; F. PEREZ AMOROS; E. ROJO TORRECILLA, *Los soportes jurídicos de la flexibilidad del mercado en em ambito de la contratación temporal*, in AAVV *Transformaciones del Derecho del Trabajo: nuevas formas de empleo y concertación social*, Barcelona, 1991; e também D. MEUDERLS – L. WILKIN, *La flexibilité des marchés du travail – prélogomènes à l'analyse d'un champ*, in D.S., nº 1 (1987).

¹³ Exactamente neste sentido ver A. POLLERT, *La ortodoxia de la flexibilidad*, e R. HYMAN, *Plus ça change ? “La teoría de la producción e producción de la teoría*, ambos em *Adios a la flexibilidad ?*, dir. de A. POLLERT, trad. C. Baquera de Micheo, Madrid, 1994. Também acentuando que “o debate actual sobre a flexibilidade está marcado – para além da existência de factores objectivos de rigidez do modelo baseado na produção em série das empresas

E é assim que, sob o mil vezes repetido argumento de que a “flexibilidade” – alegadamente impossibilitada por uma pretensa excessiva “rigidez” do mercado de trabalho, decorrente por seu turno de uma não menos pretensa excessiva “rigidez” da legislação laboral – seria absolutamente imprescindível para assegurar a eficiência ou competitividade económica ¹⁴, se veio sustentar, agora por esta via, a “necessidade” do desmantelamento do Direito do Trabalho. Isto, ainda por cima quando este último se caracteriza já por um grau de efectividade particularmente baixo (com um mais ou menos generalizado e também impune, nalguns casos sistemático e até acintoso, incumprimento das leis laborais, gerador, por esta via

industriais, para se acomodar às flutuações da procura e à situação do capitalismo avançado – por uma determinada orientação ideológica” é indispensável ver M.M. PIORE, C.H.F. SABEL, *La segunda ruptura industrial*, trad. M.E. Rabasco y L. Toharia, Madrid, 1990, pp 237 ss. Cfr. ainda S. BRUNO., *La flexibilidad: un concepto contingente*, in AAVV; *Debates sobre el empleo – Itália*, Madrid, 1991, p. 33.

¹⁴ R.H. COASE, in *La empresa, el mercado y la ley*, trad. G. Concome y Borel y C. Newland y S. Tedesco, Madrid, 1994, p. 121, chama a atenção para a forma como esta lógica económica da “eficiência”, ao introduzir-se no mundo do Direito, conduziu a uma maior “mercantilização” dos direitos laborais e sociais.

enviesada, de uma alta flexibilidade “de facto” ¹⁵⁾, atribuído exactamente à alegada excessiva rigidez daquelas regras.

Mas também aqui é óbvia a petição de princípio destas concepções, desde logo porquanto, como bem faz notar MONTEIRO FERNANDES, “na sua origem e essência, os projectos de flexibilização contêm um desígnio de progressiva erosão das regras constrangedoras da força de trabalho, e não – como parece resultar do modo por que esses projectos são correntemente formulados – um propósito de melhoria da sua eficiência regulatória” ¹⁶.

§ 4º - Novas ficções e antinómios da lógica neo-liberal

¹⁵ Sobre a infectividade da legislação laboral, ver G. TEUBNER, *Juridificação – noções, características, limites, soluções*, in R.D.E., ano XIV, 1980, pp. 36 ss; BOAVENTURA SOUSA SANTOS, et al, *O Estado e as transformações recentes da relação salarial*, in *Temas de Direito do trabalho*, Coimbra, 1990, p. 163; e J-J.C. JAVILLIER, *Derecho del Trabajo ... cit.*, pp. 67-72

Estão também muito longe de ser unívocas as próprias consequências decorrentes da problemática – obviamente de dimensão bem mais ampla do que a do próprio Direito do Trabalho, mas que afectou este último de forma muito particular – relativa à crescente incompatibilidade do “perfil arquitectónico”¹⁷ da Ordem Jurídica com as crescentes complexidade e diferenciação sócio-económica que marcaram o final do Século XX.

É que esta época se caracterizou por uma enorme aceleração desse mesmo processo de segmentação e diferenciação sócio-económica, com os sistemas produtivos, comerciais e financeiros a se especializarem e subdividirem continuamente, criando por seu turno as suas próprias regras e procedimentos, as suas próprias racionalidades e normatividades, e tornando assim cada vez mais difícil e inexequível a capacidade de modelação jurídica por parte do Direito Positivo. Por um lado, por serem cada vez numerosas e específicas as realidades a

¹⁶ A. MONTEIRO FERNANDES, *Competitividade ...* cit., p. 429. Ver também ALAIN SUPIOT, *Délégation, normalisation et Droit du Travail*, in *D.S.*, nº 5-Maio (1984), pp. 296-307.

GARCIA PEREIRA E ASSOCIADOS

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

regular por parte de um ordenamento jurídico caracterizado, ao menos teoricamente, pela “centralidade”, pela generalidade e pela abstracção; por outro lado, por a efectividade das normas do Direito Positivo estatal chocar com a crescente tendência para a autonomia (não só económica e social mas também especificamente jurídica) desses mesmos sub-sistemas.

É que com a fragmentação, a nível mundial, da produção e o “policentrismo” e “diluição” institucional daí decorrentes – que precisamente caracterizam a época da chamada “globalização” – o Direito, entendido aqui quer como conjunto de normas jurídicas quer também como conjunto de instituições que as aplicam e procuram fazer respeitar, passou a defrontar-se com novas e graves limitações de natureza estrutural.

¹⁷ JOSÉ EDUARDO FARIA, *As metamorfoses ...* cit., p. 10.

Na verdade, com as novas tecnologias de comunicação e informação¹⁸, os novos meios de transporte e as novas formas de organização empresarial (designadamente em “rede”), o direito positivo e as instituições judiciárias estatais¹⁹ são agora cada vez mais atravessados e mesmo ultrapassados por normatividades paralelas à do Estado, e que são caracterizadas pela horizontalidade e pela transnacionalidade. Simultaneamente, e correspondendo às necessidades da “globalização económica” e da integração política, aumenta também o número de normas e de instituições de natureza supra-nacional que se impõem, em especial relativamente aos países menos fortes e às respectivas autoridades nacionais.

O direito positivo estatal é assim cada vez mais comprimido entre, de um lado, as normas e os organismos reguladores da mais variada natureza internacional²⁰ e, do outro, o direito dos grandes contratos

¹⁸ Vulgarmente designadas de N.T.C.I.

¹⁹ Caracterizadas pela lógica centralista e, logo, “vertical”.

²⁰ E que são variadíssimos desde a Organização Mundial de Comércio, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, à União Europeia, ao Mercosul e ao Nafta, passando, por exemplo, pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual.

internacionais ²¹ e ainda as regras de carácter técnico impostas “de facto” especialmente ao nível da informática ²², bem como as regras contratuais e procedimentais inerentes às grandes organizações mundiais, em particular no domínio da actividade económica, seja a lícita ou mesmo a ilícita ²³.

No campo dos grandes potentados económicos e financeiros, a necessidade de assegurar uma forte coesão funcional conduz à criação de mecanismos de poder, de regras de condutas e de instrumentos de coerção que saiem quase completamente da esfera de intervenção do Estado, do seu Direito Positivo e das suas instituições ²⁴. Poderá

²¹ Por vezes designados de “*Lex Mercatoria*”.

²² É a chamada “*Lex Informática*”, como sucede hoje e em larga medida com a “Internet”.

²³ Sobre a criminalidade altamente organizada, a sua natureza transcional, a sua “normatividade” interna (caracterizada por uma elevadíssima coercibilidade assegurada por códigos de conduta, pesadas sanções e corpos especiais com funções “disciplinares” e/ou puramente eliminatórias dos “prevaricadores”) e a crescente incapacidade dos Direitos, Tribunais e Polícias para lhes fazer frente, ver a importante obra de ZIEGLER, *Os Senhores do Crime*, Lisboa, 1999.

²⁴ É o caso típico das grandes multinacionais, em particular de sectores muito diferenciados e fechados sobre si próprios (indústria farmacêutica, banca), com verdadeiros códigos de conduta assentes numa soít-disant “cultura de empresa”, definidos por muito específicos padrões de comportamento, deveres de lealdade, de obediência e de sigilo, e com instrumentos fortíssimos de subordinação (como seja a inclusão de tais padrões como itens de particular relevância na avaliação de desempenho para efeitos de “política salarial” ou de progressão na carreira) e de coerção (designadamente a real impossibilidade prática de alguém que tenha quebrado tal código e tais deveres, ou de outrém que com ela haja cooperado, conseguir arranjar um novo emprego no sector, ou até mesmo fora dele) – sobre a “operacionalização” do conceito de Justiça nestas organizações, ao ponto de se falar em “cidadania organizacional”, ver ARMÉNIO REGO, *Justiça e Comportamentos de Cidadania nas Organizações*, Lisboa, 2000.

GARCIA PEREIRA E ASSOCIADOS

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

mesmo falar-se de uma crescente substituição das tradicionais “fontes formais” por verdadeiras, e cada vez mais socialmente incontroladas, “fontes materiais” de Direito ²⁵.

De todo este processo evolutivo decorrerá assim um crescente desajustamento do Direito Positivo do Estado perante os crescentes policentrismo, diferenciação, heterogeneidade e complexidade das relações económicas e sociais e dos conflitos de interesses que lhes subjazem. A velha concepção liberal da Ordem Jurídica “unitária”, “fechada” e “completa”, assente em normas jurídicas gerais e abstractas, pelo menos tendencialmente uniformizadoras, em princípios coerentes e uniformes e em categorias fortemente padronizadas é agora seriamente posta em causa.

Ainda por cima e com bastante frequência a conduta somente reactiva dos Estados, procurando legislar sucessiva e meramente “ad hoc” para

²⁵ Ou da substituição dos poderes jurídico-políticos, com maior ou menor legitimação democrática, pelos poderes “de facto”, legitimados na prática pela força das organizações e interesses que os exercem.

GARCIA PEREIRA E ASSOCIADOS

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

situações cada vez mais particulares e específicas, intensificou ainda mais a incoerência, a dispersão e a confusão do próprio Direito positivo. Este mostra-se assim cada vez mais incapaz de resolver o dilema em que se encontra: uma crescente “sobrejuridificação” (“Verrechtlung”) acompanhada de uma não menos crescente incapacidade de produzir uma racionalidade minimamente unificadora de toda a sua heterogeneidade, com um renovado agravamento do seu já consideravelmente elevado grau de inefectividade ²⁶.

E se toda esta problemática já se revela de particularíssima importância ao nível de todo o ordenamento jurídico, ela assume uma ainda maior importância – quer pela dimensão do fenómeno em si, quer pela gravidade das consequências sociais que dele decorrem – na área do Direito do Trabalho, em que o grau de real (in)efectividade das normas sempre constituiu aliás um tema tão primordial quanto

²⁶ Cfr. G. TEUBNER, *Juridification of Social Spheres: a comparative analysis in the areas of labour, corporate, antitrust and Social Welfare Law*, Berlim, 1987.

recorrente ²⁷, em particular sob a perspectiva dos direitos fundamentais, e que inclusive mereceu especial atenção da doutrina germânica dos anos cinquenta e sessenta sob a denominação de “Drittwirkung des Grundrechte” ²⁸.

Estamos, pois, confrontados com outro dos paradoxos da dogmática jurídica (laboral e não só) moderna, e que é o de que – exactamente ao invés do que parecem persistir em sustentar as correntes do pensamento liberal – não foi tanto o Direito e mais concretamente o Direito do Trabalho (que, como vimos, nasceu precisamente do rompimento da Ordem Jurídica do liberalismo) que se desactualizou face às novas realidades sociais, políticas e económicas.

²⁷ Cfr. MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho...* cit., p. 85.

²⁸ Sobre esta matéria ver JOSÉ JOÃO ABRANTES, *A vinculação das Entidades Privadas aos Direitos Fundamentais*, Lisboa, 1990, *O Direito do Trabalho e a Constituição*, in *Ensaaios ...cit.*, pp. 39 ss, em particular 56-68, *Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais – breves reflexões*, no II Congresso Nacional de Direito do Trabalho ... cit., pp. 103-114; cfr. também JOÃO CAUPERS, *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, Coimbra, 1985, em especial pp. 170-171.

Na doutrina estrangeira, torna-se indispensável ver os clássicos W. LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, Munique, 1960 e H.C. NIPPERDEY, *Grundrechte und Privatrecht*, Munique, 1962; ver igualmente G.LOMBARDI, *Potere privato i diritti fondamentale*, Turim, 1970; C. NAVARRETE, *Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales (El paradigma de la “Drittwirkung” laboral a proposito de la reciente jurisprudencia constitucional)*, R.T.S.S., 1991, nº 3, pp. 63 ss.

GARCIA PEREIRA E ASSOCIADOS

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

Exactamente ao invés, o que se quebrou foi a lógica do próprio liberalismo jurídico, com a sua proclamada vocação de tudo ser capaz de prever e de regular, baseada no monocentrismo jurídico, na supremacia da codificação, na rigidez da hierarquia das fontes de Direito e, dentro destas, no primado quase absoluto da lei positiva em detrimento das restantes fontes (quer superiores como a Constituição e as normas internacionais, quer inferiores como as convenções colectivas de trabalho).

Recordemos então que, em particular do Século XIII em diante, as profundas transformações económicas, políticas e sociais entretanto verificadas haviam tornado as normas anteriores e os princípios do direito feudal até então dominante ultrapassados e insuficientes para conseguirem regular eficazmente as novas realidades criadas pela expansão do comércio, pelo crescimento das cidades e pela necessidade de limitar o poder do soberano e de administrar os territórios. Começou assim a passar-se de um sistema de direito

GARCIA PEREIRA E ASSOCIADOS

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

feudal, essencialmente consuetudinário e “irracional”²⁹, para um sistema “racional” de direito, assente no direito urbano, caracterizado pela defesa da “igualdade jurídica dos membros da comunidade urbana (os burgueses) e pela formação de regras próprias das instituições novas nascidas do comércio e da indústria (direito comercial, direito industrial, direito social)”³⁰, e pelo crescente domínio da lei como fonte de Direito, transferindo-se progressivamente o poder de fazer leis primeiro dos senhores feudais e depois das próprias cidades para os soberanos e mais tarde para o próprio Estado, transferência esta cimentada com a redescoberta do Corpus Juris Civilis (a grande compilação do Direito Romano levada a cabo no Século VI pelo imperador bizantino Justiniano I).

²⁹ J. GILISSEN, *Introdução Histórica ao Direito*, Lisboa, 1986, pp. 202-207, refere na p. 205: “Passa-se dum sistema “irracional” para um sistema “racional” de direito. Esta transformação analisa-se mais facilmente na evolução da prova; em lugar de provas “irracionais” entre as quais se conta a intervenção de Deus ou de outros elementos sobrenaturais para dizer quem tem razão (ordálios, julgamentos de Deus, juramentos, etc.), procura-se estabelecer a verdade por meios “racionais” de prova (inquérito, testemunho, actos reduzidos a escrito, etc.). Duma maneira geral, o arbítrio dá lugar à Justiça”.

³⁰ J. GILISSEN, *ibidem*. Cfr. ANTÓNIO M. HESPANHA, *Panorama... cit.*, em particular pp. 156-168.

Ora é precisamente essa nova Ordem Jurídica (liberal) que então (nos Séculos XIII e XIV) começara a nascer e a estruturar-se que se revela agora, no final do Século XX, cada vez mais insuficiente para abarcar “uma realidade crescentemente heterogénea, pluralista e policêntrica”³¹. E qual foi a “estratégia reactiva” definida precisamente pela ideologia neo-liberal ? Foi, dentro dos aforismos do “menos Estado, melhor Estado” e do “mais mercado no Direito do Trabalho”, a da defesa das crescentes “desformalização”, “deslegalização” e “desconstitucionalização”.

Só que cedo se revelou também a natureza paradoxal e contraditória de semelhante estratégia. Antes de mais, porque a defesa daquela “deslegalização”, atingindo sobretudo o Direito Constitucional, o Direito do Trabalho, o Direito Administrativo e o Direito Económico, tem vindo sempre de par com um marcado reforço de “legalização” noutros Ramos de Direito, *maxime* do Direito Penal (acabando por

³¹ JOSÉ EDUARDO FARIA, *As metamorfoses ...* cit., p. 10.

correr e mesmo por consumir o risco de criminalizar os social e economicamente excluídos ³²), mas também do próprio Direito Civil e sobretudo do Direito Comercial, na lógica da enorme expansão das relações contratuais entre redes e cadeias produtivas mundiais.

Por outro lado, importará salientar também que em muitos outros casos a implementação da deslegalização e da desformalização exige, ela própria, uma abundantíssima e particularíssima actividade legislativa ³³.

Finalmente, e ao contrário do proclamado pelo próprio ideário liberal, a deslegalização e desformalização não significam as mais das vezes o desaparecimento de todo e qualquer normativo, mas sim a substituição do direito estatal pela normatividade própria dos grandes “poderes de facto”, os quais, como vimos, criam as suas próprias regras de conduta

³² Neste sentido, S. ADORNO, *A gestão urbana do medo e da insegurança: violência, crime e Justiça Penal na sociedade brasileira contemporânea*, S. Paulo, 1996.

³³ Cfr. BOAVENTURA SOUSA SANTOS, *Pela mãe de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, Porto, 1994, em especial pp. 79 ss. e 141 ss.

e as “jurisdicizam” e dotam de coercibilidade em função dos respectivos interesses. Dito de outra forma, e examinando agora o fenómeno sob a perspectiva mais específica do Direito do Trabalho, a desregulamentação e a deslegalização ao nível do direito positivo estatal não significam a substituição deste pelo vácuo normativo, mas sim por uma verdadeira “reregulamentação” e “relegalização” em especial por parte das grandes organizações empresariais, seja através dos chamados poderes informais ³⁴, seja mesmo por intermédio do intensivo e eficaz exercício dos poderes formalmente reconhecidos ³⁵.

Em suma: o ciclo histórico que o liberalismo jurídico fecha é afinal o do retorno ao “absolutismo”, à “arbitrariedade” e ao “irracionalismo” que ele historicamente nasceu a combater ...

³⁴ É o caso do constrangimento a adoptar determinado padrão de comportamento (desde o modo de vestir e a própria linguagem até à prioridade atribuída pelo empregado aos interesses da Empresa), em função dos critérios patronais definidos para a avaliação do desempenho, a política salarial e das promoções, a fixação e verificação do atingimento de objectivos, ou até a mera apreciação quotidiana da conduta do trabalhador pelas respectivas chefias – tudo (ao menos aparentemente ...) no âmbito do exercício dos legítimos poderes de autoridade e direcção.

§ 5º - A natureza imperfeita e incompleta do “velho” paradigma

Por fim, importará reafirmar que também não procede a própria invocação, igualmente como realidade aparentemente “absoluta” e fenómeno aparentemente “novo”, do argumento hiper-destrutivo decorrente da fragmentação daquele que foi o tradicional centro ou base de imputação normativa do Direito do Trabalho “clássico”, ou seja, o “paradigma” do contrato individual de trabalho do trabalhador juridicamente subordinado, com vínculo de natureza permanente e a tempo inteiro, com um local de trabalho, um horário, uma remuneração e um conteúdo funcional em absoluto fixos ou, pelo menos, marcados por acentuada fixidez.

É que, como é sabido, em boa verdade nunca foi concretizado o velho sonho – porventura herdado ainda das antigas concepções liberais, de uma ordem jurídica tida por em absoluto “fechada” e “completa” – de

³⁵ *Maxime*, o poder de autoridade e direcção e, sobretudo, o regulamentar.

GARCIA PEREIRA E ASSOCIADOS

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

um Direito do Trabalho “unitário” e “total” capaz de unificar num só “estatuto profissional” todos os trabalhadores prestadores de todo o tipo de actividades por conta de outrém.

E isto desde logo porquanto houve sempre, pelo menos até uma época muito recente e conforme se analisou já, áreas importantes de trabalho subordinado privado que escaparam ao âmbito regulamentador do Direito do Trabalho; depois, porque a “extensão” deste a tais actividades se processou, na maior parte dos casos, à custa de uma marcada diferenciação (e, logo, de uma crescente multiplicação) de regimes jurídicos; finalmente, pois que este mesmo processo de “diferenciação de estatutos” conheceu novo factor de aceleração com a progressiva sujeição às regras laborais dos próprios quadros dirigentes das empresas, inclusive os chamados “dirigentes de primeira linha”, os quais mantêm contudo – especialmente na área das remunerações (muito em particular das denominadas “remunerações acessórias” ou “*fringe benefits*”) e das regalias sociais

– condições e “status” muito distintos dos da generalidade dos trabalhadores, com o conseqüente e sempre agravado “pluralismo jurídico” daí decorrente ³⁶.

Seguramente que, posto em causa o paradigma digamos que “clássico” do contrato individual de trabalho ³⁷, o que há agora que buscar é a definição de um novo centro de imputação normativa do Direito do Trabalho, com “força atractiva” suficiente para colocar na sua órbita todas as situações carecidas de regulamentação laboral própria. Mas até aí o caminho já doutrinária e jurisprudencialmente insinuado e ensaiado para a determinação da existência de subordinação, bem como o já legalmente apontado para a disciplina jurídica dos chamados “contratos equiparados” ^{38/39}, significarão porventura que já antes se

³⁶ Ver de novo MÁRIO PINTO, *A Função do direito do trabalho* cit., e *Direito do Trabalho* cit., pp. 66-74; bem como A. NUNES DE CARVALHO, *O Pluralismo do Direito do Trabalho* cit., e toda a vasta bibliografia aí indicada.

³⁷ Ver a este respeito a notável obra de A. BAYLOS GRAU, *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Madrid, 1991.

³⁸ O artº 2º da L.C.T. estabelece, com efeito, o seguinte: “Ficam sujeitos aos princípios definidos neste diploma, embora com regulamentação em legislação especial, os contratos que tenham por objecto a prestação de trabalho realizado no domicílio ou em estabelecimento do trabalhador, bem como os 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 daquele”.

³⁹ Deverá salientar-se de novo que o trabalho (não juridicamente subordinado) manual no domicílio se encontra presentemente regulado pelo Decreto Lei 440/91, de 14 de Novembro.

estava perante um trilho ⁴⁰ que agora tem (apenas) de ser mais ampla e consequentemente desbravado e percorrido ...

***§ 6º - A definição dos “equilíbrios”, dos princípios
e das fronteiras do Direito do Trabalho***

Voltemos então àquilo que designámos como o “abalo telúrico” que o Direito do Trabalho sofreu em consequência das profundas modificações que não só a organização da actividade económica como também a própria sociedade no seu conjunto sofreram, em especial no último quartel do Século XX.

Tal abalo – que já vimos ser, não uma verdadeira “crise de existência”, mas sim e sobretudo uma “crise de adaptação”, decorrente da ruptura

⁴⁰ Curiosamente, a questão da definição dos exactos limites do campo de aplicação do Direito do Trabalho já se colocara anteriormente com a manutenção de formas pré-capitalistas ou, pelo menos, *pré-fordistas* de produção (dos pequenos artesãos aos trabalhadores ao domicílio) para ressurgir agora em pleno com as novas formas “flexíveis” de produção, típicas do *“pós-fordismo”*.

GARCIA PEREIRA E ASSOCIADOS

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

do modelo “clássico” do Direito do Trabalho ⁴¹, típico da época do “*Welfare State*” – do ponto de vista da dogmática jurídica consubstanciou-se fundamentalmente em quatro aspectos fulcrais, cuja distinção e sistematização é, porém, puramente doutrinária já que na prática eles sempre surgem fortemente entrelaçados e interconexionados:

O primeiro é a necessidade de redefinição dos elementos classicamente tipificadores e também integradores da relação individual de trabalho, *maxime* o conceito da “subordinação jurídica”, mas também da retribuição, do local de trabalho, etc. ⁴²;

⁴¹ Sobre as concepções iniciais acerca da ruptura do modelo unitário, ver o estudo clássico de M. RODRIGUEZ PIÑERO, *Un modelo Democrático de Relaciones Laborales*, in AAVV *Ideologias Jurídicas y Relaciones de Trabajo*, Sevilla, 1977, pp. 9-41.

⁴² Cremos, em qualquer caso, que sempre na base de um conceito – renovado e ampliado, é facto – de contrato de trabalho, e não de “actividade “ (que supostamente substituiria os contratos individuais entre trabalhadores e empresas bem como os encargos assumidos pelos organismos sociais no período de desemprego, ficando o trabalhador ligado a um colectivo de empresas, garantindo-se assim a mobilidade profissional e geográfica do mesmo trabalhador) como foi sugerido pelo chamado “*COMISSARIADO GERAL DO PLANO*”, presidido por J. BOISSONNET, no seu relatório *Le Travail dans vingt ans*, Paris, 1995. No mesmo sentido, cfr .M. GASPARD, *Reinventar o crescimento*, Lisboa, 1999. Porém, estamos com ALAIN SUPLOT, *Le Travail em perspectives...*”, cit., p. 11, quando salienta que as grandes categorias de pensamento do Direito de Trabalho, com o contrato de trabalho à cabeça, não perderam a sua validade, devendo antes ser continuamente adaptadas às modificações de natureza socio-económica, sem deixarem de se reportar aos valores em que se baseiam.

GARCIA PEREIRA E ASSOCIADOS

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

O segundo é a perda, relativa embora, de influência de princípios básicos como os do “favor laboratoris” (ao menos na sua acepção mais ampla, abrangendo inclusive um critério de interpretação e até uma orientação, mesmo que meramente programática, para o legislador estatal) e da estabilidade do emprego, e uma forte pressão para a prevalência da defesa “à outrance” dos interesses dos empregadores em detrimento dos interesses dos trabalhadores, quer enquanto tais, quer mesmo “só” enquanto cidadãos, no espaço da empresa, e até fora dele;

O terceiro é uma modificação sensível na relação tradicional entre as fontes (designadamente com o retrocesso das áreas de intervenção das normas laborais imperativas, sejam as de natureza imperativa absoluta, sejam sobretudo as de natureza imperativo-limitativa, e a marcada incapacidade de inovação por parte da contratação colectiva) e uma forte acentuação da “individualização” das relações

GARCIA PEREIRA E ASSOCIADOS

SOCIEDADE DE ADVOGADOS

laborais, facilitadora e aceleradora de um historicamente renovado e até intensificado desequilíbrio real entre as partes contratantes;

O quarto e último é uma conseqüente e elevada fluidez ou “mobilidade” das fronteiras (do objecto) do Direito do Trabalho enquanto Ramo do ordenamento jurídico, agravada pela sistemática utilização (de algumas) das suas normas como instrumento de política económica, sobretudo de curto prazo, e/ou das chamadas políticas activas de “criação” ou “protecção de emprego”.

Mas é precisamente da necessidade de equação e de adequada resolução destas grandes questões que decorrem, afinal, não só a permanente “justificação histórica”, a racionalidade e funcionalidade como também o próprio reforço da importância e das áreas da intervenção normativa – com um figurino, princípios, meios e técnicas distintos dos actualmente predominantes, é certo, mas ainda assim, reforço – do Direito do Trabalho do Século XXI !

GARCIA PEREIRA E ASSOCIADOS

SOCIEDADE DE ADVOGADOS