

CRÍTICA À “NOVA” DOGMÁTICA LABORAL

António Garcia Pereira
Instituto Superior de Economia e Gestão
Doutor em Direito

Particularmente interessante se revela a análise da evolução mais recente, sobretudo nos últimos 10/15 anos, do Direito do Trabalho, quer enquanto Ramo do Direito, quer enquanto disciplina académica e científica que o estuda.

Com efeito, poderá considerar-se já praticamente e em definitivo ultrapassada, sobretudo nos países latinos, a problemática da pretensa desnecessidade histórica do Direito do Trabalho e da possível inexistência da respectiva autonomia dogmática, como alguns civilistas chegaram a proclamar e a defender, em particular no século passado¹.

É que hoje as concepções ideológicas de base que presidiam a tais teses e os respectivos cultores o que conseguiram foi – sempre em nome da “liberdade negocial” e da “igualdade” das partes e da necessidade de aligeirar aquilo que designam de “regulação excessiva” – não apenas impôr reformas legislativas conducentes a essa tão pretendida desregulação (permanentemente

¹ Sustentando, por exemplo, que na fase actual (anos 80 e 90 do século XX) já não se justificava a protecção do trabalhador e que as relações laborais podiam e deviam ser adequadamente reguladas pelo Direito Civil, sendo a autonomia do Direito do Trabalho meramente “sistemática” – nesse sentido, A. Menezes Cordeiro, *Da Situação Jurídico-Laboral, Perspetivas Dogmáticas do Direito do Trabalho*, separata ROA, Lisboa, 1982, p.64; e também P. Romano Martinez, *Direito do Trabalho – Relatório*, Lisboa, 1998, p. 66 e *A razão de ser do Direito do Trabalho*, in A. Moreira (coord.), *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, Coimbra, p.30.

favorecedora, como é evidente, da parte estruturalmente mais forte) como também, para não dizer sobretudo, construir uma “nova” dogmática do Direito do Trabalho.

Assim, atente-se nas receitas preconizadas e nas alterações legislativas delas decorrentes: elas visam garantir a manutenção e até o incremento das elevadas taxas de lucro do grande capital financeiro, em particular nos países do chamado “centro”, ou seja, de economia capitalista mais avançada, já que o essencial da actividade realmente produtiva foi entretanto transmutada para os países ditos “emergentes”, nos quais, por seu turno, se assiste hoje a um processo de acumulação primitiva similar àquele por que passaram a Inglaterra, a França ou a Alemanha no final do século XIX².

Se formos analisar tais “receitas” (e o Direito do Trabalho “da crise”, ou “na crise”, ou de “emergência” em que elas se consubstanciam) verificamos que, velhas embora de mais de bem mais de 30 anos³, elas assentam afinal e sempre na mesma lógica e se concretizam, no essencial, no mesmo tipo de “soluções” ou de regimes de natureza jurídica, nas revestidas de um verniz de cientificidade económico-financeira, nunca verdadeiramente discutida e menos ainda demonstrada⁴, que visa precisamente conferir uma aparência “técnico-científica”

² Na verdade, na época do grande imperialismo financeiro, enquanto nos países capitalistas mais avançados se produz cada vez menos e se concentra o grande capital financeiro (que não produz valor), essa actividade produtiva foi exportada para países onde os salários e os direitos e regalias sociais são mais baixos ou até praticamente inexistentes, e onde se reproduz o modelo social e produtivo dos tempos da Revolução Industrial (expropriação dos pequenos camponeses e artesãos, sua vinda em massa para os centros urbanos para a venda da sua força de trabalho em condições inimagináveis de miséria, de exploração e de opressão, da China e Indonésia ao México e ao Brasil

³ Basta pensar nas “receitas” do chamado “Diritto del Lavoro de la crisis” dos anos 70 e 80 em Itália

⁴ E daí a extraordinária actualidade das propostas metodológicas (mesmo que delas se possa discordar) de G.Giugni, “Il Diritto del Lavoro negli anni 80”, GDLRI nº 15, 1982, pp 295ss, para se poder analisar criticamente o Direito do Trabalho em cada época existente: máxima liberdade de crítica, possibilidade de experimentação e verificação constantes, tendo sempre por base uma atitude de permanente “dúvida metódica” que

àquilo que não passa de questões, opções e decisões de natureza política e social.

Assim, sempre invocando valores como o da “autonomia da vontade das partes” e da “liberdade negocial” – isto numa relação contratual que é assimétrica e desequilibrada por natureza – e apontando objectivos tão aparentemente atractivos como o do aumento de produtividade, do fomento da capacidade de responder a novos desafios e de promover o empreendedorismo e a inovação, as reformas legislativas deste “novo” Direito do Trabalho (entre nós, desde o Decreto Lei 64-A/89 e os diversos diplomas de 1991 até ao Código do Trabalho de 2003 e finalmente às “reformas” do tempo da Tróica, com as Leis nº 23/2012 e nº 69/2013, de 30/8 à cabeça) têm sempre passado por um ataque e um conjunto de restrições à autonomia e contratação colectivas, às formas de luta colectiva e ao princípio do *favor laboratoris* em termos de articulação das Fontes de Direito e, uma vez alcançado o desiderato da máxima individualização das relações de trabalho, em cinco tipo de medidas essenciais:

1º Alargamento dos poderes do empregador através da admissibilidade de cláusulas contratuais por ele fixadas à partida, inclusive com condições inferiores às da lei⁵.

2º Facilitação e embaratecimento quer dos despedimentos, designadamente por causas ditas “objectivas” (como os despedimentos colectivos ou por extinção do posto de trabalho), quer da contratação precária (como os contratos a termo,

permita reverificar constantemente a justeza ou injusteza das soluções preconizadas e/ou legalmente consagradas.

⁵ Facilitada e incrementada pela prévia destruição (operada pelo artº 4º do Código do Trabalho de 2003 e só parcialmente atenuada pelo artº 3º do Código de 2009) do princípio do *favor laboratoris*, que impunha que a contratação, colectiva ou individual, nunca poderia conter tratamento menos favorável para o trabalhador do que o estabelecido por lei.

certo ou incerto, os de muita curta duração, os de trabalho temporário e os de comissão de serviço).

3º Diminuição dos salários e demais condições remuneratórias (do trabalho extraordinário ou nocturno, por exemplo).

4º Aumento dos tempos de trabalho (seja pela possibilitação directa desse aumento através de mecanismos como os do “banco de horas” ou da “adaptabilidade”, seja pela diminuição do número de dias de férias e de feriados)⁶.

5º Restrição ou inutilização dos direitos sociais (com a diminuição do valor e o aperto das condições de acesso a subsídios como os de desemprego, de doença ou de reinserção social, deles expulsando centenas de milhares de beneficiários) e aumento da idade de reforma.

Tudo isto “justificado”, nos moldes já anteriormente referidos, como sendo a única alternativa possível para garantir a sobrevivência financeira e promover o emprego e o desenvolvimento económico⁷.

⁶ Solução esta imposta num país como Portugal onde, segundo os dados de 2014 da própria OCDE, o número de horas anuais de trabalho por trabalhador era de 1865 (apenas ultrapassado pela Polónia, Letónia e Grécia), ou seja, mais 565 horas do que na Alemanha!

⁷ Mas, claro, sem nunca se discutir porque é que, de acordo com os mesmos dados da OCDE já anteriormente citados, a Alemanha, sendo o país da União Europeia onde menos horas se trabalha (as já referidas 1300 horas por ano/trabalhador), é o que apresenta o maior índice de produtividade (126,9, sendo 100 a média da UE), sendo que o Luxemburgo, como 1500 horas anuais tem o índice de produtividade de 184,9, enquanto Portugal tem apenas o de 68,8. Ou seja, e em suma, sem nunca se discutir que não existe nenhuma relação de causa/efeito, bem antes pelo contrário, entre número de horas e índice de produtividade.

A grande questão é que, por um lado e em termos da invocada “sobrevivência financeira”, ninguém discute⁸ a natureza de classe das medidas assim apresentadas e impostas (designadamente porque é que os impostos sobre os rendimentos do Capital, como o IRC, são os únicos que descem e a carga do esforço da receita fiscal recai, em cerca de 80% em cima dos trabalhadores por conta de outrém e dos reformados). E, por outro e não menos importante, não há um único estudo que demonstre a tão proclamada “cientificidade” e designadamente que comprove que quer em Portugal, quer em qualquer outro país europeu, por exemplo, baixar salários, bem como facilitar despedimentos e contratos precários aumente o emprego ou eleve a produtividade da economia.

E é aqui, precisamente, que os eufemismos das designações pseudo-científicas, designadamente de um certo tipo de “economês”, desempenham o seu papel de disfarçar e mistificar aquilo que verdadeiramente está em causa, apresentando medidas velhas e relhas como algo de tão “inevitável” como de “moderno” e “avançado” que só os “retrógrados”, os “inadaptados” e os “resistentes à mudança”, senão mesmo os mandriões e piegas, persistem em procurar criticar. Deste modo, não temos despedimentos na Função Pública ou no sector laboral privado mas sim “requalificações”, ou *downrisings*, ou “eliminação das gorduras”; não existem cortes de salários mas sim “reajustes”; não se verifica aumento e facilitação dos despedimentos ou da contratação precária mas antes o “combate à segmentação do mercado de trabalho” ou a “busca da convergência”; não há a eliminação de direitos sociais mas sim “busca da sustentabilidade”; tal como não temos encerramentos de hospitais, maternidades, centros de saúde,

⁸ A ditadura da Tróica não foi, nem é ainda, só económico-financeira ou política, mas igualmente social, laboral e jurídica, tratando de assegurar, também no campo do Direito, a ausência de debate sério e aprofundado e a imposição acrítica do pensamento dominante.

tribunais ou estações e linhas férreas, mas simples “reorganizações do mapa”, etc., etc., etc.⁹.

Todavia, mais importante (e porventura mais eficiente ainda) do que as próprias alterações legislativas neste processo de erosão e inutilização prática dos direitos, liberdades e garantias de quem trabalha é o papel da “nova” (mas realmente neolítica) dogmática jus-laboral que, à sombra da crise e em particular dos tempos e das medidas da chamada “austeridade”, se tem vindo a desenvolver, quer na doutrina, quer, e de forma muito sensível, ao mais alto nível da jurisprudência laboral, ou seja, na 4ª Secção do Supremo Tribunal de Justiça e no próprio Tribunal Constitucional.

Essa “nova” dogmática – que se proclama de nova mas que verdadeiramente, e sobretudo nalguns pontos, é velha de décadas, ou até de cerca de um século – assenta em verdadeiros pressupostos ideológicos (que obviamente ela procura apresentar como não o sendo), ultra-retrógrados, e em absoluto contrários aos próprios princípios fundamentais da Constituição, que aliás tem estado continuamente a tratar de rever informalmente.

Com efeito, tal base e tal justificação ideológicas passam hoje, e de forma cada vez mais clara, pelos seguintes pontos e aspectos:

a) A sustentação de que, sobretudo em tempos de crise (como se esta não fosse sempre, na feliz expressão de Palomeque Lopez, um permanente “companheiro de viagem do Direito do Trabalho”...), os fins apresentados como legítimos (como os do combate ao défice público e à dívida ou da

⁹ E por isso mesmo só a utilização intencional, para não dizer dolosa e fraudulenta, de uma linguagem tão aparentemente “técnica” e “neutral” quanto mistificatória da realidade (que, por exemplo, igualmente refere os grandes interesses financeiros por essa verdadeira abstracção antropomórfica de “mercados”) e do papel que o uso dessa mesma linguagem desempenha, também no campo do Direito, e em especial no do Direito do Trabalho, já justificaria um estudo autónomo...

promoção da competitividade) justificam praticamente todos os meios adoptados (esquecendo assim e “convenientemente” que, por exemplo, só o abaixamento do imposto sobre os rendimentos do capital – IRC em 2014 e 2015 representou um valor a menos na receita fiscal do Estado 8 vezes superior ao “ganho” resultante do corte dos complementos de reforma dos trabalhadores do Metro...)

- b)** A expulsão do mundo do Direito de quaisquer concepções ou preocupações de Justiça, ou de Equidade, ou de Ética, e a legitimação do Direito Positivo pela simples circunstância de o ser – qualquer solução legal passa assim a ser sempre, e pelo simples facto de existir, legítima¹⁰.
- c)** A afirmação de pretensos princípios legitimadores duma dada – e politicamente escolhida e decidida – “racionalidade” financeira como o da “reserva da capacidade financeira” (ou “reserva do financeiramente possível”) e o de que a necessidade é que faz o Direito (*necessitas facit legem*) como meio justificador de medidas legislativas tornadas ao arrepio dos princípios fundamentais, a começar pelos constitucionais, ao estilo do “noutras circunstâncias até tais medidas não seriam juridicamente aceitáveis mas nesta espécie de estado de sítio não declarado em que vivemos elas encontram plena justificação e não podem nem devem ser questionadas”.
- d)** A pura e dura instrumentalização do Direito aos objectivos (tornados previamente indiscutidos e indiscutíveis) da área económico-financeira e a consequente aferição da bondade das medidas legislativas, em função não da sua adequação aos acima referidos princípios fundamentais mas sim da sua alegada capacidade e eficiência para atingir tais objectivos – deste modo, a correcção e até a conformidade das leis ordinárias com a Constituição ou

¹⁰ E, logo, a não poder ser discutida, sob o já mais que conhecido “argumento de que os juristas, e em particular os intérpretes e aplicadores da lei, não são nem devem pretender ser legisladores”.

com normas de Direito Internacional¹¹¹² passam a ser examinadas não em si mesmas face ao que de tais preceitos supra-legais resulta mas sim em função de se saber se elas atingem ou não adequadamente a finalidade (v.g. a de diminuição do défice público) que invocam prosseguir.

- e) Progressiva imposição, como algo de “natural” ou “normal” das concepções mais arrepiantes e impróprias de um Estado que se diz de Direito, tais como a de que as normas declaradas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional afinal podem continuar a produzir efeitos mesmo após a declaração formal da sua inconstitucionalidade¹³; ou a de que os juízes, em nome da liberdade de iniciativa económica privada consagrada no artº 61º da Constituição, não se devem “imiscuir na esfera da gestão empresarial privada” e logo não devem pretender sindicá-la juridicionalmente a veracidade das justificações económico-financeiras para um despedimento colectivo; ou ainda a da indiferença mais absoluta perante a real desigualdade fáctica das partes nomeadamente quanto à angariação e à produção da prova (exigindo, por exemplo, que o trabalhador indique previamente e com total precisão, sob

¹¹ Devendo também salientar-se que esta “nova” dogmática do Direito do Trabalho passa por uma tão ostensiva quanto arrogante ignorância das normas do Direito Internacional (da Declaração Universal dos Direitos do Homem e das Convenções da OIT até à Convenção Europeia dos Direitos do Homem e à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia) quando o respectivo conteúdo e a sua natureza hierárquica superior à lei ordinária interna não permitem ou não convêm às teses e soluções que se pretendam consagrar, e de que a humilhante condenação do Estado Português pelo Tribunal de Justiça da UE (Acórdão de 9/9/2015 do Processo C-160/14 – Ferreira da Silva e Brito e outros/Estado Português), por dupla violação do Direito Comunitário cometida pelo Supremo Tribunal de Justiça no julgamento do despedimento dos trabalhadores da Air Atlantis, constitui um tão escondido quanto significativo exemplo.

¹² Veja-se também o modo como a Directiva Comunitária 2003/88/CE, de 4/11, relativa a certos aspectos da organização do tempo de trabalho, em particular no referente ao trabalho nocturno, tem sido ignorada não só pelo legislador, mas também pela doutrina e pela Jurisprudência portuguesas.

¹³ Como sucedeu com o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 353/12, de 5/7, que declarou inconstitucionais as normas dos artºs 21º e 25º da Lei do Orçamento de Estado para 2012 (Lei nº 64-B/2011, de 30/12), a qual “cortara” os subsídios aos trabalhadores da Administração Pública, mas que salvaguardou não apenas os efeitos já produzidos em Junho (com o corte do subsídio de férias) mas também – pasme-se! – os efeitos a produzir futuramente após a declaração de inconstitucionalidade (ou seja, o corte, no mês de Novembro seguinte, do subsídio de Natal)!?

pena de rejeição do respectivo pedido, os dias e horas em que prestou trabalho extraordinário, quando é o empregador que tem em seu poder tais elementos); a sustentação da constitucionalidade da solução legal (consagrada no artº 266º, nºs 4 e 5 do Código do Trabalho) que impõe que, para que um trabalhador atingido por um despedimento colectivo ou por extinção do posto de trabalho absolutamente fraudulento e ilícito o possa impugnar judicialmente, ele tenha que devolver ao patrão a totalidade da indemnização de antiguidade que lhe haja sido paga¹⁴; a admissibilidade de cláusulas unilaterais de renúncia geral e abstracta do trabalhador relativamente a todos e quaisquer direitos, passados, presentes ou futuros, seja a que título for, relativamente à empresa sua entidade empregadora ou a qualquer outra com esta relacionada; a completa resistência à aplicação da lei (como o regime das cláusulas contratuais gerais, aprovado pelo Decreto Lei nº 446/85, de 25/10, que refere explicitamente no seu artº 1º, nº 2, a sua aplicabilidade a todos e quaisquer contratos cujo conteúdo, previamente elaborado por uma das partes, a outra não pode influenciar) ao contrato de trabalho, conhecendo e declarando assim a patente nulidade das cláusulas dessa natureza que sejam abusivas, excessivas, contrárias à boa fé, etc..

É que há um ponto, e um ponto incontornável, na análise do mundo das relações de trabalho nestes inícios do século XXI. São inúmeros e mesmo fantásticos as inovações e os progressos científicos e tecnológicos alcançados pela Humanidade e os quais, se colocados ao serviço da mesma

¹⁴ Com o argumento de que nenhum problema de inconstitucionalidade aqui existe para o trabalhador despedido (que pode não ter direito a subsídio de desemprego ou, pelo menos, não o ter ainda recebido) pois para se furtar àquela cominação de não poder impugnar o despedimento “basta-lhe rejeitar a dita indemnização” e viver do ar; “e se a recebe terá de se sujeitar às consequências que a lei atribui a esse seu acto: a aceitação do despedimento e a cessação da relação laboral”, como se tal não representasse uma óbvia denegação de Justiça por razões de insuficiência económica, constitucionalmente intolerável à face do artº 20º da Constituição – consagrando tal entendimento, vejam-se, entre outros, os Acórdão do STJ de 29/1/13, Proc. 0252774 e AD, 502º-1574, de 13/4/2005, Proc. 04S3160.dgsi.Net, e de 3/4/2013, Proc. 1777/08.0TTPRT.PI.S1

Humanidade, deveriam permitir um mundo mais justo, uma relação mais harmoniosa e feliz do ser humano com o trabalho e a implementação de condições de trabalho dignas, dignificantes e realizadoras. E, todavia, nunca desde há cerca de um século para cá essas condições foram tao duras e violentas, as jornadas de trabalho tão exigentes, opressivas e extenuantes e nunca o fosso entre os mais ricos e poderosos e os mais pobres e mais fracos tão marcado e tão profundo.

Há, pois, algo de profundamente errado nesta situação e se o mal não está – como obviamente não está – nos meios de produção cada vez mais avançados e sofisticados, que são um progresso, então só pode estar nas relações sociais de produção dominantes e nos interesses que elas servem, e que não apenas possibilitam como até intensificam essa apropriação da riqueza por uma minoria tanto mais ínfima quanto mais rica, que condena quem vive do seu trabalho a uma vida de autêntica escravatura¹⁵, e isto mesmo naqueles poucos casos em que as grillhetas têm um leve e efêmero toque dourado¹⁶.

Os juristas, e em particular os juristas do trabalho, não podem querer ser uma espécie de guardas de Aushwitz e, em nome de que não são eles quem manda (ou seja, de que não são eles quem faz as leis), aceitarem ser, designadamente no campo e no momento da sua interpretação e aplicação,

¹⁵ Em que os direitos sociais, cívicos e políticos mais basilares são pura e simplesmente aniquilados, como sucede hoje em sectores como os *call centres*, a Banca, a Indústria Farmacêutica, etc., nenhuma diferença essencial entre o que verdadeiramente se passa dentro dessas organizações e, por exemplo, o inferno da exploração e opressão sobre os operários das fábricas das grandes multinacionais da electrónica na cidade de Juarez, em Taiwan ou em Xangai.

¹⁶ Veja-se o caso das chamadas “isenções de horário de trabalho”, sobretudo na modalidade da al. a) do nº 1 do artº 219º do Código do Trabalho, ou seja, de “não sujeição aos limites máximos do período normal de trabalho”, inutilizando por completo, relativamente aos trabalhadores que a ela estão sujeitos, o constitucional direito ao repouso [artº 59º, nº 1, al. d) da CRP] e despojando de qualquer protecção a conciliação da vida familiar, pessoal e laboral proclamada na al. b) do mesmo artº 59º, nº 1.

o papel de meros instrumentos, dóceis e pretensamente neutros, de um processo de profundo retrocesso social, político e civilizacional.

Convirá, pois, recordar com Alain Supiot, ainda e uma vez mais, que o Trabalho é parte da identidade humana, que o elemento primeiro do Direito não é o número mas o sujeito e que este não pode ser reduzido a um mero objecto ou a uma “unidade de conta”.

O combate à pretensamente “nova” (e realmente velha) dogmática (anti)laboral do Direito do Trabalho da actualidade e ao curso que a mesma vem fazendo passa exactamente pela negação dessa verdadeira “banalização do mal” e pela desmontagem do conteúdo real e profundamente ideológico e retrógrado que lhe subjaz.

É, por isso, necessária e urgente a reafirmação não apenas do papel dos princípios (hoje e quando tal convém apresentados pela “nova dogmática jus-laboralista como de algo de etéreo, inútil e desprovido de força normativa) como também da existência e força vinculativa dos princípios básicos do Direito do Trabalho e também do Direito Processual do Trabalho.

Princípios esses como os da protecção da contraente mais débil; da Justiça completa (com a conseqüente não substituição de decisões de fundo por decisões de mera forma); da inversão do ónus da prova em todos os casos em que ela seja dificultada ou mesmo inviabilizada pela parte patronal; da inadmissibilidade das gerais e abstractas cláusulas de remissão já atrás referidas; da afirmação da irrenunciabilidade dos direitos laborais fundamentais e da operacionalização do mecanismo da condenação *ultra vel extra petitem*; do predomínio da realidade material ou substancial sobre a forma; da imposição da colaboração da parte mais forte com o Tribunal para que a parte mais fraca possa dispôr dos elementos e/ou dos meios de prova

que se encontram em poder da primeira; da gratuidade da Justiça laboral em todas as instâncias, inclusive a constitucional; da instituição do recurso de amparo em matéria de inconstitucionalidades laborais; da imposição da especialização laboral em todas as instâncias da Justiça laboral.

É em épocas de crise que mais importa defender e preservar os princípios essenciais, sob pena de os juristas, em nome da sua pretensa, mas realmente inexistente, neutralidade, acabarem a caucionar as maiores atrocidades. Do que aliás já temos, ou deveríamos ter, suficiente experiência histórica até porque muito do que se ouve agora, também no campo do Direito do Trabalho, não passa de versões modernizadas e porventura mais refinadas das concepções políticas e jurídicas que fizeram campo no centro da Europa nos anos 30 do século XX.

A História – e decerto também a História do Direito – nos julgará a todos. Mas se nada for feito entretanto, para algumas das vítimas deste processo de construção paulatina de um “novo “Direito do Trabalho, esse julgamento virá seguramente tarde demais. E isso não podemos nem devemos permitir!

António Garcia Pereira