

ISSN 1679-8694



**PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO**

**REVISTA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO
DA 15ª REGIÃO
CAMPINAS**

**Direção e coordenação da Escola Judicial
Repositório Oficial de Jurisprudência**

Campinas

n. 47

p. 1 - 344

jul./dez.

2015

PERSPECTIVAS DO DIREITO DO TRABALHO: um ramo em crise identitária?*

LABOR LAW PERSPECTIVES: a branch in identity crisis?

João Leal Amado**

Os salários correntes do trabalho dependem, por toda a parte, de contrato habitualmente celebrado entre duas partes, cujos interesses não são de modo algum idênticos. Os operários pretendem obter o máximo possível, os patrões procuram pagar-lhes o mínimo possível. Os primeiros estão dispostos a associar-se a fim de fazerem subir os salários do trabalho; os segundos a fim de os obrigarem a descer.

Não é, contudo, difícil prever qual das partes, em circunstâncias normais, levará sempre a melhor nesta disputa e obrigará a outra a aceitar os seus próprios termos. Os patrões, sendo em menor número, têm muito maior facilidade em associar-se, além disso a lei autoriza, ou pelo menos não proíbe, as suas coligações, enquanto proíbe as dos trabalhadores. Não temos qualquer acto do parlamento contra as coligações destinadas a baixar o preço do trabalho, mas temos muitos contra aquelas que pretendam elevá-lo. Em todas as disputas desse género, os patrões podem resistir por muito mais tempo.

Um proprietário, um rendeiro, um dono de uma fábrica, ou um comerciante, poderiam normalmente subsistir um ou dois anos sem empregar um único trabalhador, com base no pecúlio previamente acumulado. Muitos trabalhadores não conseguiriam subsistir uma semana, poucos subsistiriam um mês,

*Texto que serviu de base à comunicação “Perspectivas do Direito do Trabalho no Continente Europeu”, apresentada no 15º Congresso Nacional de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho, organizado pelo TRT da 15ª Região, em 11 e 12 de junho de 2015. Aproveitamos o ensejo para agradecer a todos os membros da Comissão Organizadora, em particular ao seu Presidente, Desembargador Francisco Alberto da Motta Peixoto Giordani, o honroso convite formulado e a insuperável gentileza e amizade com que nos receberam em Campinas e Paulínia, por ocasião desse grandioso evento.

**Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

e praticamente nenhum sobreviveria um ano sem emprego. A longo prazo, o operário pode ser tão necessário ao patrão como o patrão lhe é necessário a ele, mas a necessidade não é tão imediata. (Adam Smith)

1 O “CÓDIGO GENÉTICO” DO DIREITO DO TRABALHO E A FLEXIBILIZAÇÃO DAS REGRAS TRABALHISTAS

Publicadas, pela primeira vez, no remoto ano de 1776, as supracitadas palavras de Adam Smith revelam, de forma insuspeita, por que motivo viria a nascer, mais tarde, o Direito do Trabalho, bem como qual foi, historicamente, a sua principal missão. Seja-nos permitido começar, justamente, por recordar algumas banalidades relativas ao “código genético” do Direito do Trabalho. É sabido que este ramo do ordenamento surgiu como um direito regulador de uma relação essencialmente **conflitual** e estruturalmente **assimétrica**, na qual o trabalhador envolve profundamente a sua **pessoa**. O Direito do Trabalho afirmou-se como um direito de tutela dos trabalhadores subordinados, como uma ordem normativa de compensação da debilidade fáctica destes face aos respectivos empregadores, como um direito que, enquanto tal, não confiava nos automatismos do mercado nem na liberdade contratual.

Este é, pois, um direito cuja função originária consistia em limitar a concorrência entre os trabalhadores no mercado de trabalho, evitando uma “corrida para o fundo”, uma *race to the bottom* por parte destes, isto é, prevenindo uma “licitação negativa” entre estes, motivada pela escassez de vagas de emprego. Daí a tradicional e singular imperatividade do ordenamento juslaboral - o princípio do *favor laboratoris*, o princípio da norma social mínima etc.

Nas palavras de Arnaldo Süssekind,

[...] o princípio protetor, ou da proteção do trabalhador, erige-se como o mais importante e fundamental para a construção, interpretação e aplicação do Direito do Trabalho. A proteção social aos trabalhadores constitui a raiz sociológica do Direito do Trabalho e é imanente a todo o seu sistema jurídico.¹

¹SÜSSEKIND, 2004, p. 111. Nota esta que, não raro, avulta na própria definição de Direito do Trabalho fornecida pelos autores - assim, por exemplo, Octavio Bueno Magano, para quem “o Direito do Trabalho define-se como conjunto de princípios, normas e instituições aplicáveis à relação de trabalho e às situações equiparáveis, tendo em vista a melhoria da condição social do trabalhador” (2003, p. 10).

O Direito do Trabalho era, pois, concebido como “Direito Social”, como ramo do ordenamento jurídico destinado a assegurar o trabalho digno e a civilizar a relação de poder que se estabelece entre os sujeitos da relação trabalhista. Como bem escreve José Augusto Rodrigues Pinto:

[...] nisso, aliás, se revela o verdadeiro *leitmotiv* do Direito do Trabalho. Não o motiva a relação de trabalho subordinado só por si. Motiva-o, sobretudo, a preocupação de acomodar os sujeitos dessa relação a uma tutela social que a ponha a salvo de abusos capazes de levar à utilização anti-social da energia humana. (2007, p. 56)

Porém, como é igualmente sabido, os anos 70 do século passado assistiram ao início da **crise do Direito do Trabalho**, começando desde então a avolumar-se o coro de críticas ao “monolitismo”, ao “garantismo” e à “rigidez” das normas trabalhistas. O Direito do Trabalho vê-se então remetido para o banco dos réus, é colocado no pelourinho², é acusado de irracionalidade regulativa e de produzir consequências danosas, isto é, de criar mais problemas do que aqueles que resolve, em particular no campo económico e no plano da gestão empresarial - é o chamado “efeito boomerang” das normas juslaborais, grandes responsáveis, diz-se, pelas elevadas taxas de desemprego.

Desta forma, no último quartel do Séc. XX a **flexibilização** afirma-se como novo *leitmotiv* juslaboral e o Direito do Trabalho passa a ser concebido, sobretudo, como um instrumento ao serviço da promoção do emprego e do investimento, como variável da política económica, mostrando-se dominado - quando não obcecado - por considerações de eficiência (produtividade da mão de obra, competitividade das empresas etc.). O Direito do Trabalho parece atravessar, desde então, uma profunda crise de identidade, com a sua axiologia própria (centrada em valores como a igualdade, a dignidade, a solidariedade etc.) a ser abertamente questionada. Fala-se, não sem alguma razão, numa autêntica “colonização economicista” deste ramo do ordenamento jurídico.

A retórica discursiva em torno da flexibilidade mostra-se, porém, altamente sedutora, sendo o clássico (e, dir-se-ia, historicamente ultrapassado) conflito social entre empregadores e trabalhadores, a que aludia Adam Smith, substituído pelo novo conflito entre *insiders* (os trabalhadores com vínculo por tempo indeterminado e com emprego estável) e *outsiders* (os desempregados e os que apenas dispõem de um emprego precário, como os contratados a prazo e os falsos trabalhadores independentes)³. Um Direito do Trabalho demasiado

²A expressão é de Alain Supiot (2005, p. 122).

³Sobre a questão, Guy Standing (2011).

rígido e excessivamente garantístico seria, afinal, o grande responsável por esta segmentação e pelo dualismo do mercado de trabalho, criando uma fractura entre os que estão dentro e os que estão fora da “cidadela fortificada” do direito laboral.

Vistas as coisas sob este prisma, a defesa dos interesses dos *outsiders* reclamaria a eliminação dos direitos (ou melhor: dos privilégios) dos *insiders*. E o apetite flexibilizador de alguns revela-se, por isso, insaciável - “sempre mais!”: sempre mais mobilidade, sempre mais adaptabilidade, sempre mais desregulamentação, tudo em nome das supostas exigências do sacrossanto e onnipotente “Mercado”, concebido este como a *Grundnorm* de toda a ordem jurídica⁴.

2 FLEXIBILIDADE E “FLEXIGURANÇA”

“Flexibilidade”. Trata-se, realmente, de uma palavra mágica, encantatória. Flexível significa maleável, ágil, suave... vocábulos, todos eles, que emitem sinais positivos. Flexível opõe-se a rígido - e o que é rígido é mau, o que é rígido parte-se. Mas flexível também pode significar dócil, complacente, submisso. Neste sentido, flexível opõe-se a firme - e o que é firme é bom, o que é firme não se dobra. Na verdade, entre a maleabilidade e a docilidade vai uma distância não desprecienda. Tal como entre a suavidade e a complacência. Tal como, afinal, entre a rigidez e a firmeza.

Boa parte da polémica em torno do termo “flexibilidade” reside, assim, na polissemia do mesmo, na diversidade de acepções - nem todas positivas - que comporta. Ninguém quer, julga-se, um Direito do Trabalho rígido e áspero. Mas alguns aspiram, parece, a um Direito do Trabalho mole e condescendente. Alguns suspiram mesmo por um Direito do Trabalho frouxo. Alguns, dir-se-ia, falam em flexibilização, mas pensam em genuflexão... Ora, a nosso ver, um Direito do Trabalho renovado e flexível jamais poderá deixar de ser um Direito do Trabalho robusto e vigoroso.

De qualquer modo, é inegável que, nos nossos dias, a flexibilidade do mercado de trabalho constitui um objectivo omnipresente e incontornável, assumindo-se aquela, nas certas palavras de Riccardo Del Punta, como um valor “sociologicamente pós-industrial e culturalmente pós-moderno” (2001, p. 12). Aliás, nesta matéria surgiu mesmo um

⁴Jorge Leite formula a questão, que apresenta como uma das mais angustiantes e dramáticas questões da modernidade: como articular o mercado com o trabalho? Sujeitando este último às exigências daquele? Regulando aquele tendo em conta as necessidades deste? Assiste-se hoje, na opinião do autor, a uma espécie de “vingança dos mercados” e à “desvalorização do trabalho”, tendendo o Direito do Trabalho a desempenhar uma função de “frio instrumento de gestão empresarial” (LEITE, 2013).

fulgurante neologismo à escala europeia - a chamada **flexigurança** -, a qual, diz-se, assentaria numa espécie de “triângulo mágico” de políticas de articulação e compatibilização entre (i) flexibilidade acrescida em matéria de contratações e despedimentos (flexibilidade contratual, “de entrada e de saída”), (ii) protecção social elevada (leia-se: adequada) no desemprego, (iii) políticas activas de formação, qualificação e emprego, propiciando uma transição rápida e não dolorosa entre diversos empregos⁵.

A flexigurança surge, pois, como um **concentrado de flexibilidade e de segurança** - flexibilidade na relação laboral, no emprego; segurança no mercado de trabalho, no desemprego -, em que a tradicional “protecção do emprego/estabilidade do posto de trabalho” é sacrificada em prol da ideia de uma “mobilidade protegida/segurança na vida activa”. Como se lê no ponto 5 da referida **Definição de princípios**,

[...] a flexigurança interna (no interior da mesma empresa) e externa (entre empresas) são igualmente importantes e devem ser ambas promovidas. Um grau suficiente de flexibilidade contratual deve ser acompanhado de segurança nas transições entre empregos.

Ou seja, em lugar de tutelar o **emprego**, promove-se a **empregabilidade** do trabalhador. Numa sociedade “pós-moderna” dinâmica e altamente volátil, marcada pelo risco, pela incerteza e pela instabilidade, tanto o emprego como o desemprego são, por definição, situações transitórias, devendo a aposta residir no *empowerment* (empoderamento) dos indivíduos, em ordem a que estes, sem ansiedades existenciais, possam dar resposta aos desafios emergentes⁶.

Quanto à flexigurança, o cerne do problema consiste em determinar a dosagem certa de cada um dos elementos que compõem o respectivo conceito, em efectuar um adequado *trade-off* entre flexibilidade e segurança. Aliás, a referida **Definição de princípios** não deixa de alertar para que:

[...] a flexigurança requer uma boa relação eficácia-custo na afectação de recursos e deverá

⁵A este propósito, vale a pena consultar o documento do Conselho de Ministros da União Europeia, de 5 de dezembro de 2007, intitulado **Definição de princípios comuns de flexigurança na União Europeia**. Aí se identificam oito princípios comuns de flexigurança, lendo-se no ponto 1 que 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”, acrescentando o ponto 2 que “a flexigurança implica a conjugação deliberada de mecanismos contratuais flexíveis e fiáveis, estratégias abrangentes de aprendizagem ao longo da vida, políticas activas e eficazes para o mercado de trabalho, e sistemas de protecção social modernos, adequados e sustentáveis”.

⁶Para uma reflexão crítica, Zygmunt Bauman (2007).

manter-se plenamente compatível com a solidez e a sustentabilidade financeira dos orçamentos públicos. (ponto 8)

Daí a legítima dúvida sobre se a flexigurança não representará, afinal, mais uma vã tentativa de quadratura do círculo...

3 A EROSÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO: o caso português

O caso português constitui um magnífico exemplo de **erosão do princípio da proteção**, nas diversas vertentes que tradicionalmente compõem este princípio. Assim é que, por exemplo, no tocante ao chamado “princípio da norma mais favorável” e às relações entre a lei e a convenção coletiva de trabalho, a lei do trabalho portuguesa passou a consagrar a regra de princípio da prevalência do negociado, ainda que *in pejus*, sobre o legislado. E, no que tange ao conhecido “princípio da continuidade da relação de emprego”, vem-se assistindo em Portugal à multiplicação de modalidades atípicas, e muitas delas precárias, de trabalho: contrato a prazo, trabalho temporário, trabalho a tempo parcial, trabalho intermitente, teletrabalho subordinado, comissão de serviço laboral etc.

Esta erosão do princípio da proteção, promovida pelos dois Códigos do Trabalho que Portugal já conheceu neste século (o primeiro de 2003, aprovado pela Lei n. 99/2003, de 27 de agosto, e o segundo de 2009, aprovado pela Lei n. 7/2009, de 12 de fevereiro), acentuou-se com a mais recente legislação trabalhista, contida, no essencial, na Lei n. 23/2012. Com efeito, tendo sido publicada no dia 25 de junho de 2012 e tendo entrado em vigor no dia 1º de agosto desse ano, a Lei n. 23/2012 deu corpo a mais uma reforma da legislação laboral portuguesa. Tratou-se de um diploma que, em parte, veio dar cumprimento aos compromissos assumidos pelo Estado português no chamado “Memorando da *troika*” (*rectius*, **Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica**) e que, de outra parte, se escora em dois importantes acordos de concertação social - o **Acordo Tripartido para a Competitividade e Emprego**, de 22 de março de 2011, celebrado antes do Memorando, e, já depois deste, o **Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego**, de 18 de janeiro de 2012.

Os objetivos que o legislador assinala a mais esta reforma da legislação trabalhista são, dir-se-ia, os do costume, isto é, são aqueles que têm norteado as sucessivas alterações legislativas introduzidas nesta matéria, em Portugal, 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. Em ordem a atingir tais objectivos, pode dizer-se que toda a reforma

legislativa em apreço obedece a duas ideias-chave, isto é, assenta em dois grandes eixos, a saber: o eixo da **redução/compressão dos custos empresariais** e o eixo da **ampliação das faculdades/poderes patronais de gestão da mão de obra**.

Em traços gerais, dir-se-ia que o “novo” e “reformado” Direito do Trabalho parece, cada vez mais, converter-se numa mercadoria depreciada. No quadro da grave crise orçamental que atravessamos e na verdadeira “economia de casino” em que vivemos, o legislador parece actuar, em relação ao Direito do Trabalho, utilizando uma estratégia simples: 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. Trata-se de um fenómeno bem conhecido, inerente ao processo de globalização capitalista que marca o nosso tempo e que, em países como Portugal, está a ser acirrado pela crise: concorrência entre trabalhadores à escala universal, ênfase na competitividade das empresas, deslocalizações transnacionais, *dumping* social... tudo isto e muito mais tem contribuído para gerar o chamado “mercado dos produtos legislativos”, colocando os ordenamentos jurídico-laborais nacionais em concorrência feroz, sob a égide dos mercados financeiros - corrida à desregulamentação social, *race to the bottom* (não já, note-se, dos trabalhadores, mas sim das legislações laborais) em ordem a garantir a sobrevivência, a qual tende, logicamente, a redundar na proliferação dos “paraísos sociais”... Neste sentido, como alguém observou, a globalização capitalista representou tanto o triunfo das **leis do mercado** como a consagração do **mercado das leis**. E, algo ironicamente, a crise dos mercados financeiros só parece ter vindo acentuar esta tendência para o “darwinismo normativo” em matéria laboral⁷.

No plano das relações individuais de trabalho e quanto ao regime da extinção do contrato, a reforma legal em apreço estrutura-se, sem dúvida, em torno de dois vectores fundamentais: *i*) o relativo ao valor das compensações devidas ao trabalhador por ocasião da cessação (lícita) do contrato de trabalho; *ii*) a questão da (re)definição das causas de despedimento patronal. Por isso mesmo, iremos centrar a nossa atenção nestes aspectos nucleares do diploma. Mas convém sublinhar que a reforma em apreço não se cinge a estas matérias, antes percorre diversos institutos jurídico-laborais, sempre, repete-se, numa óptica de contenção de custos empresariais e de reforço dos poderes patronais. Passemos em revista, ainda que de forma quase telegráfica, alguns exemplos, aqueles que, a nosso ver, surgem como mais marcantes:

i) **Banco de horas** - O banco de horas consiste num mecanismo flexibilizador da organização do tempo de trabalho, conferindo ao

⁷Amplamente, sobre esta “course au moins-disant social”, Alain Supiot (2010, *passim*). Entre nós, por último, António Casimiro Ferreira (2012, p. 109-115).

empregador o poder de alargar o período normal de trabalho diário e semanal até certo limite (por exemplo, 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 nova lei, através do aumento do período de férias do trabalhador.

O instituto do banco de horas, que apresenta alguma similitude com a chamada “adaptabilidade do tempo de trabalho” e que, numa óptica patronal, se perfila como uma interessante alternativa ao trabalho suplementar, foi introduzido na legislação laboral portuguesa pelo Código do Trabalho (CT) de 2009, não sendo, portanto, uma novidade da Lei n. 23/2012. Contudo, na sua redacção originária o CT apenas permitia que este mecanismo fosse gerado e moldado mediante instrumento de regulamentação colectiva de trabalho (IRCT). Só a autonomia colectiva poderia, pois, dar vida a este instituto; o IRCT era, decerto, condição suficiente, mas era também condição *sine qua non* para que o empregador pudesse implantar o esquema do banco de horas. Ora, a Lei n. 23/2012 veio alterar substancialmente esta situação, visto que agora, a par do chamado “banco de horas por regulamentação colectiva”, são previstas duas outras modalidades: o “banco de horas individual” e o “banco de horas grupal”. Naquele caso, o regime do banco de horas pode ser instituído por acordo entre o empregador e o trabalhador, sendo certo que a lei facilita sobremaneira tal acordo, pois presume a aquiescência do trabalhador à proposta patronal contanto que a ela não se oponha, por escrito, nos 14 dias seguintes ao conhecimento da mesma. Neste último caso, de “banco de horas grupal”, a lei vai ainda mais longe, dispensando o próprio acordo do trabalhador caso se verifiquem determinados requisitos, na linha do disposto em matéria de “adaptabilidade grupal”.

Ou seja, em nome da necessidade de moldar o regime do tempo de trabalho de acordo com os ditames da economia globalizada, possibilitando às empresas uma melhor utilização dos chamados “recursos humanos”, a lei enfraquece a autonomia colectiva em matéria de banco de horas⁸, permitindo que este esquema de organização temporal da prestação, o qual suscita delicados problemas em matéria de respeito pelo período de descanso e de conciliação entre o trabalho e a vida pessoal e familiar, seja criado por mero acordo interindividual

⁸Outros preferirão dizer: a lei destrói o monopólio da contratação colectiva nesta matéria... Dito assim soa melhor, sem dúvida, mas a verdade é que colocar a contratação colectiva quase a par do acordo individual e até da desnecessidade de acordo, no seio de uma relação estruturalmente assimétrica como é a relação de trabalho, corresponde, em rectas contas, a debilitar a eficácia da contratação colectiva nesta sede. Em sentido próximo, João Reis (2012, p. 155).

ou, até, em certas hipóteses, prescindindo do acordo do trabalhador em causa. Competitividade empresarial *oblige*...

ii) Trabalho suplementar - Em matéria de trabalho suplementar, as alterações são de vária ordem, mas são, outrossim, de sentido único. Por um lado, elimina-se 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 (apenas se salva, neste domínio, o trabalho suplementar prestado em dia de descanso semanal obrigatório). Por outro lado, em sede de **acréscimo retributivo** devido ao trabalhador pela prestação de trabalho suplementar, tudo é reduzido à metade: os anteriores acréscimos de 50%, 75% ou 100% volvem-se em acréscimos de 25%, 37,5% ou 50%, de acordo com a nova redacção da lei. E os direitos do trabalhador são também reduzidos à metade em caso de prestação de trabalho normal em dia feriado em empresa não obrigada a suspender o funcionamento nesse dia: em tal hipótese, antes o trabalhador tinha direito a descanso compensatório de igual duração ou a acréscimo de 100% da retribuição correspondente; agora tem direito a descanso compensatório com duração de metade do número de horas prestadas ou a acréscimo de 50% da retribuição correspondente... Palavras para quê?

iii) Feriados - No que diz respeito aos feriados obrigatórios, a comparação entre a velha e a nova redacção do CT revela que foram suprimidos quatro feriados: Corpo de Deus, 5 de outubro, 1º de novembro e 1º de dezembro. Esta eliminação produziu afeitos a partir de 1º de janeiro de 2013, não deixando de impressionar, a nosso ver, a eliminação de feriados tão carregados de simbolismo como o do dia 5 de outubro (dia da implantação da República) ou o do dia 1º de dezembro (dia da restauração da Independência).

Acresce que, caso os feriados (ainda) subsistentes 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 ou sendo esse dia compensado posteriormente pelo trabalhador, através de trabalho extra que, todavia, não será considerado trabalho suplementar. Tudo com base na decisão unilateral do empregador e em prol da sacrossanta competitividade empresarial...⁹

⁹Registe-se ainda que, na hipótese de a empresa não encerrar e de o trabalhador faltar injustificadamente nesse dia intercalar (dando azo à suspeita de ter feito a chamada “ponte”), tal falta injustificada, a mais de ser considerada uma infracção disciplinar grave, implicará a perda de retribuição relativamente aos dias de descanso ou feriados imediatamente anteriores ou posteriores ao dia de falta. Conquanto se louvem no

iv) Férias - Em matéria de férias, a principal alteração introduzida prende-se com o respectivo período de duração. É sabido que o CT de 2009, aliás na linha do estabelecido pelo CT de 2003, previa um regime legal diferenciado em função da maior ou menor assiduidade do trabalhador no ano a que as férias se reportavam. Assim, o período anual de férias teria a duração mínima de 22 dias úteis, mas aquele período seria aumentado num máximo de 3 dias úteis em caso de inexistência de faltas ou na hipótese de o trabalhador ter dado um número diminuto de faltas justificadas no ano precedente. À luz da redacção inicial do CT, as férias teriam, por conseguinte, uma duração anual de 22, 23, 24 ou 25 dias úteis, consoante o grau de assiduidade do trabalhador no ano a que as mesmas respeitavam.

Ora, neste ponto o legislador cortou cerce, eliminando o acréscimo legal de até 3 dias e passando a prever, *ne varietur*, que o período anual de férias tem a duração mínima de 22 dias úteis. Pela nossa parte, nunca simpatizámos com a solução anterior, que aliás suscitava numerosos problemas interpretativos e aplicativos¹⁰, mas não deixa de ser sintomático que o legislador, chamado a rever a norma, tenha resolvido colocar a fasquia e tenha fixado a extensão legal do direito a férias no menor dos períodos antes previstos - justamente, nos 22 dias úteis.

4 AS ALTERAÇÕES EM MATÉRIA DE DESPEDITAMENTO

Os quatro pontos acima referidos bastam, pensamos, para esclarecer o leitor sobre o sentido geral das alterações introduzidas pela Lei n. 23/2012 no CT de 2009. Maior facilidade de recurso patronal ao esquema do banco de horas, condições menos onerosas para o recurso ao trabalho suplementar¹¹, menos feriados, menos dias de férias...

É certo que a revisão do CT abrangeu ainda outros importantes institutos jurídico-laborais. Mas não há dúvida de que o núcleo duro da reforma passou pela matéria da cessação do contrato de trabalho,

propósito de combater o absentismo, ambas as soluções legais são, a nosso ver, de bondade duvidosa: considerar qualquer falta injustificada dada nesse dia intercalar como uma infração grave, sem curar dos motivos da concreta falta em causa, atenta contra o princípio da justiça individualizante que informa todo o direito disciplinar laboral; por outro lado, fazer abranger na perda de retribuição períodos de ausência que correspondem, legalmente, a períodos de interrupção do trabalho (dias de descanso semanal, feriados), não deixa, cremos, de constituir uma solução violenta.

¹⁰A este propósito, seja-nos permitida a remissão para o que escrevemos no nosso **Contrato de Trabalho** (AMADO, 2011, p. 283-287).

¹¹Note-se que, conferindo este trabalho suplementar menos direitos ao trabalhador que o preste (a nível de descanso compensatório e de majoração retributiva), o mesmo implicará menos custos para o empregador, que assim será mais tentado a utilizar tal instituto. O que, todavia, parece contraproducente numa óptica de política de emprego: em lugar de criar mais postos de trabalho e de contratar novos trabalhadores, assim reduzindo o desemprego, estas soluções legais estimulam o empregador a sobreutilizar os trabalhadores já contratados...

em particular pelo **regime jurídico do despedimento**. O despedimento consiste, decerto, numa das formas de cessação do contrato, numa ruptura do vínculo jurídico-laboral por iniciativa unilateral da entidade empregadora. O despedimento é isso, mas é muito mais do que isso. O despedimento, como bem assinalam Baylos Grau e Pérez Rey, é também um acto de violência do poder privado¹². Justamente porque o despedimento se traduz - também se traduz - num acto de violência do poder patronal/empresarial, saber em que condições tal acto poderá ser legitimamente praticado pela entidade empregadora e determinar as consequências patrimoniais do respectivo exercício na esfera do trabalhador atingido constituem dois aspectos de suma relevância para o ordenamento trabalhista. Como sublinham os autores acima citados, a violência do despedimento constitui um facto que não deixou de ser submetido a um processo de “civilização democrática” (BAYLOS GRAU; PÉREZ REY, 2009, p. 47) por parte do Direito do Trabalho - esse poder patronal foi racionalizado, foi condicionado, foi procedimentalizado, foi formalizado, foi limitado. Vejamos, então, quais foram as principais alterações introduzidas, nesta matéria, pela Lei n. 23/2012.

4.1 A redução do valor das compensações devidas ao trabalhador por ocasião da cessação (lícita) do contrato de trabalho

Nos termos do CT de 2009, em caso de despedimento colectivo o trabalhador tinha direito a receber uma compensação pecuniária, cujo montante correspondia a um mês de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade do trabalhador na empresa. A lei acrescentava que, em caso de fracção de ano, a compensação seria calculada proporcionalmente, bem como que essa compensação nunca poderia ser inferior a três meses de retribuição base e diuturnidades. E é sabido que esta regra definidora dos critérios de cálculo da compensação valia para os casos de despedimento colectivo, mas não apenas para esses casos. Com efeito, a norma em apreço aplicava-se igualmente a outros tipos de hipóteses, por expressa remissão legal: em caso de despedimento por extinção do posto de trabalho, em caso de despedimento por inadaptação, em caso de caducidade do contrato por encerramento total e definitivo da empresa, em caso de despedimento após a declaração de insolvência do empregador, em caso de extinção do contrato de trabalho na sequência da cessação da comissão de serviço etc.

¹²”A empresa, através da privação do trabalho a uma pessoa, procede à expulsão dessa pessoa de uma esfera social e culturalmente decisiva, vale dizer, de uma situação complexa em que, através do trabalho, esta obtém direitos de integração e de participação na sociedade, na cultura, na educação e na família. Cria uma pessoa sem qualidade social, porque a qualidade da mesma e os referentes que lhe dão segurança na sua vida social dependem do trabalho” (BAYLOS GRAU; PÉREZ REY, 2009, p. 44).

Na economia do CT de 2009, aquela norma, contida no art. 366º, assume, pois, um valor matricial, tendo em conta as múltiplas remissões que o Código faz para a mesma, as quais alargam substancialmente o seu âmbito de aplicação. Nos últimos tempos, porém, esta norma tem sido objecto de sucessivas intervenções cirúrgicas por parte do legislador, *maxime* através da Lei n. 23/2012, a qual, a traço grosso, passou a estabelecer que o trabalhador despedido teria direito a uma compensação correspondente a 20 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, e, por último, através da Lei n. 69/2013, de 30 de agosto, que emagreceu ainda mais esse direito do trabalhador despedido, fazendo-o corresponder a 12 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade (actual redacção do n. 1 do art. 366º do CT). Ainda segundo o n. 2 do mesmo artigo, a compensação prevista no número anterior será determinada do seguinte modo: *i*) o valor da retribuição base mensal e diuturnidades do trabalhador a considerar, para efeitos de cálculo da compensação, não pode ser superior a 20 vezes a retribuição mínima mensal garantida; *ii*) o montante global da compensação não pode ser superior a 12 vezes a retribuição base mensal e diuturnidades do trabalhador (ou a 240 vezes a retribuição mínima mensal garantida); *iii*) o valor diário de retribuição base e diuturnidades é o resultante da divisão por 30 da retribuição base mensal e diuturnidades; *iv*) em caso de fracção de ano, o montante da compensação é calculado proporcionalmente.

Ou seja, num período temporal inferior a dois anos o critério de cálculo da compensação devida aos trabalhadores despedidos modificou-se (leia-se: estreitou-se) drasticamente: de 30 para 20, primeiro, de 20 para 12, depois; suprime-se o tradicional limite mínimo, criam-se, em substituição, limites máximos... Esta são, julgamos, alterações muito significativas e bem sintomáticas da mudança de rumo operada: enquanto a lei anterior se preocupava com a consistência mínima do direito do trabalhador, a nova lei perspectiva este direito, sobretudo, como um custo empresarial - e procura conter esse custo, embaratecendo o despedimento. Mais uma vez, competitividade empresarial *oblige*...

4.2 A (re)definição das causas de despedimento patronal: ampliação do despedimento por “inadaptação”

“Considera-se despedimento por inadaptação a cessação do contrato de trabalho promovida pelo empregador e fundamentada em inadaptação superveniente do trabalhador ao posto de trabalho”, nos termos do art. 373º do CT. Quais são os **sintomas** dessa inadaptação? Os previstos no art. 374º: redução continuada de produtividade ou de qualidade; avarias repetidas nos meios afectos ao posto de trabalho; riscos para a segurança e saúde do trabalhador, de outros trabalhadores ou de terceiros. Quando alguma destas situações for determinada pelo modo de exercício de funções do trabalhador e torne praticamente impossível

a subsistência da relação de trabalho, verificar-se-á a inadaptação do trabalhador (n. 1 do art. 374º)¹³.

Aqui chegados, importa sublinhar que, à luz da redacção originária do CT, o despedimento por inadaptação só poderia ter lugar desde que se verificassem, cumulativamente, os seguintes **requisitos**, previstos no “velho” art. 375º, n. 1: *i*) tivessem sido introduzidas, nos seis meses anteriores, modificações no posto de trabalho; *ii*) tivesse sido ministrada formação profissional adequada às modificações do posto de trabalho; *iii*) tivesse sido facultado ao trabalhador, após a formação, um período de adaptação de, pelo menos, 30 dias; *iv*) não existisse na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador; *v*) a inadaptação não decorresse de falta de condições de segurança e saúde no trabalho imputável ao empregador.

Tal como se encontrava recortada na lei, a inadaptação do trabalhador não se reconduzia, pois, a qualquer situação de **inaptidão** superveniente do trabalhador, resultante da perda de faculdades profissionais deste¹⁴. Pelo contrário: no caso da inadaptação, o trabalhador permanecia apto (porventura tão apto como sempre) para o desempenho das suas funções habituais; ele não deixava de ser capaz de as realizar, de forma segura e competente; acontecia, apenas, que as funções inerentes ao seu posto de trabalho haviam sido modificadas, *maxime* através da introdução de novas tecnologias ou de equipamentos baseados em diferente tecnologia; e, neste novo e alterado contexto produtivo, o trabalhador não lograva adaptar-se (reduzia a produtividade, baixava a qualidade da sua prestação, provocava avarias, criava riscos para si e para os outros); ele não conseguia responder, com êxito, ao desafio colocado pelas inovações tecnológicas; ele, repete-se, não perdera faculdades, mas as exigências produtivas tinham mudado e tinham aumentado - e ele, aí, sucumbira. É sabido: quem não acompanha as mudanças fica, inapelavelmente, para trás. E as mudanças, nos dias que correm, sucedem-se a um ritmo vertiginoso. Em suma: quem não se adapta, morre!

De todo o modo, como a inadaptação, nos termos descritos, não radicava num qualquer comportamento culposo do trabalhador, sendo resultante, em última análise, de um factor que lhe era externo - as modificações introduzidas pelo empregador no posto de trabalho -, compreende-se que esta figura sempre tenha sido concebida como mais uma modalidade de despedimento baseado em causas objectivas (“despedimento tecnológico”), com traços regimentais similares aos do despedimento colectivo e por extinção de posto de trabalho.

Vale a pena, a este propósito, atentar nas palavras e no seu significado, nos conceitos e no seu conteúdo. Se consultarmos

¹³Para os trabalhadores afectos a cargos de complexidade técnica ou de direcção, a lei prevê um regime próprio em sede de inadaptação (vd., a este propósito, os arts. 374º, n. 2, e 375º, n. 3, do CT).

¹⁴Sobre a distinção, Jorge Leite (2004, p. 226).

um dicionário, verificamos que a palavra **inadaptação** significa isso mesmo: incapacidade para se modificar de acordo com uma situação ou ambiente novo, diferente. Diz-se que é **inadaptada**, por seu turno, uma pessoa que não se modificou de acordo com uma nova situação ou ambiente. Com este sentido, a **inadaptação** consiste numa modalidade de despedimento introduzida no ordenamento jurídico português nos anos 90, apresentando um radical duplamente objectivo: prescinde da culpa do trabalhador; requer (*rectius*, requeria) a introdução de modificações no posto de trabalho.

Tratava-se, repete-se, de uma modalidade de despedimento que não abrangia as situações de inaptidão profissional do trabalhador. Mais uma vez, impõe-se uma consulta ao dicionário. Que significam estas palavras? Inaptidão? Inapto? Por **inaptidão** entende-se a falta de capacidade, de predisposição para determinada forma de actividade. **Inapta**, por sua vez, é uma pessoa que não tem propensão ou capacidade para fazer alguma coisa. Estamos aqui, portanto, perante uma figura distinta da **inadaptação**, com um radical subjectivo - não no sentido de pressupor a culpa do trabalhador, mas no sentido de estar exclusivamente ligada ao trabalhador.

Ora, com a reforma em apreço, promovida pela Lei n. 23/2012, sucede que a **inadaptação** se dilata e se metamorfoseia, passando a respectiva noção a recobrir as hipóteses de **verdadeira e própria inadaptação** (na sequência da introdução de modificações no posto de trabalho, criadoras de um novo quadro de prestação da atividade laboral, ao qual o trabalhador não consegue adaptar-se), bem como os casos, qualitativamente distintos, de **autêntica inaptidão profissional** (em que não existem modificações no posto de trabalho, mas em que se regista uma alteração substancial da prestação realizada, *maxime* com redução continuada de produtividade/qualidade, com carácter definitivo).

Que dizer destas alterações? Aquilo de que se tratou, em boa verdade, foi de criar uma nova causa lícita de despedimento por decisão do empregador. Porém, o legislador, talvez para tentar contornar as previsíveis dificuldades de ordem constitucional - recorde-se que o art. 53º da Constituição da República Portuguesa proíbe os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos -, apresentou a nova figura como se ela fosse uma simples variante do despedimento por **inadaptação**. Operação semântica esta que, desde logo, força o sentido próprio da palavra **inadaptação**. Com efeito, pergunta-se: neste caso, a que é que o trabalhador terá, afinal, de se adaptar, se nada de novo surge no seu horizonte laboral? Repare-se que, neste contexto, é logicamente impossível qualquer **inadaptação** do trabalhador, pois nada há de novo, na empresa e no trabalho por si prestado, a que ele tenha de se adaptar e a que, portanto, possa vir a revelar-se **inadaptado**...

Operação semântica que, ademais, correspondeu, em rectas contas, a uma transmutação da figura, redundando, a nosso ver, numa

autêntica operação de “prostituição conceitual”. Aquilo de que se tratou, repete-se, foi de transitar de um verdadeiro e próprio despedimento por inadaptação, baseado em causas objetivas e radicado na prévia introdução de modificações no posto de trabalho (*maxime* resultantes de modificações tecnológicas ao nível dos equipamentos utilizados) para um despedimento por inaptidão profissional (incompetência, desempenho insuficiente ou insatisfatório, baixa produtividade ou deficiente qualidade da prestação, fraca *performance...*), baseado em causas subjetivas e desligado da referida introdução de modificações no posto de trabalho¹⁵.

5 SINAIS CONTRADITÓRIOS? Os direitos de personalidade do trabalhador

Nas certas palavras de Luigi Mengoni, o modelo antropológico do Direito do Trabalho “pressupõe o homem que trabalha, e não simplesmente um proprietário de força de trabalho que a oferece no mercado” (1982, p. 1121). Com efeito, o trabalhador não é, apenas, um ser laborioso e produtivo, alguém que se dedica a cumprir escrupulosamente as múltiplas obrigações emergentes do contrato de trabalho, vendendo as suas energias laborais com o fito de obter um determinado rendimento patrimonial; antes e mais do que trabalhador, ele é uma pessoa e um cidadão, ainda que, ao celebrar e executar o contrato de trabalho, ele fique colocado sob a autoridade e direcção de outrem, inserindo-se no respectivo âmbito de organização.

Ora, assim sendo, pergunta-se: até onde vão os poderes empresariais neste domínio? A relação trabalhista é, como se disse, uma relação de poder. Quando labora, o trabalhador subordinado conserva intactos e incólumes os seus atributos de personalidade e os seus direitos de cidadania? Ou, pelo contrário, no espaço-tempo laboral o trabalhador é como que uma pessoa/cidadão em suspenso, visto ter de se incorporar numa estrutura produtiva alheia e numa organização hierárquica dominada, controlada e gerida por outrem?

Alguns exemplos: pode o empregador utilizar meios de vigilância a distância no local de trabalho (p. ex., câmaras de vídeo, microfones, quiçá um GPS...), com a finalidade de fiscalizar e controlar o desempenho profissional do trabalhador? Goza o trabalhador do direito de reserva e confidencialidade relativamente ao conteúdo das mensagens que envie ou receba através do correio eletrónico da empresa (utilizando, portanto, meios de comunicação da empresa)? Pode o empregador

¹⁵Em sentido próximo, acusando o legislador “de criar, de modo mais ou menos camuflado por detrás da ‘cortina das palavras’, uma nova causa de cessação a qual de inadaptação só tem o nome e que é o despedimento, sem necessidade de culpa do trabalhador, por redução de produtividade”, Júlio Gomes (2012, p. 591).

monitorizar a navegação na internet feita pelo trabalhador, durante o período de trabalho e/ou nos intervalos de descanso? Pode o empregador controlar a atividade do trabalhador através do celular que este utiliza como instrumento de trabalho? E pode o empregador, p. ex., aceder ao conteúdo das mensagens que este envie ou receba, via celular, durante o período de trabalho? Quais serão as possíveis repercussões laborais do fenómeno das chamadas “redes sociais”? Pode o empregador elaborar e implementar os chamados *dress codes*, fixando regras mais ou menos vinculativas sobre a aparência externa do trabalhador (a forma como se veste ou os adereços que pode ou não ostentar, p. ex.)¹⁶ que afectem a liberdade de escolha da apresentação e vestuário do trabalhador, cerceando o seu “direito à imagem”? Pode o empregador sujeitar o trabalhador a testes ou exames médicos de qualquer natureza (p. ex., para despistagem do vírus da AIDS) ou a trabalhadora a testes de gravidez? Pode o empregador proceder a revistas sobre a pessoa ou sobre os bens do trabalhador (verificando, no fim da jornada de trabalho, aquilo que o trabalhador transporta na sua carteira, ou acedendo ao respectivo cacifo)? Até onde vai a liberdade de expressão do trabalhador? Pode este divulgar o seu pensamento e opinião na empresa? Pode este prestar trabalho tendo na lapela o emblema do partido político de que é militante, ou um qualquer símbolo da sua crença religiosa¹⁷, ou um cachecol do clube de futebol de que é adepto? Pode o empregador divulgar dados de que tenha conhecimento sobre aspectos da vida privada do trabalhador (p. ex., referentes à orientação sexual deste último)? Pode o empregador exigir ao trabalhador que lhe preste informações relativas à sua vida privada (hábitos de consumo, *hobbies* etc.) ou à sua saúde (património genético, eventual toxicod dependência, condição de fumador ou não)?

Estas e muitas outras questões análogas revelam-nos a extrema delicadeza do tema em apreço. Estamos, afinal, no coração do conflito entre as exigências gestionárias, organizativas e disciplinares do empregador, por um lado, e os direitos do trabalhador, por outro. Note-se: não propriamente os seus direitos enquanto trabalhador (direito à greve, liberdade sindical, direito a descanso semanal e a férias, direito ao salário,

¹⁶O trabalhador poderá vestir a roupa que quiser, fato completo ou uma roupa mais desportiva, usar ou não gravata, ter brincos ou *piercings*, deixar crescer a barba ou rapar o cabelo? As trabalhadoras poderão vestir saias (curtas) ou calças, usar ou não joias, como colares, brincos ou pulseiras, usar ou não maquilhagem? Trata-se, nestes casos, de um espaço de liberdade pessoal do trabalhador, ou, pelo contrário, na empresa o empregador poderá impor regras proibitivas ou impositivas nesta matéria?

¹⁷Suponhamos que o trabalhador professa uma religião que impõe o descanso ao sábado, sendo certo que a empresa em que labora encerra ao domingo. Suponhamos que o trabalhador professa uma religião que o impele a orar frequentemente, durante o horário de trabalho, o que causa irritação ao empregador e aos seus companheiros de trabalho (que professam outra religião ou que, incrédulos, não depositam qualquer fé no divino). Suponhamos que a trabalhadora faz questão de ir trabalhar usando o véu islâmico, o que, alega o empregador, tem efeitos negativos na clientela... Nestes casos, *quid juris*?

segurança no emprego etc.), mas os seus “direitos inespecíficos”, isto é, os seus direitos não especificamente laborais, os seus direitos enquanto pessoa e enquanto cidadão (“direitos de 2ª geração”, *hoc sensu*), os seus direitos de personalidade - direitos que incidem sobre os vários modos de ser físicos ou morais da personalidade de cada pessoa, direitos da pessoa enquanto pessoa, direitos da pessoa sobre si mesma (*jura in se ipsum*), direitos gerais e necessários, de que todos gozam, pois representam o conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa.

O que temos aqui, quase sempre, é um problema de conflito de direitos (dir-se-ia: o conflito entre a liberdade **de** empresa e a liberdade **na** empresa), a reclamar uma cuidada e laboriosa tarefa de concordância prática entre eles, de acordo com o princípio da proporcionalidade, na sua tríplice dimensão (conformidade ou adequação, exigibilidade ou necessidade, proporcionalidade *stricto sensu*). Nesta matéria, assistimos, em suma, a uma **dialéctica aplicação/modulação**, vale dizer: *i*) a tutela da situação pessoal do trabalhador e a salvaguarda da chamada “cidadania na empresa” pressupõem a aplicação/eficácia dos direitos fundamentais da pessoa humana no âmbito da relação de trabalho; *ii*) os legítimos interesses do empregador e a posição de inequívoca supremacia que este detém na relação de trabalho implicam, necessariamente, uma certa compressão/modulação daqueles direitos do trabalhador. Em todo o caso, e nas certas palavras de Júlio Gomes, o ponto de partida, hoje, é o de que:

[...] não existe, por um lado, o trabalhador e, por outro, o cidadão, mas antes a pessoa que é simultaneamente cidadão e trabalhador subordinado; como, por vezes, se diz, a cidadania não fica à porta da empresa. (2007, p. 265-266)

Do que vem de ser dito resulta um panorama curioso e, ao menos na aparência, um tanto contraditório: a crescente desvalorização dos direitos laborais do trabalhador assalariado, a que nos referimos na primeira parte deste texto, convive com a emergente valorização dos direitos inespecíficos dos trabalhadores, dos seus direitos enquanto pessoa e cidadão. Em Portugal, por exemplo, as leis laborais dedicam agora expressamente um conjunto de normas à tutela dos “direitos de personalidade” do trabalhador (arts. 14º a 22º do CT), coisa que antes não sucedia. Uma evolução contraditória? Só na aparência, como lucidamente adverte Márcio Túlio Viana. Escreve o autor:

No que diz respeito ao seu conteúdo **civilista**, o Direito do Trabalho se expande; não se flexibiliza, não recua, não transige. Ao contrário, parece cada vez mais forte e coerente. Mas é preciso notar que só por vias travessas

ele cumpre, aqui, o seu próprio ideal de repartição de riquezas, pois o foco de luz que o atrai não é o mesmo que ilumina as normas típicas de proteção.

Movimento inverso acontece, no entanto, quando se trata de outros tipos de normas - estas, sim, **trabalhistas** em sentido próprio, destinadas a reduzir a mais valia, distribuindo melhor as riquezas. Aqui, embora ainda possa ensaiar um ou outro passo à frente, o Direito do Trabalho recua ou no mínimo estremece, abalado pelas pressões que acompanham cada novo surto de crise.

E Márcio Túlio Viana conclui, em moldes que não podemos deixar de subscrever:

Talvez se possa dizer (é algo ainda a se estudar) que a ênfase que o próprio Direito do Trabalho tem dado às questões **civis**, que não importam distribuição de renda - exceto marginalmente - abre-lhe uma espécie de crédito para ignorar os temas realmente **trabalhistas** - o que não significa, é claro, que se deva tratá-los com menos interesse. Esse crédito tranquiliza as consciências e descansa o sindicato, o legislador, o doutrinador e o juiz. (2013a, p. 79-80)

6 EM TRÂNSITO PARA UM DIREITO DO TRABALHO MARKET FRIENDLY?

As alterações introduzidas no CT português representam, sem dúvida, mais um sinal dos tempos, de tempos em que o Direito do Trabalho parece encontrar-se “em saldo” - em ordem, diz-se, a reforçar a competitividade das empresas e a estimular a criação de emprego. O Direito do Trabalho vai, assim, revendo em baixa as suas ambições, vergado ao peso das crises, da globalização e da ideologia neoliberal hoje reinante, a qual, nas palavras de Alain Supiot,

[...] conduz a ver em todos os homens, no pior dos casos, um custo que é preciso reduzir e, no melhor, um ‘capital humano’ que é preciso gerir, isto é, um recurso, cuja exploração obedece a leis universais que se impõem a todos. (2006, p. 99)

Goste-se ou não, a verdade é que o “capitalismo de casino” que hoje domina o mundo não é dado a compromissos como aquele que

fez nascer e deu vigor ao Direito do Trabalho. E as recentes reformas legislativas confirmam que este ramo do Direito está cada vez menos centrado no **trabalho** e na **pessoa** de quem o presta e cada vez mais na **empresa** e nos **custos** que esta tem de suportar. Nas certas palavras de Márcio Túlio Viana (2013b, p. 100), hoje é comum dizer: “Se os direitos pesam muito, a empresa se fecha; se ela se fecha, o empregado perde o emprego; logo, o melhor modo de proteger o empregado é tirar direitos”. E assim se vira de cabeça para baixo a própria ideia de proteção...

Pede-se, pois, a este ramo do ordenamento jurídico que abdique do seu código genético e que seja, cada vez mais, um direito *market friendly*¹⁸. Por este andar, um dia destes revogamos o **Código do Trabalho** e substituímos esse “arcaísmo ideológico” por um genuíno e puro **Código do Mercado Laboral**, um corpo normativo que regule, em moldes de suma eficiência, o processo de aquisição, utilização e disposição da mercadoria força de trabalho... esquecendo, porém, que esta é uma mercadoria “fictícia”, por indissociável da pessoa do seu detentor¹⁹.

Em jeito conclusivo, cremos ser algo falaciosa a tese segundo a qual a flexibilização do direito laboral equivale, *sic et simpliciter*, a ganhos de eficiência do aparelho produtivo e, logo, a uma maior competitividade das empresas. A verdade é que, até hoje, a ciência económica nunca conseguiu demonstrar a existência de uma relação causal entre o nível de proteção do emprego e as taxas de desemprego²⁰. Porém, ainda que assim fosse, isto é, ainda que uma tal correlação viesse a ser estabelecida sem margem para dúvidas, sempre conviria não perder de vista que uma regra jurídica (em especial, uma regra jurídico-laboral) nunca poderá encontrar um arrimo válido e bastante em meras considerações de **eficiência**, sob pena de cairmos numa visão puramente mercantil do Direito e das suas funções. Na verdade, existem outros valores, de índole não económica (desde logo, a dignidade do trabalho e da pessoa que o presta), que ao Direito do Trabalho cabe preservar e promover - ontem como hoje. Ora, a preocupação com o trabalho digno e com a salvaguarda dos direitos humanos no trabalho não pode ser sobrelevada por uma pura lógica de produtividade laboral e de competitividade empresarial.

¹⁸No dizer de Avelãs Nunes: “O Direito do Trabalho, muitas vezes apresentado como Direito dos Trabalhadores (porque inspirado no princípio do *favor laboratoris*, na proteção da parte mais fraca na relação contratual entre capitalistas e trabalhadores) ou até como ‘direito contra a exploração’, assume cada vez mais a sua verdadeira face de Direito dos Empresários” (2013, p. 23-24).

¹⁹Sobre o tema, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva e Carlos Henrique Horn (2010, p. 81-112).

²⁰A este respeito não podemos deixar de compartilhar o ceticismo de Umberto Romagnoli, expresso na seguinte *boutade*: “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” (2005, p. 531).

A chamada “mão de obra” será, decerto, um factor produtivo, a conjugar com os demais no todo que é a empresa. Mas, antes e acima disso, a mão de obra são pessoas. Como alguém certa vez escreveu, o trabalho não existe, o que existe são pessoas que trabalham. Pela nossa parte, cremos que o Direito do Trabalho terá de ser flexível, mas flexível naquele sentido ideal, de “resistência tênsil”, apontado por Richard Sennett: “Ser adaptável à mudança de circunstâncias mas sem ser quebrado por ela” (2001, p. 73). A missão fundamental do Direito do Trabalho dos nossos tempos consiste, cremos, em preservar e renovar o espírito de Filadélfia, reiterando que o trabalho não é, não deve ser, não pode ser, degradado ao estatuto de mera mercadoria e que o mundo, no Séc. XXI, terá de ser um mundo de “trabalho digno para todos”. E, nesta matéria, estamos convictos de que remeter o princípio da proteção para a arca das velharias inúteis equivale, em retas contas, a dar um autêntico xeque-mate ao Direito do Trabalho. Como bem assinala Francisco Giordani (2013, p. 46-62), o princípio protetor conserva atualidade, ele não faz parte de um momento já vencido do Direito do Trabalho.

O problema é que o Direito do Trabalho é, realmente, um filho do sistema capitalista - um filho rebelde, mas não desnaturado. Parece que, com a idade, a rebeldia está a desaparecer e o Direito do Trabalho vai-se conformando. Com o tempo, o Direito do Trabalho deixa de se revoltar contra a figura paterna, pelo contrário, conforma-se, resigna-se, aceita os traços de personalidade do pai, os seus vícios, os seus erros, as suas insuficiências... A rebeldia que, amiúde, acompanha a adolescência desaparece juntamente com esta. O Direito do Trabalho adapta-se, acomoda-se, resigna-se, torna-se pragmático, perde chama e brilho. Os sonhos - igualdade, fraternidade, solidariedade, justiça social - desvanecem e dão lugar à crua e fria realidade, as cores vivas cedem o passo aos tons cinzentos e monótonos. O Direito do Trabalho está, realmente, em crise. Ele não está, cremos, em risco de falecer. Mas o Direito do Trabalho está a envelhecer - e, parece, como sucede com tantas pessoas, está a envelhecer mal, está a azedar.

7 REFERÊNCIAS

AMADO, João Leal. **Contrato de trabalho**. 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BAYLOS GRAU, Antonio; PÉREZ REY, Joaquín. **El despido o la violencia del poder privado**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

DEL PUNTA, Riccardo. L'economia e le ragioni del diritto del lavoro. **Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali**, n. 89, 2001.

FERREIRA, António Casimiro. **Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção**. Porto: Vida Económica, 2012, p. 109-115.

GOMES, Júlio. Algumas reflexões sobre as alterações introduzidas no Código do Trabalho pela Lei n. 23/2012, de 25 de junho. **Revista da Ordem dos Advogados**, ano 72, abr./set. 2012.

GOMES, Júlio. **Direito do Trabalho**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

GIORDANI, Francisco Alberto da Motta Peixoto. O princípio protetor no Direito do Trabalho: ainda necessário, nos dias que correm, como foi outrora? **Estudos de Direito Material e Processual do Trabalho**, São Paulo: LTr, 2013, p. 46-62.

LEITE, Jorge. A reforma laboral em Portugal. **Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, n. 34, 2013.

LEITE, Jorge. **Direito do Trabalho**. v. II. Coimbra: Serviços Sociais da Universidade de Coimbra, 2004.

MAGANO, Octavio Bueno. **Primeiras lições de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MENGONI, Luigi. La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, [S.l.: s.n.], 1982.

NUNES, António José Avelãs. O Euro: das promessas do paraíso às ameaças de austeridade perpétua. **Boletim de Ciências Económicas, FDUC**, v. LVI, 2013. [separata]

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Tratado de Direito Material do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

REIS, João. *Troika* e alterações no direito laboral colectivo. **O memorando da troika e as empresas**. Coimbra: Almedina, 2012. (Série Colóquios do IDET, n. 5)

ROMAGNOLI, Umberto. Divagazioni sul rapporto tra economia e diritto del lavoro. **Lavoro e Diritto**, Bologna, Il Mulino, n. 3, 2005.

SENNETT, Richard. **A corrosão do carácter**. Lisboa: Terramar, 2001.

SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da; HORN, Carlos Henrique. O princípio da proteção: fundamento da regulação não-mercantil das relações de trabalho. **Revista OAB/RJ**, v. 26, n. 2, 2010, pp. 81-112.

SMITH, Adam. **Inquérito sobre a natureza e as causas da Riqueza das Nações**. 7 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, [20--?].

STANDING, Guy. **O Precariado: a nova classe perigosa**. Lisboa: Editorial Presença, 2011.

SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 2006.

SUPIOT, Alain. **L'esprit de Philadelphie**: la justice sociale face au marché total. Paris: Éditions du Seuil, 2010.

SUPIOT, Alain. O direito do trabalho ao desbarato no "mercado das normas". **Questões Laborais**, n. 26, Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Curso de Direito do Trabalho**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIANA, Márcio Túlio. Direito Civil e Direito do Trabalho: caminhos que se cruzam. REIS, Daniela Muradas; MELLO, Roberta Dantas de; COURA, Solange Barbosa de Castro (Coord.). **Trabalho e Justiça Social**: um tributo a Maurício Godinho Delgado, São Paulo: LTr, 2013a.

VIANA, Márcio Túlio. **70 anos de CLT**: uma história de trabalhadores. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2013b.