

Crise e Direito do trabalho: um breve olhar sobre a atual função do Direito do trabalho

TERESA COELHO MOREIRA*

“A sede de inovações, que há muito tempo se apoderou das sociedades e as tem numa agitação febril, devia, tarde ou cedo, passar das regiões da política para a esfera vizinha da economia social. Efetivamente, os progressos incessantes da indústria, os novos caminhos em que entraram as artes, a alteração das relações entre os operários e os patrões, a influência da riqueza nas mãos dum pequeno número ao lado da indigência da multidão, a opinião enfim mais avantajada que os operários formam de si mesmos e a sua união mais compacta, tudo isto, sem falar da corrupção dos costumes, deu em resultado final um temível conflito.”

Papa Leão XIII – *Encíclica Rerum Novarum*, 1891

* Doutora em Direito. Professora Auxiliar da Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigadora Integrada do Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos.

Tive o privilégio de, no âmbito da Licenciatura em Direito da Escola de Direito da Universidade do Minho, beneficiar, no ano letivo de 1997-1998, dos preciosos ensinamentos de Direito do Trabalho do Senhor Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier. E foi com ele que despertei para esta área do saber jurídico, que ele tem vindo a cultivar de forma ímpar desde finais da década de 60 do século passado.

Escrever um artigo de homenagem ao Senhor Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier era o cumprimento pessoal de uma obrigação mínima, pelos muitos débitos que vão ficando pela vida fora, além de, naturalmente, constituir para mim uma honra e uma distinção.

1. Introdução

1.1. Como nota introdutória permitam-me referir que não creio que haja dúvidas em aceitar que a estabilidade social, económica e política é fundamental para o desenvolvimento socioeconómico e, consequentemente, para uma maior e melhor qualidade de vida, sendo que este é um dos fins essenciais a prosseguir pelo Estado¹.

E, neste sentido, o diálogo social, enquanto uma “técnica de encontro e interação”² entre os responsáveis políticos e as organizações representativas dos empregadores e dos trabalhadores, surge-nos como uma forma de estabilidade ao nível macroeconómico, podendo ser uma força motora de reformas económicas e sociais^{3/4}.

¹ Neste sentido pode ver-se CARLOS NEVES ALMEIDA, “O diálogo social: modalidades, projeções jurídicas, linhas de desenvolvimento”, in *X Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho – Anais* (coord. ANTÓNIO MOREIRA), Almedina, Coimbra, 1999, p. 152.

² JOAQUIN GARCÍA MURCIA, “El diálogo social: modalidades, proyecciones jurídicas y líneas de desarrollo”, in *X Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras...*, cit., p. 126.

³ Como refere em relação ao diálogo social europeu a Comunicação da Comissão COM (2002) 341 final, *O diálogo social europeu, força de modernização e de mudança*, 26 de Junho de 2002, o diálogo social e a qualidade das relações laborais estão no cerne do modelo social europeu. Aliás, “a estratégia de Lisboa sublinha o seu papel perante os grandes desafios que a Europa tem pela frente, designadamente o reforço das competências e das qualificações, a modernização da organização do trabalho, a promoção da igualdade de oportunidades e a diversidade ou o desenvolvimento de políticas de envelhecimento ativo”.

⁴ A OIT considera em *Diálogo social no trabalho: dar voz e liberdade de escolha a mulheres e homens*, p. 1, que “muitas das boas práticas laborais foram alcançadas através do diálogo social, como as 8 horas de trabalho diário, a proteção da maternidade, as leis sobre o trabalho infantil e todo um conjunto de políticas destinadas a promover a segurança no local de trabalho e a harmonia nas relações laborais. O diálogo social tem como principal objetivo promover consensos e a participação democrática dos atores no mundo do trabalho: representantes dos governos, empregadores e sindicatos. O sucesso do diálogo social – que abrange todo o tipo de negociações e consultas, incluindo a mera troca de informações entre as diversas partes interessadas – depende de estruturas e processos que têm potencial para resolver problemas económicos e sociais importantes, promover a boa governação, fomentar a paz social e laboral e impulsionar o crescimento económico. O diálogo social é, por conseguinte, um instrumento fundamental para alcançar a justiça social. No atual contexto de crise económico-financeira mundial, alcançar um consenso entre as partes interessadas e a sua participação democrática na procura de soluções são objetivos de primordial importância”.

1.2. Abordar a função do Direito do trabalho é referir-se à finalidade que este ramo do Direito pretende ter juntamente com o acervo normativo que o integra e que visa regular uma realidade social. Contudo, tal como reconhece BAYLOS GRAU⁵, tentar delimitar conceptualmente o Direito do trabalho é uma tarefa arriscada sobretudo, nos tempos que correm, no nosso tempo, de crise económica generalizada com inúmeras convulsões sociais à mistura.

1.3. Durante os últimos anos o mundo assistiu à pior crise económica desde a Grande Depressão de 1929, crise esta que originou perdas generalizadas de emprego e graves dificuldades sociais⁶, estimando-se que em 2013 cerca de 202 milhões de pessoas em todo o mundo estavam desempregadas, o que constitui um acréscimo de cerca de 5 milhões relativamente ao ano anterior, prevendo-se que este número deverá aumentar para 215 milhões em 2018. Por outro lado, a duração do período de desemprego duplicou comparativamente com a situação anterior à crise, tornando-se um fator que dificulta a recuperação do mercado de trabalho⁷. E, em Portugal, tal como aponta a OIT⁸, desde o início da crise global em 2008 perdeu-se um em cada sete empregos, sendo esta percentagem a mais significativa deterioração do mercado de trabalho entre os países europeus, depois da Grécia e da Espanha. Os trabalhadores jovens e as famílias com crianças mais novas têm sido afetados desproporcionadamente pela contração económica. Por outro lado, o mercado de trabalho não registou qualquer melhoria durante o programa de assistência financeira firmado em 2011 entre o Governo Português, de um lado, e a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Internacional, por outro. Na realidade, a tendência

⁵ *Derecho del Trabajo: modelo para armar*, Editorial Trotta, Madrid, Espanha, 1991, p. 15.

⁶ A OIT, em 2011, estimava que em todo o mundo seriam necessários mais 22 milhões de empregos para se recuperarem as taxas de emprego anteriores à crise. Ver *Igualdade no trabalho: Um desafio contínuo – Relatório global no quadro do seguimento da Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho*, 2011, p. 2.

⁷ OIT, *Global Employment Trends 2014*, 2014, pp. 11-12. Cf., ainda, os dados presentes em OCDE, *Society at a Glance 2014 – OECD Social Indicators*, 2014, pp. 16-17, assim como os Relatórios da OIT relativos aos anos de 2012 e de 2013, *World of Work Report 2012 – Better jobs for a better economy*, e *World of Work Report 2013 – Repairing the economic and social fabric*.

⁸ *Enfrentar a crise do emprego em Portugal*, 2013, p. 2.

de desemprego crescente intensificou-se nos últimos dois anos, ainda que com alguns sinais de redução nos últimos meses.

E, em momentos de grave conjuntura económica, o Direito do trabalho detém um protagonismo muito relevante, não somente do ponto de vista jurídico mas, sobretudo, no quadro socioeconómico, quer para os trabalhadores quer para os empregadores⁹.

1.4. O emprego tem de ser visto como uma atividade que visa a produção material de bens e serviços úteis à sociedade e não como atividade apenas vocacionada para a acumulação de riqueza. O trabalho não pode ser visto tão-só como uma forma de angariar uma remuneração mas também como um meio de estar em sociedade. E a carência de emprego ou a sua existência mas precária mina as possibilidades de integração, podendo romper-se a coesão social e criarem-se situações de exclusão, fazendo perigar a estabilidade da sociedade¹⁰, fazendo lembrar a afirmação de VIVIANE FORRESTER¹¹ quando diz que “para lá da exploração do homem há algo pior: a ausência de qualquer exploração”.

Esta crise económica e financeira afetou, sobretudo, o emprego e as relações laborais, originando algumas *convulsões* nas bases tradicionais do Direito do trabalho e nas funções que ao mesmo estão cometidas¹².

A atual crise colocou de novo na ordem do dia a estreita relação entre a *saúde* do sistema económico produtivo e a situação do Direito do trabalho, um setor do ordenamento jurídico fortemente condicionado pela economia. Como adverte PALÓMEQUE LÓPEZ¹³, a crise económica tornou-se “uma realidade que tem acompanhado o Direito do Trabalho, pelo menos de forma intermitente, ao longo do seu percurso histórico”, convertendo-se, como indica, num “‘companheiro de viagem histórico’ da mesma, incómodo se

⁹ PURIFICACIÓN MORGADO PANADERO, “Retos e propuestos para el Derecho del Trabajo en tiempos de crisis”, in *REDT*, n.º 149, 2011, p. 168.

¹⁰ Neste sentido veja-se ALBERT VILALLONGA, ALBERT VILALLONGA, “Los Nuevos Yacimientos de Empleo: una oportunidad para crear empleo y satisfacer nuevas necesidades sociales”, in *Scripta Nova Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. VI, n.º 119, 2002, p. 2.

¹¹ *O Horror Económico*, trad., p. 18.

¹² Vejam-se os números apresentados pela OCDE, *Society at a Glance 2014 – Highlights Portugal The crisis and its aftermath*, OCDE, 2014, com a própria a defender a necessidade de as reformas a realizar necessitarem de melhorar a proteção social.

¹³ *Direito do Trabalho e Ideologia* (trad. ANTÓNIO MOREIRA), Almedina, Coimbra, 2001, p. 39.

se quiser”¹⁴. Numa situação algo similar, HUGO SINZHEIMAR¹⁵, escrevia em 1933 que “estas formas tradicionais de Direito do Trabalho são hoje postas em discussão. A crise geral e os seus efeitos particulares no Direito do Trabalho [...] reavivaram no mesmo uma situação de tensão latente por algum tempo [...] Aqui radica a mais grave crise do Direito do Trabalho, que inverte por completo os seus princípios constitutivos. Ela põe contemporaneamente em crise também as teorias fundamentais que até ao momento guiaram o Direito do Trabalho. Emerge um novo interesse pela constituição do Direito da economia. O Direito do Trabalho não tem sentido isoladamente considerado. É complementar da economia. Pode subsistir somente se existir uma economia capaz de garantir as condições de vida dos trabalhadores, de protegê-las da destruição, de subtrair o Direito do Trabalho das vicissitudes de uma economia desordenada [...] Que sentido tem o Direito do Trabalho, se se apresenta fundamentalmente como o Direito de uma elite de trabalhadores que têm a sorte de trabalhar, quando juntamente existe um cemitério económico de *desemprego estrutural*?”

1.5. Porém, apesar da sua ligação com a economia, o Direito do trabalho assumiu desde cedo a sua *veste protetora* da parte mais fraca, tendo por objetivo principal superar a desigualdade de poder inerente à relação de trabalho. A ideia da igualdade formal entre as partes, típica do Estado Liberal, foi colocada em causa quando se começou a notar que a igualdade era apenas artificial ou formal face ao poder económico e social de alguns que a impunham aos outros sob a capa generosa dessa mesma igualdade. Na verdade, as situações de desigualdade material eram bastante graves na medida em que a igualdade de direitos não era suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam as pessoas detentoras de privilégios¹⁶.

¹⁴ BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, “O Direito do Trabalho na Crise (Portugal)”, in *Temas de Direito do Trabalho – Direito do Trabalho na Crise, Poder Empresarial, Greves atípicas – IV Jornadas Luso-Hispano-Brasileiras de Direito do Trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 1990, p. 102, utiliza a expressão “crise instalada”.

¹⁵ *Apud* PALOMEQUE LÓPEZ, “Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica”, in *Derecho del Trabajo y Razón Crítica – Libro dedicado al Professor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo quinto aniversario como catedrático*, Salamanca, 2004, p. 32.

¹⁶ No mesmo sentido, GUILHERME DRAY, *O princípio da igualdade – sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 57-58.

Assim, em meados do séc. XIX começa a mudar a percepção sobre a pobreza e sobre as desigualdades sociais, o que favorece a problematização das questões sociais e o surgimento dos primeiros movimentos operários¹⁷.

E o Direito do trabalho, como ramo do Direito autónomo, surge nesta altura, fruto da consciencialização de que a igualdade entre trabalhador e empregador não passava de uma ficção¹⁸.

Assim, podemos dizer que a função por excelência que se atribuiu ao Direito do trabalho desde os seus primórdios foi uma função tuitiva ou protecionista, assumindo-se que o seu código genético, o seu *ADN*¹⁹ é o de regular uma relação que é assimétrica visando compensar a debilidade real dos trabalhadores perante os empregadores, desconfiando da liberdade contratual e da *autorregulação dos mercados*, da *mão invisível* destes nas palavras de ADAM SMITH²⁰. Como escreve ANTOINE LYON-CAEN²¹, “o Direito do trabalho nasceu contra o imperialismo do contrato”, cumprindo assim uma justiça distributiva.

1.6. Surge-nos, desta forma, uma nova fase do capitalismo, que se caracteriza pelo intervencionismo do Estado e que visa estabelecer regras para atingir uma igualdade substancial de todos. Surge, assim, o Estado social, configurando-se como um compromisso entre o capital e o trabalho, criando direitos sociais e tendo fins de solidariedade e justiça social, deixando de ser o Estado *guarda-noturno*, ou a repartição de finanças, não intervencionista.

¹⁷ Em França, o desejo de modificar as ideias liberais, na forma como foram concretizadas, dá origem à revolução de 1848, cujas principais reivindicações eram as de assegurar as condições mínimas de existência às pessoas, garantir o direito ao trabalho e promover o direito à instrução. Na sua sequência surge a Constituição de 4 de novembro de 1848, cujo texto contém algumas disposições que são consideradas como verdadeiros direitos sociais.

¹⁸ Como escreve JOSÉ JOÃO ABRANTES, “Sociedade e direito – algumas notas sobre as suas relações (o exemplo do direito do trabalho)”, in *Questões Laborais*, n.º 42, p. 519, “A sua história é a história da progressiva proteção jurídica dos trabalhadores face aos empregadores.”

¹⁹ LEAL AMADO, “Dinâmica das relações de trabalho nas situações de crise (em torno da flexibilização das regras juslaborais)”, in *RMP*, n.º 120, 2009, p. 95.

²⁰ Como escreve GERARD LYON-CAEN, *apud* JORGE LEITE, “A reforma laboral em Portugal”, in *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n.º 34, 3, p. 3, “o Direito do Trabalho é o filho do mercado e da livre concorrência. No entanto, desde cedo ele sentiu um ódio pelos seus pais”.

²¹ “Actualité du contrat de travail”, in *Droit Social*, n.ºs 7-8, 1988, p. 540.

Contudo, o pleno desenvolvimento dos direitos sociais só ocorre no séc. XX, sobretudo na sequência da I Guerra Mundial, o que origina a consagração de novos direitos e garantias, surgindo então os *direitos a prestações (Leistungsrechte)* ou relativamente a serviços existentes, *direitos de quota-parte (Teilhaberechte)*²², que se vão incorporar no advento do denominado constitucionalismo social onde, em palavras de TISSEMBAUM²³, “o trabalho, que antes tinha sido subestimado como atividade profissional humana, adquiriu a hierarquia de um direito que se consubstanciou com os essenciais da vida humana, de modo equivalente ao da liberdade”. Durante esta altura generaliza-se a ideia de que é indispensável o compromisso do Estado em favor de uma igualdade material. Importantes nesta consagração foram a Constituição mexicana de Querétaro de 1917 e, sobretudo, a Constituição alemã de 1919, também conhecida como Constituição de Weimar. A Constituição de Querétaro foi a primeira das denominadas Constituições sociais²⁴ e apresenta uma nova perspetiva do papel do Estado, completamente diferente do assado às concepções liberais. Pela sua relevância merecem ser destacadas a liberdade sindical, o direito à greve, o direito a uma retribuição justa e a condições satisfatórias de trabalho. Foi, porém, a Constituição de Weimar²⁵ aquela que melhor concretizou os direitos sociais fundamentais. O seu conteúdo foi consequência da necessária transformação política originada na sucumbência da Alemanha na I Guerra Mundial de 1914-1918²⁶. Com esta Constituição inaugura-se na Europa a era das constituições intervencionistas em matéria social. Surge uma nova categoria de direitos, os direitos positivos ou direitos a prestações do Estado, distintos das liberdades e dos direitos políticos, e que “são direitos dos cidadãos

²² VIEIRA DE ANDRADE *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 57-58.

²³ *Apud* MARTÍNEZ VIVOT, *Discriminación laboral – despido discriminatorio*, USAL, Buenos Aires, 2000, p. 16.

²⁴ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *A Constituição de 1976 e o Direito do Trabalho*, AAFDL, Lisboa, 2001, defende o mesmo na p. 5.

²⁵ Em palavras de RUSSOMANO, *apud* MARTÍNEZ VIVOT, *op. cit.*, p. 17, “a Constituição de Weimar universalizou a iniciativa mexicana e a sua projeção foi notável”.

²⁶ Este período caracterizou-se por ser um dos mais conturbados da história política alemã pois, para além da queda da monarquia com a derrota militar, do desaparecimento dos Impérios Centrais e da proclamação da República de Novembro de 1918, a turbulência política, económica e social era constante desde os finais da guerra. Os alemães exigiam o nascimento de um novo Estado, o que fez surgir a República de Weimar. Ver GUILHERME DRAY, *op. cit.*, p. 69.

às prestações necessárias ao desenvolvimento pleno da existência individual e que têm por sujeito passivo o Estado”²⁷. Os próprios direitos denominados de negativos alargam-se no seu âmbito ou concretizam-se. A Constituição de Weimar foi a primeira a nível europeu a consagrar uma social-democracia, onde procuram conciliar-se princípios liberais e princípios socialistas.

A Constituição alemã de 1919 dedicava toda a 2.^a parte aos “direitos e deveres fundamentais dos alemães”. Composta por 56 artigos, 109.º a 165.º, repartidos em 5 títulos, a pessoa individual, a vida em comunidade, a religião e as comunidades religiosas, a formação e o ensino e a vida económica, sendo que os dois últimos conferiam aos direitos fundamentais uma perspetiva nova, ou seja, uma dimensão económica e social, traduzindo uma procura de compromisso entre as classes sociais²⁸. Os trabalhadores foram objeto de uma atenção especial, aludindo-se, nomeadamente, à necessidade de garantir a igualdade entre empregadores e trabalhadores, estabelecendo-se novos compromissos estatais em matéria de proteção especial da mão de obra, garantindo-se a liberdade de associação profissional para a defesa e melhoria das condições económicas e laborais e proclamando-se o direito ao trabalho e ao descanso²⁹. Pode dizer-se que com esta Constituição se operou a “constitucionalização do Direito do trabalho” e se inicia uma nova fase da evolução deste ramo do direito. Na verdade, desde então, o Direito do trabalho encontra na Constituição a sua base e o seu fundamento, passando a referir-se a “constitucionalização” como uma característica do Direito do trabalho³⁰. É com a Constituição weimariana que pode começar a falar-se de uma “Constituição social”, preocupada com o trabalhador enquanto cidadão e como destinatário da proteção social³¹. Bastante significativo é o art.

²⁷ JOSÉ JOÃO ABRANTES, *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*, AAFDL, Lisboa, 1990, p. 19.

²⁸ *Vd.* FRÉDÉRIQUE FERRAND, *Droit privé allemand*, Dalloz, Paris, 1997, pp. 57-58.

²⁹ *Ver* PALOMEQUE LÓPEZ, *Los derechos laborales en la Constitución Española*, Cuadernos y Debates n.º 28, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 10, onde se elencam com mais pormenor estes direitos.

³⁰ A relação entre Constituição e Direito do trabalho é “uma relação viva e dinâmica” que teve diferentes fases, sendo que tem a sua origem ou ponto de partida fundamental na Constituição de Weimar. *Ver*, com mais pormenor, REY GUANTER, “Derechos fundamentales de la persona y contrato de trabajo – notas para una teoría general”, in *RL*, tomo I, 1995, p. 192.

³¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, “Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo”, in *RL*, tomo I, 1996, pp. 107-108.

151.º ao dizer que “a vida económica deve responder a princípios de justiça, com a aspiração de assegurar a todos uma existência digna do Homem”³². Esta Constituição foi durante muito tempo o documento que serviu de inspiração para conciliar os direitos individuais e sociais do Estado social de Direito, servindo de modelo ou paradigma constitucional para os textos europeus e americanos do pós-I Guerra Mundial³³. No entanto, esta Constituição é ainda juridicamente débil, dado o escasso poder conformativo dos preceitos da sua parte material ou orgânica³⁴. Num certo prisma, ainda, foi um fracasso já que as suas disposições não impediram o advento do totalitarismo, não conseguiram limitar o poder nem garantir com eficácia os direitos das pessoas. Com a chegada ao poder dos membros do partido nacional socialista a Constituição de Weimar perdeu toda a sua incidência prática.

O desenvolvimento do constitucionalismo social paralisou durante a II Guerra Mundial e foi com o final desta que se operou o seu redescobrimento. Só nesta altura se impôs, definitivamente, a ideia da supremacia normativa da Constituição. Neste contexto surgem a Constituição italiana de 1947 e a Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha de 1949. Nesta, reaparecem os direitos fundamentais e, desta vez, colocados no início da Constituição para se evidenciar a importância e o respeito da pessoa humana e das liberdades fundamentais para o novo Estado alemão^{35/36}.

Atualmente, a constitucionalização dos direitos sociais e económicos é uma realidade presente e generalizada nas constituições da maioria dos países ocidentais. Assim, a nossa Constituição prevê, especificamente, um conjunto de normas e princípios laborais, a maioria dos quais se encontra na parte respeitante aos direitos fundamentais – Capítulo III do Título II da Parte I – arts. 53.º a 57.º – e Capítulo I do Título III, também da Parte I – arts. 58.º e 59.º. Corresponde assim, a Constituição portuguesa,

³² VICENTE PACHÉS, *El derecho del trabajador al respeto de su intimidad*, CES, Madrid, 1998, p. 28.

³³ PALOMEQUE LÓPEZ, *Los derechos laborales...*, cit., p. 9.

³⁴ Ver SOUSA RIBEIRO, “Constitucionalização do Direito civil”, in *BFDUC*, n.º 74, 1998, p. 732.

³⁵ FRÉDÉRIQUE FERRAND, *op. cit.*, p. 58.

³⁶ Ver, para maiores desenvolvimentos, TERESA COELHO MOREIRA, *Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador*, *Studia Iuridica*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

ao típico Estado social de Direito³⁷ e nas palavras de GOMES CANOTILHO³⁸, “A Constituição erigiu o ‘trabalho’, os ‘direitos dos trabalhadores’ e a ‘intervenção democrática dos trabalhadores’ em elemento constitutivo da própria ordem constitucional global e em instrumento privilegiado de realização do princípio da democracia económica e social”^{39/40}.

1.7. O Direito do trabalho também encontrou apoio em vários Tratados e Convenções Internacionais sobre direitos humanos e sociais, adquirindo valor universal princípios como a liberdade de trabalho, a não discriminação e a liberdade sindical.

Por outro lado, os problemas e as questões que o Direito do trabalho enfrenta em muitos ordenamentos jurídicos são muito similares e estão relacionados com a implicação da pessoa do trabalhador na relação de trabalho, afetando a sua dignidade e a sua segurança, o desequilíbrio entre as partes, a função económica da retribuição, assim como a própria vertente do Direito coletivo. E todas estas questões têm uma dimensão internacional na medida em que o Direito do trabalho tem esta dimensão.

Porém, esta internacionalização do Direito do trabalho está atualmente a atuar numa dimensão económica e ao serviço da liberalização dos mercados, o que originou um profundo impacto nos ordenamentos jurídicos nacionais⁴¹.

³⁷ Para MARTINEZ ESTAY, *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1997, p. 49, em teoria, a Constituição portuguesa constitui um dos paradigmas contemporâneos do constitucionalismo social, em particular no que concerne aos direitos sociais, na medida em que contém um extenso catálogo deste tipo de direitos, assim como a possibilidade do Estado intervir na economia.

³⁸ *Direito Constitucional*, 6.^a edição, Almedina, Coimbra, 1993, p. 476, e *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5.^a edição, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 344-345.

³⁹ JOSÉ JOÃO ABRANTES, concorda com este autor em “O Direito do Trabalho e a Constituição”, in *Estudos de Direito do Trabalho*, AAFDL, Lisboa, 1992, p. 63, quando defende que “a base antropológica da Constituição de 1976 é, sem sombra de dúvidas, o homem como pessoa, como cidadão e como trabalhador”.

⁴⁰ PEDRO ROMANO MARTINEZ, *A Constituição de 1976...*, cit, p. 7, menciona que a “Constituição Laboral” significa que desta consta um conjunto significativo de normas de Direito laboral – “Da Constituição constam direitos fundamentais dos trabalhadores, que visam assegurar condições de vida dignas, sendo, em grande parte, direitos sociais, apesar de também constarem direitos de participação e liberdades”.

⁴¹ Neste sentido RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO-FERRER, *El derecho del trabajo y las relaciones laborales ante los cambios económicos y sociales*, in X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sevilha, 2011, p. 2.

2. A influência da crise na configuração do Direito do trabalho

2.1. Apesar de a crise ter estado sempre presente nas economias ocidentais, nunca teve tanta influência no desenvolvimento do Direito do trabalho como atualmente, servindo de causa para limitar os direitos dos trabalhadores. Apesar de anteriormente terem existido outras crises que afetaram o modo de produção capitalista, o Direito do trabalho sempre foi considerado como um modo de organizar as obrigações recíprocas das relações laborais, com uma certa dose de sinalagmaticidade nas prestações mas sem esquecer o seu carácter tuitivo, protecionista.

A partir dos anos 70 do século passado, influenciado pela crise petrolífera, a maneira de entender o Direito do trabalho sofreu uma grande mudança, passando a falar-se da *crise do Direito do trabalho*, com críticas ao seu *excessivo* garantismo, assim como à rigidez das suas normas laborais⁴². O Direito do trabalho vê-se remetido para o *banco dos réus do processo da crise*⁴³, para o *pelourinho*⁴⁴, sendo acusado de causar mais problemas do que os que resolve⁴⁵.

Desde sempre se considerou que o trabalho não pode ser entendido como uma qualquer mercadoria, bastando lembrar a Declaração de Filadélfia de 1944 e as Encíclicas *Rerum Novarum*, *Quadragesimus Annus* ou *Centesimus Annus*, devendo tê-lo em especial consideração por pois é fonte de subsistência de grande parte da população mundial.

A relação laboral assenta, como é comumente aceite, na ideia de que as partes envolvidas não se encontram em pé de igualdade, apresentando-se o empregador como a parte contratual mais forte, dotada de um poder de conformação da prestação a que o trabalhador está submetido. Este, quando celebra um contrato de trabalho, aliena uma parte da sua autonomia e da sua liberdade, ficando colocado numa situação de dependência perante o empregador, que não se configura somente na ótica jurídica mas também, quase sempre, na perspectiva económica, o que conduz à

⁴² Como defende LEAL AMADO, “Dinâmica das...”, cit., p. 88, “a crise, essa, nunca mais nos abandonou, ora na vertente de crise económica e de emprego, ora na vertente de crise do próprio Direito do Trabalho. A crise, dir-se-ia, instalou-se, veio para ficar”.

⁴³ Expressão de JORGE LEITE, “Direito do Trabalho na Crise (Relatório Geral), in *Temas de Direito do Trabalho...*, cit., p. 23.

⁴⁴ Expressão de ALAIN SUPLOT, “O Direito do trabalho ao desbarato no ‘mercado das normas’, in *Questões Laborais*, n.º 26, p. 122, onde se pode ler “O Direito do trabalho no pelourinho (variações sobre uma ária conhecida)”.

⁴⁵ Cf., para mais desenvolvimentos, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 550 e ss.

ideia defendida de que “com independência do que possam dizer os economistas, o trabalho não é uma mercadoria mas sim uma emanção da natureza humana, íntima e indissociavelmente unida a esta. O trabalhador não vende uma suposta energia laboral, separável da sua pessoa, antes, compromete na prestação laboral a sua própria pessoa”⁴⁶.

Contudo, a partir desta altura, isto é, no fim dos *gloriosos trinta anos*, começa a questionar-se o Direito do trabalho, quer pela falta de adaptação aos novos cenários económicos, sociais e produtivos, bem como pelas consequências negativas que a regulação laboral teria para o mercado de trabalho e para a economia⁴⁷. O Direito do trabalho passa a sofrer de uma certa *colonização economicista*, com a perda do papel dos juristas no seu processo de renovação ou *modernização*. As grandes orientações de política laboral passam a ser feitas com cenários económicos internacionais, nacionais e ao nível da União Europeia, onde o peso dos juristas é, no processo legislativo, muito limitado, colocando-se em primeiro lugar a competitividade da empresa, os imperativos de mercado, os níveis de emprego, em detrimento dos valores tradicionais de tutela do trabalho. Assiste-se, desta forma, a um *reajustamento* do Direito do trabalho e das suas regras, passando a ser entendido por alguns como um facto privado regulado contratual e organizativamente pelo interesse das empresas e pelas regras de mercado⁴⁸. O Direito do trabalho tem vindo a experimentar uma *invasão* de certos conceitos e normas em que o centro de gravidade já não assenta nas relações de trabalho dentro da empresa mas na regulação do mercado de trabalho e em que palavras, e conceitos a elas associados, como *flexibilidade*, *competitividade*, *acesso ao mercado*, *empregabilidade*, *produtividade*, ou *desempenho profissional*, apenas para citar alguns exemplos, passaram a ser comuns na linguagem *juslaboral*^{49 50}.

⁴⁶ MONTÓYA MELGAR, *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001, p. 9.

⁴⁷ PEDRO ROMANO MARTINEZ, “O Código do Trabalho e a reforma de 2012 – Apresentação geral”, in *RDES*, n.ºs 1-2, 2012, p. 11, escreve que se generalizou a convicção de que “a legislação do trabalho é a causa dos problemas laborais”.

⁴⁸ Segue-se de perto BAYLOS GRAU, “La desconstitucionalización del trabajo en la Reforma Laboral 2012”, in *Revista de Derecho Social*, n.º 61, p. 32.

⁴⁹ Neste sentido VALDÉS DAL-RÉ, “*Soft law*, Derecho del Trabajo y orden económica globalizada”, in *Relaciones Laborales*, tomo I, 2005.

⁵⁰ Na exposição de motivos constantes da Proposta de Lei n.º 46/XII, que veio a dar origem à Lei n.º 23/2012, indicam-se como objetivos da revisão “melhorar a legislação laboral; promover a flexibilidade interna das empresas e promover a contratação coletiva”.

Na verdade, não se trata apenas de reformas legislativas mas de algo mais profundo e que permite detetar uma nova cultura do Direito do trabalho⁵¹. Pensa-se que os juristas do trabalho não podem assistir indiferentemente a estes desenvolvimentos muito embora não possam deixar de protagonizar algumas mudanças, promovendo o seu *aggiornamento*, sem que isso implique um enfraquecimento dos seus valores e princípios originais, adaptando-o a novas situações de trabalho, de organização das empresas e da estruturação da economia, assegurando-lhe novas funções mas sem colocar em perigo a sua própria essência⁵², tendo em atenção que as perdas de direitos laborais determinadas pela crise não se recuperam, a maior parte das vezes, nas épocas de crescimento e prosperidade⁵³.

2.2. A perspetiva economicista considera que o Direito do trabalho, ao estabelecer certas condições de trabalho mais favoráveis ao trabalhador constitui um custo para as empresas, culpabilizando este ramo do Direito das consequências da crise, realizando um autêntico “assalto liberal à cidadela dos direitos dos trabalhadores, duramente conseguidos ao longo da história e hoje património comum do moderno Estado social de direito”⁵⁴, tendo por base as supostas exigências da crise económica⁵⁵.

Ora, estas ideias colocam em causa a base do Direito do trabalho e a sua principal função, pois as alterações passam a ter por finalidade expressa a melhoria da competitividade das empresas e a criação de emprego, a flexibilidade da legislação laboral, sem que se sinta a necessidade de legitimar estas decisões com contraprestações aos trabalhadores, alterando-se assim, de certa forma, a função do Direito do trabalho. A justificação das medidas não assenta na justiça distributiva mas na capacidade, muito mais teórica do que prática ou real, de melhorar a competitividade das empresas e de criar emprego.

⁵¹ Como defende JOSÉ JOÃO ABRANTES, *op. cit.*, p. 527, “a crise financeira que assola a Europa é uma crise também social”.

⁵² Segue-se a opinião de RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, p. 4.

⁵³ MANUEL ALARCÓN, “El impacto de la crisis en el Derecho del Trabajo”, in *Temas Laborales*, n.º 1, 1984, p. 80.

⁵⁴ PALOMEQUE LÓPEZ, “Un compañero de viaje histórico del Derecho del trabajo: la crisis económica”, in *Revista Política Social*, n.º 243, 1984.

⁵⁵ Cf. WILFREDO SANGUINETI RAYMOND, “Derechos Fundamentales de la Persona del Trabajador y Poderes Empresariales”, in *Memorias y comunicaciones del 5.º Congreso Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2011, pp. 111-112.

Porém, não convém esquecer que as pressões da crise sobre a função essencial do Direito do trabalho não apareceram no nosso tempo. De facto, já na crise de 1929, se fizeram sentir. Contudo, a grande diferença está na atitude do Estado.

2.3. Surge, agora, uma nova função do Direito do trabalho, de certa forma esquecendo a anterior, que não tem em atenção que as normas laborais não constituem o *milagre* que irá resolver a crise⁵⁶. Secunda-se PEDRO ROMANO MARTINEZ⁵⁷ quando defende que os problemas do mundo do trabalho não encontram a solução normalmente nas opções legislativas, ainda que muitas vezes se tente, por via destas, resolver questões que não dependem da lei, citando o caso da proliferação do desemprego ou a crise empresarial.

O Direito do trabalho passa a centrar o seu âmbito de incidência na situação económica das empresas, entendendo-se que assim também se protege o trabalhador pois são aquelas empresas que proporcionam o trabalho, partindo do pressuposto de inexistência de conflito entre os detentores do capital e os trabalhadores⁵⁸.

Assim, a manutenção e a criação do emprego assume-se hoje como uma nova tarefa do Direito do trabalho, convertendo-se este num instrumento de política de emprego que tem de facilitar e incentivar a sua criação, evitando que as suas regras acentuem ou deterioreem os níveis de emprego mediante uma redução da proteção do trabalho. Ao Direito do trabalho deve preocupar já não tanto a segurança no emprego mas sim o próprio emprego, aumentando a flexibilização e diminuindo os custos laborais⁵⁹.

A preocupação com os níveis de emprego serviu para justificar uma ampliação da margem de liberdade dos empregadores e dos seus poderes, relacionando-os com a gestão e a organização do trabalho, partindo-se da premissa, não demonstrada, da existência de uma ligação entre rigidez e falta de flexibilidade dos mercados de trabalho com a impossibilidade de criar novos empregos.

⁵⁶ Neste sentido, cf. MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ, *Aproximación a la función del derecho del trabajo hoy*, in X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Sevilha, 2011.

⁵⁷ “O Código do Trabalho...”, cit., p. 11.

⁵⁸ Veja-se, para maiores desenvolvimentos, MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ, *op. cit.*

⁵⁹ JOSÉ JOÃO ABRANTES, *op. cit.*, p. 522.

Desta forma, a função do Direito do trabalho de proteção ao emprego existente sofreu uma grave crise ao colocar-se em causa o impacto do princípio da segurança no emprego na criação e manutenção do próprio emprego.

Alega-se a necessidade de flexibilizar o mercado de trabalho para provocar o crescimento do emprego, através da redução dos custos laborais e dos direitos dos trabalhadores, sendo esta opção visível nas mais recentes alterações legislativas levadas a cabo em Portugal, após o pedido de assistência financeira realizado em Abril de 2011 à Troika – CE/FMI/BCE, do Memorando de Entendimento sobre as Condicionalidades de Política Económica assinado com a mesma, de 17 de Maio de 2011, e do Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego, celebrado em Janeiro de 2012 na Comissão Permanente de Concertação Social, e visíveis na Lei 23/2012, de 25 de Junho⁶⁰.

Os objetivos que o legislador assinala a mais uma reforma da legislação laboral são aqueles que têm norteados as sucessivas alterações legislativas introduzidas nesta matéria nas últimas décadas: promover a criação de emprego, combater a segmentação do mercado de trabalho, aumentar a competitividade das empresas e melhorar a produtividade laboral.

Secundando LEAL AMADO⁶¹, o “Governo parece atuar, em relação ao Direito do Trabalho, utilizando uma estratégia que bem poderíamos designar por ‘estratégia Pingo Doce’: vende-o quase que ao desbarato, em ordem a tentar atrair clientes, em ordem a acalmar os ‘mercados’, em ordem a cativar os investidores, isto é, o capital”.

Para conseguir tal desiderato, a reforma legislativa em apreço obedece sobretudo a duas ideias-chave, baseando-se em dois grandes eixos: o eixo

⁶⁰ Na exposição de motivos deste diploma legal faz-se referência à *flexigurança* mas o diploma apresentado não aborda o conceito pois, tal como apontado pelo Documento da UE, *Definição de princípios comuns de flexigurança na União Europeia*, de 5 de Dezembro de 2007, a flexigurança é “um meio para criar mais e melhores empregos, modernizar os mercados de trabalho e promover o trabalho de qualidade através de novas formas de flexibilidade e segurança para aumentar a adaptabilidade, o emprego e a coesão social”, mas que implica, a “conjugação deliberada de mecanismos contratuais flexíveis e fiáveis, estratégias abrangentes de aprendizagem ao longo da vida, políticas ativas e eficazes para o mercado de trabalho e sistemas de proteção social modernos, adequados e sustentáveis”.

⁶¹ “O despedimento e a revisão do Código do Trabalho: primeiras notas sobre a Lei 23/2012, de 25 de Junho”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 141.º, n.º 3974, maio-junho de 2012.

da redução/compressão dos custos empresariais e o eixo da ampliação dos poderes do empregador de gestão da mão de obra⁶².

No que concerne à redução dos custos empresariais assiste-se a medidas de “desvalorização económica”⁶³, relacionadas com a redução de custos salariais relativamente à organização do tempo de trabalho nomeadamente, desde logo, ao banco de horas.

O banco de horas consiste num mecanismo flexibilizador da organização do tempo de trabalho, conferindo ao empregador o poder de alargar o período normal de trabalho diário e semanal até certo limite (v.g., até duas ou até quatro horas diárias, podendo atingir 50 ou 60 horas semanais), de acordo com as conveniências da empresa. A compensação do trabalho assim prestado em acréscimo poderá ser feita mediante diversas formas, seja através da redução equivalente do tempo de trabalho, seja mediante pagamento em dinheiro, seja, até, na sequência da Lei 23/2012, através do aumento do período de férias do trabalhador⁶⁴.

Na versão original do CT de 2009 apenas era permitido recorrer a este mecanismo através de instrumento de regulamentação coletiva de trabalho. Contudo, com a Lei 23/2012, é possível que haja um banco de horas por negociação individual e, em certas condições, se uma maioria dos trabalhadores de uma equipa, secção ou unidade económica o aceitar, poderá ser imposto aos outros trabalhadores contra a sua vontade, nos termos, respetivamente, dos artigos 208-A e 208-B do CT.

Os acréscimos remuneratórios do trabalho suplementar foram reduzidos para metade, tendo sido eliminado o direito a *descanso compensatório* remunerado em caso de prestação de trabalho suplementar em dia útil, em dia de descanso semanal complementar ou em dia feriado, nos termos da nova redação dos arts. 229.º e 230.º do CT, apenas se excetuando, neste domínio, o trabalho suplementar prestado em dia de descanso semanal obrigatório. E os direitos do trabalhador são também reduzidos a metade em caso de prestação de trabalho normal em dia feriado em empresa

⁶² Neste sentido LEAL AMADO, última *op. cit.*

⁶³ JORGE LEITE, “A reforma laboral ...”, cit., p. 7.

⁶⁴ Sobre o banco de horas veja-se, a título de exemplo, ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO, “Tempo de trabalho”, in *RDES*, n.ºs 1-2, 2012, pp. 25 e ss., CATARINA CARVALHO, “A desarticulação do regime legal do tempo de trabalho”, in *Direito do Trabalho + Crise = Crise do Direito do Trabalho?*, (coord. CATARINA CARVALHO e JÚLIO GOMES), Coimbra Editora, Coimbra, 2011, e JÚLIO GOMES, “Nótula sobre o banco de horas no Código do Trabalho de 2009 e o trabalho prestado em dia de descanso obrigatório e em dia feriado”, in *RMP*, n.º 125, pp. 247 e ss.

não obrigada a suspender o funcionamento nesse dia: em tal hipótese, o trabalhador tinha direito a descanso compensatório de igual duração ou a acréscimo de 100% da retribuição correspondente; com a Lei 23/2012 tem direito a descanso compensatório equivalente a metade do número de horas prestadas ou a acréscimo de 50% da retribuição correspondente, nos termos do art. 269.º do CT.

No que concerne aos feriados obrigatórios, a comparação entre a antiga e a nova redação do art. 234.º do CT revela que foram suprimidos quatro, sendo 2 de carácter religioso e 2 de carácter civil: Corpo de Deus, 1 de Novembro, 5 de Outubro e 1 de Dezembro. Acresce ainda que, caso os feriados ocorram à terça-feira ou à quinta-feira e o descanso semanal ocorra, como é frequente, ao sábado e/ou ao domingo, o empregador poderá decidir encerrar a empresa ou o estabelecimento no dia que ficar de permeio, segunda ou sexta-feira, sendo esse dia de encerramento imputado/descontado nas férias dos trabalhadores, nos termos do novo art. 242.º, n.º 2, alínea b), do CT, ou sendo esse dia compensado posteriormente pelo trabalhador, através de trabalho extra que, todavia, não será considerado trabalho suplementar – art. 226.º, n.º 3, alínea g), do CT, podendo assim as empresas encerrar para férias nas *pontes*, tendo sempre por base a decisão unilateral do empregador.

Relativamente à cessação do contrato de trabalho, diminuíram-se as compensações ao trabalhador por cessação lícita do contrato de trabalho.

Os exemplos poderiam multiplicar-se. Considera-se, porém, que estes são suficientes para demonstrar uma aposta na ideia de flexibilidade e no ressurgimento da importância da liberdade contratual, da autonomia da vontade e da negociação individual, diminuindo o papel do Estado, ignorando que numa relação assimétrica, como é a de trabalho, a ausência de regras beneficia sempre a parte mais forte, aumentando o fosso entre os fortes e os fracos.

Porém, ontem como hoje, não pode deixar de ter-se em atenção o acerto e a atualidade do velho aforismo de LACORDAIRE, segundo o qual “entre o rico e o pobre, entre o forte e o fraco, é a Lei que liberta e a liberdade que oprime”.

2.4. A procura de um novo equilíbrio entre a tutela do trabalho e a tutela dos níveis de emprego alterou os objetivos originais do Direito do trabalho, ainda que os acontecimentos mais recentes e as estatísticas do desemprego tenham vindo mostrar que o Direito do trabalho tem um papel muito modesto relativamente à capacidade de gerar emprego.

O Direito do trabalho atual saiu dos *muros da fábrica*, adaptando algumas das suas regras para facilitar a criação de emprego, passando também a ser denominado, por vezes, de Direito do Emprego, visando proteger o trabalhador não só no centro de trabalho mas também no mercado de trabalho, assumindo a ideia de que, para fortalecer a situação do trabalhador no centro de trabalho, também é necessário fortalecer a sua situação no mercado de trabalho.

Há, assim, uma nova visão da cidadania social do trabalhador que está relacionada não só com a condição de trabalhador *qua tale*, mas, sobretudo, com a condição social derivada de viver do trabalho, determinando que o Direito do trabalho seja também um Direito para o trabalho⁶⁵.

Porém, o aumento dos níveis de emprego depende de múltiplas variáveis. É o caso, *inter alia*, da saúde da economia e da adoção de políticas de natureza económica e fiscal que assegurem um aumento do consumo.

Na verdade, com as recentes tendências da globalização das economias, com o aumento da competitividade, com a abertura das fronteiras do comércio mundial, expandiu-se uma nova onda liberal, largamente apoiada nas NTIC, que fizeram ressurgir velhos problemas sociais e o despoletar de outros. As enormes mudanças ocorridas estão a promover novas contradições e desigualdades sociais em vários domínios das sociedades, com alterações profundas na forma de organização tradicional das empresas. Assistimos a uma recomposição dos mercados de trabalho, onde existem situações de grande precariedade, ao lado de situações tradicionais de maior ou menor estabilidade, para além de um maior volume de desemprego.

Se, na generalidade, a globalização pode ser benéfica para o crescimento e o emprego, as mudanças que gera implicam respostas rápidas por parte das empresas e dos trabalhadores, não esquecendo que a globalização tem vindo a afetar de forma decisiva os processos de trabalho e de produção. Sob a pressão da competitividade e da redução dos custos, generalizaram-se as reestruturações e as deslocalizações de empresas, sendo necessário, parece-nos, que as respostas sejam ágeis e flexíveis.

A adaptação exige um mercado de trabalho mais flexível, sem dúvida, sem quebrar, contudo, a *espinha dorsal* do Direito do trabalho, conjugado com níveis de segurança que deem resposta às novas necessidades dos empregadores e dos trabalhadores. Secunda-se inteiramente LEAL

⁶⁵ Vide neste sentido RODRÍGUEZ-PIÑEROY BRAVO-FERRER, última *op. cit.*, pp. 7-8.

AMADO⁶⁶ quando defende que “um Direito do Trabalho flexível jamais poderá deixar de ser um Direito do Trabalho robusto e vigoroso. Creio que o Direito do Trabalho terá de ser flexível naquele sentido ideal, de ‘resistência tênsil’, apontado por RICHARD SENNETT: ‘Ser adaptável à mudança de circunstâncias mas sem ser quebrado por ela’”.

E se a flexibilidade do mercado de trabalho é atualmente um “objetivo omnipresente e incontornável”⁶⁷, assumindo-se como um valor “sociologicamente pós-industrial e culturalmente pós-moderno”⁶⁸, não se pode defender que a mesma resolve tudo e só traz vantagens. Parece-nos um pensamento demasiado simplista fazer equivaler a flexibilidade do Direito do trabalho a ganhos de produtividade e ao aumento da competitividade empresarial⁶⁹. Aliás, a própria noção inicial de flexibilidade da OCDE, partia de uma conceção ultra-simplista⁷⁰ e entendia que a proteção do emprego, quer legal, contratual ou institucional, constituía um custo adicional do trabalho com consequências quer ao nível do emprego quer sobre o próprio desemprego. Contudo, esta noção foi evoluindo, aceitando as várias críticas de que foi alvo e é hoje definida como “a capacidade da empresa modular a segurança do emprego segundo as realidades económicas”⁷¹.

2.5. Perante esta realidade defende-se que o remédio pode e deve ser procurado, secundando JOSÉ JOÃO ABRANTES⁷², no crescimento económico que está relacionado com uma melhor educação e formação profissional, melhor gestão das empresas, políticas ativas de emprego e de reconversão social e de proteção social. Não é possível melhorar a competitividade das empresas nem a sua produtividade sem uma adequada formação

⁶⁶ “Dinâmica das relações...”, cit., p. 97.

⁶⁷ LEAL AMADO, “Dinâmica das relações...”, cit., p. 97.

⁶⁸ RICCARDO DEL PUNTA, “L’economia e le ragioni del diritto del lavoro”, in *GDLRI*, n.º 89, 2001, p. 12.

⁶⁹ A este respeito, UMBERTO ROMAGNOLI, *apud* LEAL AMADO, *op. cit.*, p. 98, refere que “a ideia segundo a qual, para ajudar e proteger todos os que procuram trabalho, é necessário ajudar e proteger menos quem tem trabalho, é filha da mesma maldade com a qual se sustenta que, para fazer crescer cabelo aos calvos, é necessário rapar o cabelo a quem o tem”.

⁷⁰ Note-se que as primeiras análises da legislação de proteção no emprego fundavam-se no cálculo das indemnizações de despedimento. Cf. *Livro Verde sobre as relações Laborais*, Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social, Lisboa, 2006, p. 185.

⁷¹ Ver *Livro Verde sobre as relações Laborais*, cit., p. 185.

⁷² *Sociedade e...*, cit., p. 525.

profissional, progresso tecnológico, valorização profissional e motivando todos os intervenientes.

Considera-se que deve tentar criar-se mais e melhores empregos para gerir a mudança e os novos riscos sociais. Deve tentar reduzir-se a segmentação dos mercados de trabalho e a precariedade do emprego, promovendo a integração sustentada e a acumulação de competências. Na categoria dos *outsiders* do mercado de trabalho, conforme dados referidos pela Comissão Europeia em 2007⁷³, predominam já as mulheres, os jovens e os migrantes, e os trabalhadores mais velhos enfrentam inúmeras dificuldades para encontrar ou manter um emprego. Mesmo os trabalhadores com contratos por tempo indeterminado têm motivos para se sentirem ameaçados, na medida em que, em caso de despedimento, se deparam com acrescidas dificuldades em encontrar empregos de qualidade⁷⁴.

2.6. Assim, atendendo a este quadro, não podemos deixar de considerar que as transformações socioeconómicas que aconteceram nos finais do século passado, inícios deste, originaram o surgimento e a extensão de novas necessidades sociais que não foram suficientemente asseguradas. Surgem-nos, assim, as novas *jazidas* de emprego com uma dupla função: para tentar fazer face ao desemprego crescente da nossa sociedade e para colmatar, ou tentar colmatar, necessidades sociais não satisfeitas, total ou parcialmente⁷⁵.

Já em 1993, a Comissão Europeia, no *Livro Branco sobre as estratégias para o crescimento, a competitividade e o emprego para entrar no século XXI*, apresentava estas *novas jazidas*, novas formas de emprego, como uma das estratégias para lutar contra o desemprego estrutural,

⁷³ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Para a definição de princípios comuns de flexigurança: Mais e melhores empregos mediante flexibilidade e segurança*, Bruxelas, 27.6.2007, COM (2007) 359 final, p. 4.

⁷⁴ Como defende BAYLOS GRAU, “La desconstitucionalización...”, cit., p. 36, “a perda de posto de trabalho supõe o desaparecimento de direitos individuais e coletivos que derivam constitucional e legalmente de uma situação de trabalho no ativo. Extinta esta, ao encontrar o novo trabalho, começa normalmente do zero o gozo dos seus direitos de acordo com a nova situação profissional que adquire a partir dessa nova inserção no trabalho ativo”.

⁷⁵ Cf., para maiores desenvolvimentos, TERESA COELHO MOREIRA, “Diálogo social y empleo: nuevos yacimientos, estabilidad y calidad desde el Derecho português”, in *Estudos de Direito do Trabalho*, Almedina, Coimbra, 2011.

considerando que poderiam constituir uma oportunidade de intervenção através da participação conjunta de vários atores sociais, num marco de concertação social, com o objetivo de reduzir o desemprego através da satisfação de carências sociais que a sociedade europeia, perante as mudanças ocorridas na sociedade, ainda tinha por resolver. Considerava, assim, que se trataria de procurar satisfazer carências não resolvidas, ou incipientemente resolvidas, estimulando a criação de emprego estável e de qualidade.

E a nossa sociedade tem, atualmente, um grande desafio e que é o de adaptar a sua estrutura produtiva a maiores exigências de competitividade, tentando renovar e procurar ampliar os pontos fortes em que tradicionalmente assentou a sua capacidade de crescimento económico.

Contudo, não se pode esquecer que um dos grandes problemas que a nossa sociedade enfrenta é o enorme aumento do desemprego e, por isso, devem ser prioritárias as políticas para tentar encontrar formas de o diminuir e que têm de ser conciliadas com políticas de formação e de desenvolvimento dos sectores produtivos. O duplo desafio é, assim, o de tentar diminuir o desemprego através da criação de trabalho estável e de qualidade, e do desenvolvimento da atividade económica que incida sobre serviços sociais essenciais à sociedade atual.

Por outro lado, considera-se que deve apostar-se nos “sectores do futuro”⁷⁶. Mas sempre com a consciência que “não existe uma cura milagrosa, porque se esta existisse, já se teria encontrado”⁷⁷. Porém, isso não significa que não haja uma margem para a luta contra o desemprego e para a ação política tentar encontrar formas de criação de emprego, principalmente através do diálogo social⁷⁸.

Parece, assim, que será possível criar-se novas formas de emprego, se for esse o caminho da produção de bens e serviços úteis: para dar resposta aos problemas da ecologia, do meio ambiente; para encontrar caminhos alternativos ao desenvolvimento; para procurar responder ao aumento da esperança média de vida e do cuidado dos idosos e das crianças;

⁷⁶ Aliás, esta constatação não é nova. Ela constitui a base da estratégia do *Livro Branco da Comissão de 1993 sobre as estratégias para o crescimento, a competitividade e o emprego*, já referido anteriormente. Neste *Livro* são propostas uma série de *pistas* para enfrentar o desemprego no milénio seguinte.

⁷⁷ *Op. cit.* na nota anterior.

⁷⁸ Como se refere no *Livro Branco*, na preparação para a sociedade de amanhã, não basta possuir um saber e um saber-fazer, pois é também necessário estar disposto a aprender, a comunicar e a trabalhar em grupo.

para procurar soluções à maior possibilidade de circulação no mundo; para procurar melhorar a saúde e a educação, assim como aumentar a utilização e implantação das NTIC na sociedade; e para conseguir uma melhor conciliação entre a vida profissional e a vida familiar. É possível criar e desenvolver-se novas formas de emprego em sectores relacionados com serviços da vida diária, como serviços ao domicílio, cuidado infantil, aplicação das NTIC, quer a nível individual, nomeadamente através do teletrabalho, quer coletivo e a nível de empresas. É ainda possível a criação de formas de emprego relacionadas com serviços relacionados com a melhoria da qualidade de vida, como, *inter alia*, a segurança, os transportes coletivos, a revalorização dos espaços urbanos, assim como serviços de lazer relacionados com o turismo, o desporto, a cultura e serviços relativos ao meio ambiente.

Entende-se que Portugal, com a sua localização estratégica e a sua forte relação com o mar, assim como com políticas industriais inovadoras em determinados sectores e diferentes políticas de educação, saúde e justiça, é capaz de encontrar alternativas essenciais para a criação de mais emprego. E parece-nos aqui, e uma vez mais, que o papel do diálogo social, com a intervenção de todos os atores sociais, é de fundamental importância.

2.7. E se, atualmente, estamos numa fase de grande mudança da sociedade, com uma grave crise económica, há que ter consciência que sempre que há uma crise há uma saída, podendo, claro, sair-se melhor ou pior. E não existem determinismos, nem certezas absolutas, dependendo tudo das opções que são adotadas e da forma de agir das pessoas. E é aqui que a intervenção dos parceiros sociais pode originar uma evolução e uma saída positiva.

Deve dizer-se, no entanto, que a ideia de estabilidade no emprego não significa emprego vitalício, para toda a vida. Sabe-se que a era da nova economia globalizada, dinâmica, inovadora e extremamente competitiva, obedece à lógica do transitório, do instável e do imprevisível, sendo incompatível com o ideal do *emprego para toda a vida* que, de algum modo, imperou no século passado. Basta atentar nas novas modalidades de contrato de trabalho e no elevado nível de desemprego existente. Mas isso não significa, tal como defende LEAL AMADO⁷⁹, que a estabilidade no emprego, não sendo um valor absoluto, seja um valor obsoleto.

⁷⁹ “Dinâmica das relações...”, cit., p. 98.

Assim, perante esta realidade, é necessária a intervenção de todos e a participação sindical torna-se um elemento fundamental e determinante ao longo de todo o processo de diálogo social e de procura de soluções para combater a crise e encontrar novas formas de emprego. Esta participação pode incidir, desde logo, na deteção das necessidades e das oportunidades a nível nacional ou local, na formulação de medidas e de ações e de projetos de atuação, na implantação e gestão de recursos e no acompanhamento permanente de todo o processo, verificando as condições de trabalho, de saúde e de formação adequada dos trabalhadores.

Defende-se, desta forma, uma política ativa de intervenção, só possível no contexto de um diálogo social que vise melhorar a capacidade de inserção profissional⁸⁰.

2.8. Perante a lógica apresentada do primado da economia relativamente ao Direito do trabalho, deve defender-se a ligação do progresso social ao crescimento económico e a uma política de emprego que consiga efetivamente criar emprego, não entregando ao mercado certos valores, fundamentais para a sã convivência em sociedade.

A dignidade da pessoa humana é o princípio fundador de qualquer sociedade e, por isso, não podemos esquecer que, tal como se encontra na Constituição Pastoral *Gaudium et Spes*, “a pessoa humana é e deve ser o princípio, o sujeito e o fim de todas as instituições sociais, continuando a ser essencial a existência do Direito do trabalho”.

Tendo em atenção a evolução histórica do Direito do trabalho, do período liberal até aos nossos dias, nota-se como, afinal, os problemas são os mesmos⁸¹. Já o Papa João Paulo II, na Encíclica *Centesimus Annus*, a propósito dos 100 anos da Encíclica *Rerum Novarum*, escreveu que esta era “um documento sobre os pobres e sobre a terrível condição à qual o novo e não raramente violento processo de industrialização reduzira enormes multidões”, considerando contudo que “Queira Deus que estas palavras, escritas enquanto crescia o que foi chamado “capitalismo selvagem”, não tenham hoje de ser repetidas com a mesma severidade. Infelizmente, ainda hoje é frequente encontrar casos de contratos entre

⁸⁰ Para BERNARDO DA GAMA LOBO XAVIER, *op. cit.*, p. 137, trata-se de reconhecer o “protagonismo dos parceiros sociais para romper o círculo vicioso da inflação, desinvestimento e desemprego, colocando em seu lugar o que se chamou *círculo virtuoso* da estabilidade, do crescimento e do emprego”.

⁸¹ Neste sentido JOSÉ JOÃO ABRANTES, *op. cit.*, p. 528.

patrões e operários, nos quais se ignora a mais elementar justiça, em matéria de trabalho de menores ou feminino, dos horários de trabalho, do estado higiénico dos locais de trabalho, e da legítima retribuição”⁸². Isto, claro está, a par de contratos de trabalho perfeitamente *leoninos*, muitas vezes a coberto da lei e, outras vezes, à sombra de uma legalidade laboral muito duvidosa.

3. Conclusão

3.1. Perante a crise que se atravessa, parece que não pode ser esquecido que o Direito do trabalho tem um bom *historial* pois tem tido sempre, como escreve PALOMEQUE LÓPEZ⁸³, como “companheira de viagem” as sucessivas crises económicas que têm vindo a afetar a sociedade, conseguindo *coexistir* com elas mais ou menos *pacificamente*. Entende-se, assim, que o Direito do trabalho tem uma sólida e provada experiência de maleabilidade e que irá adaptar-se e superar esta crise⁸⁴, não se cumprindo os vaticínios dos profetas da desgraça quando, há já muitos anos e recorrentemente, vaticinaram, apocalipticamente, a *morte anunciada*⁸⁵ relativamente a este ramo do Direito.

3.2. Embora a crise atual seja fundamentalmente económica e financeira também tem aspetos sociais, tendo gerado desequilíbrios e desigualdades, acentuando diferenças entre trabalhadores, multiplicando a precariedade e aumentando muito o desemprego em vários países. Com isso criou-se uma situação de incerteza dos trabalhadores que originou uma debilitação do Direito coletivo, surgindo reformas que implicam uma alteração das regras laborais *in pejus* e o pensamento económico que campeia contempla o trabalho e o trabalhador como um mero fator de produção, como uma mercadoria, coisificando ou reificando a pessoa humana desconhecendo o significado do trabalho para a pessoa, tanto como fonte de dignidade e satisfação, como também como meio de assegurar as necessidades pessoais e familiares, ignorando que pode ser uma forma de exploração e frustração.

⁸² *Centesimus Annus – Lettre Encyclique du Souverain Pontife JEAN PAUL II à l’occasion du centenaire de l’encyclique Rerum Novarum*, Libreria Editrice Vaticana, 1991.

⁸³ *Direito do Trabalho...*, cit., p. 39.

⁸⁴ No mesmo sentido PÉREZ AMORÓS, “Retos del derecho del Trabajo del futuro”, in *RDS*, n.º 32, 2005, pp. 57-58.

⁸⁵ Expressão de JORGE LEITE, *op. cit.*, p. 49.

Porém, o Direito do trabalho não está ao serviço da liberalização dos mercados, devendo tentar corrigir as inevitáveis consequências antissociais do livre jogo do mercado, assegurando através das suas regras e da contratação coletivo, um reequilíbrio entre trabalhadores e empregadores evitando os excessos dos poderes destes e atribuindo àqueles a merecida dignidade que têm enquanto pessoas que trabalham para o bem coletivo.

Não pode esquecer-se que o Direito do trabalho introduziu, ao lado da racionalidade económica, uma racionalidade social, não podendo ser uma parte de um Direito económico que tenta, qual polvo com os seus inúmeros tentáculos, tudo dominar.

3.3. A função ou funções atuais do Direito do trabalho e a sua razão de ser não pode situar-se apenas no presente. Não pode esquecer-se de onde veio para saber para onde deve ir, assim como todo o papel que cumpriu na configuração de uma sociedade democrática, mais justa e igualitária e de um verdadeiro Estado social. E este papel do Direito do trabalho tem de continuar a ser cumprido e assegurado. A carga axiológica, os valores que, a certa altura, outorgaram a *certidão de nascimento* a este ramo de Direito não podem, pela sua ausência, *cavar a sua sepultura*.

3.4. Na dialética entre direito e mercados não se deve defender a redução de direitos para aumentar o mercado fazendo desaparecer a qualidade do trabalho e do emprego. O que pode e deve ser feito é assegurar os valores profundos do Direito do trabalho, as liberdades e as garantias e direitos do trabalhador como trabalhador-cidadão e como cidadão-trabalhador num mercado globalizado o que, sem dúvida, implica uma regulação laboral mais compreensiva e até *amiga* do mercado mas, também, um mercado mais compreensivo e *amigo* dos valores do Direito do trabalho.

3.5. O Direito do trabalho atual tem ainda como função racionalizar e controlar os poderes do empregador, defendendo um uso adequado da flexibilidade, selecionando o que é realmente necessário para a viabilidade das empresas e vedando o que é injustificadamente prejudicial para os trabalhadores.

A economia e o Direito não podem ser colocados conceptualmente no mesmo plano pois, além do mais, não é possível equiparar-se números a pessoas. Ora, o Direito do trabalho é um direito para as pessoas, com fundamentos éticos e humanísticos que não podem ser esquecidos ou

suspensos provisoriamente, defendendo-se, não é de mais dizê-lo, que o trabalhador não pode ser tratado como uma coisa, como uma mera mercadoria. O trabalhador é uma pessoa livre, digna, que insere a sua pessoa na relação de trabalho, sendo a tutela da dignidade da pessoa um elemento identificador do Direito do trabalho.

A referência à dignidade tem de relacionar-se com a proibição de trabalho forçado mas também com o direito a prestação de trabalho em condições dignas, seguras e sãs, através de um trabalho decente⁸⁶. E todas as alterações legislativas ou toda a ampliação dos poderes do empregador encontram na dignidade da pessoa humana um limite infranqueável.

3.6. Defende-se, em jeito conclusivo, que o Direito do trabalho tem futuro mas, para o assegurar, não pode ser esquecido o seu passado, a razão por que surgiu como ramo de Direito autónomo. Em suma, a sua ontogénese tem de marcar sempre presença devendo ser sempre, na busca de um *paraíso quase perdido, quem mais ordena*.

Vila Nova de Gaia, Junho de 2014

⁸⁶ Já na Encíclica *Rerum Novarum* o Papa Leão XIII defendia que “entre os deveres principais do patrão, é necessário colocar, em primeiro lugar, o de dar a cada um o salário que convém”, podendo ler-se, ainda que “Façam, pois, o patrão e o operário todas as convenções que lhes aprouver, cheguem, inclusivamente, a acordar na cifra do salário: acima da sua livre vontade está uma lei de justiça natural, mais elevada e mais antiga, a saber, que o salário não deve ser insuficiente para assegurar a subsistência do operário sóbrio e honrado”.