

ALGUNS ASPECTOS DA EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

LIBERAL FERNANDES (*)

1. DA REGULAÇÃO TENDENCIALMENTE UNIFORME À FLEXIBILIZAÇÃO DO REGIME LABORAL

Como é do conhecimento geral, o Direito do Trabalho foi historicamente edificado a partir de uma relação sócio-jurídica bem definida, a denominada relação taylorista-fordista salarial ⁽¹⁾, tendo por objecto o trabalho subordinado prestado na empresa industrial (sobretudo na grande empresa), a tempo inteiro, de duração indeterminada e remunerado em função da respectiva duração, em que a actividade laboral, organizada de forma estandardizada e controlada através de uma hierarquia centralizada, era realizada num mesmo local (unidade de lugar), durante um horário fixo ou constante (uniformidade do tempo de trabalho) e consistia na execução de um conjunto de tarefas, definidas através da figura do posto de trabalho, prévia e heteronomamente determinadas por um único empregador (unicidade de empregador).

Nestas circunstâncias, o contrato de trabalho era a figura que enquadrava juridicamente a realidade empírica dominante, ou seja, o trabalho realizado na grande empresa de acordo com o tipo de organização que aí era adoptado ⁽²⁾ assumindo-se então como um quadro normativo, de conteúdo

(*) Assistente da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

⁽¹⁾ Cfr. Boaventura de Sousa Santos, José Reis, Maria Manuel Leitão Marques, «O Estado e as transformações recentes da relação salarial. A transição para um novo modelo de regulação da economia», *Temas de Direito do Trabalho*, Coimbra, 1990, pág. 139 e segs.

⁽²⁾ Com efeito, a organização das relações de trabalho típica da grande empresa funcionou durante décadas como motor de desenvolvimento do Direito do Trabalho; cfr. Thilo Ramm, «Problemi della costituzione del lavoro», *Per una storia costituzionale del lavoro*

típico e tendencialmente universal, que, a partir de um critério padronizado de subordinação, não só delimitava o conjunto das relações laborais reguladas pelo Direito do Trabalho, como assegurava aos trabalhadores um determinado grau de estabilidade e de previsibilidade a nível das condições de emprego e de vida.

Isto não significava que o mercado de emprego não apresentasse aspectos de flexibilidade, como o atestava a existência de trabalho oculto e a formação dos regimes especiais de trabalho que foram sendo instituídos; sucedia, porém, que tais situações tinham em geral lugar fora da grande empresa industrial (isto é, dos sistemas de produção em massa e, portanto, de reduzida diversificação de produtos) e, principalmente, que à luz da cultura jurídica dominante eram consideradas casos patológicos ou ilegais (o primeiro), ou meros desvios, de carácter restrito ou excepcional, ao modelo contratual típico (os segundos) ⁽³⁾.

Amplamente referidos, a mundialização da economia e o progresso tecnológico, verificados de um modo acentuado e irreversível a partir da década de 80, constituem os factores que, conjugados com períodos de crise ou de menor crescimento económico e factores de natureza política (por exemplo, acordos de liberalização do comércio internacional, retracção do intervencionismo do Estado, integração europeia), vieram colocar as empresas numa situação caracterizada, nas suas linhas matriciais, pela pressão concorrencial e pela redução dos benefícios decor-

tedesca, Milão, 1989, pág. 157; *Transformações do Trabalho e futuro do Direito do Trabalho na Europa* (tradução), sob a direcção de Alain Supiot, Coimbra, 2003, pág. 97.

⁽³⁾ Do ponto de vista formal, pode dizer-se que a unidade do direito do trabalho decorre essencialmente do facto de ter como elemento desencadeante o trabalho subordinado (ou ter como centro de imputação subjectiva os trabalhadores e os empregadores) e não do facto de alguma vez se ter constituído como um corpo comum de normas aplicável a todos os trabalhadores, isto não obstante terem existido factores objectivos (assim, o modelo da empresa fordista) que impulsionavam no sentido da uniformização. Na verdade, em vez de implantar a homogeneidade normativa, o direito do trabalho nunca deixou de consagrar tratamentos diversos entre diferentes categorias de trabalhadores, como o provam os regimes diferenciados entre «trabalhadores» e «empregados» ou entre os trabalhadores assalariados do Estado e do sector privado, ou a existência de regimes especiais, como, entre outros, os aplicáveis aos trabalhadores agrícolas e do serviço doméstico, isto sem esquecer as normas relativas às mulheres trabalhadoras e aos menores. O que sucede é que, na actualidade, os factores de desagregação daquele centro de imputação normativa ou daquele elemento unificador alcançaram um grau de diversificação sem precedentes, os quais, inclusive, não deixam de questionar o próprio critério de delimitação do âmbito de aplicação do direito do trabalho (subordinação jurídica *versus* dependência económica).

rentes das tradicionais políticas económicas e financeiras de âmbito e cariz nacionalista ⁽⁴⁾. Por sua vez, o progresso tecnológico veio desencadear o aparecimento de novos processos de produção e, consequentemente, novas formas de organização, de medida e de controlo do trabalho, incluindo a adopção de novos padrões relativos à subordinação que lhe está associado.

Este novo estágio de desenvolvimento da actividade económica entronca num processo de desagregação das estruturas produtivas tradicionais e de flexibilização da organização fordista do trabalho dependente ⁽⁵⁾. De uma maneira geral, a evolução verificada no tecido empresarial tem provocado a erosão do modelo de empresa enquanto unidade jurídica, física e social de produção, cujas consequências a nível da organização do trabalho podem ser esquematizadas através dos seguintes aspectos: *i*) aparecimento da figura da empresa em rede ou grupo de empresas enquanto entidade económica submetida a um mesmo controlo; *ii*) redução da dimensão média dos centros de trabalho (*downsizing*); *iii*) diluição ou opacidade do ponto de vista normativo da pessoa que exerce o poder de direcção; *iv*) existência de estatutos profissionais diferenciados na mesma empresa (trabalho subordinado *versus* prestação de serviços) ⁽⁶⁾.

A nível da organização interna das empresas, a nova realidade produtiva e laboral caracteriza-se pela dissolução do contrato de trabalho como modelo típico de regulação (diversidade de contratos de trabalho, de tempos de trabalho, de modalidades de trabalho) ⁽⁷⁾ e, a nível de estruturação

(4) Aliás, este aspecto é especialmente aplicável às empresas europeias em consequência do desenvolvimento do mercado interno único.

(5) «A crise do fordismo produz-se, precisamente, no momento em que a multiplicidade das formas de coordenação e de trabalho correspondentes à explosão da diversidade de produtos e serviços já não cabe no conceito de informal — conceito para o qual o fordismo até então as atirava. Esta multiplicidade 'recupera' a formalidade fordista e questiona-a *enquanto ideal*. Foi, precisamente, o que aconteceu nas sociedades ocidentais, a partir da crise económica de 1973» (*Transformações do Trabalho*, cit., pág. 103 e seg.).

(6) Cfr. Thomas Malone/Robert Laubacher, «Vers de nouvelles formes d'entreprise. L'avènement de l'économie des entrepreneurs internautes», *Futuribles*, 1999, n.º 243, pág. 5; Gérard Lyon-Caen, *Le droit du travail non salarié*, Paris, 1990, pág. 10 e segs.

(7) Cfr. Maria Palma Ramalho, «Ainda a crise do Direito Laboral: a erosão da relação de trabalho 'típica' e o futuro do Direito do Trabalho», *III Congresso Nacional de Direito do Trabalho — Memórias*, Coimbra, 2001, pág. 255 e segs.; Nunes de Carvalho, «O pluralismo do Direito do Trabalho», *idem*, pág. 269 e segs.; Mário Pinto, *Direito do Trabalho*, Lisboa, 1996, pág. 107 e segs.; João Abrantes, «O Direito laboral face aos novos

externa do processo produtivo, pela mobilidade periférica da actividade empresarial (subcontratação, prestação de serviços por entidades individuais ou colectivas externas à empresa) e pelo desmembramento das unidades de produção e conseqüente fragmentação do mercado de trabalho (p. ex. formação de pequenas unidades de trabalho, trabalho no domicílio, teletrabalho) ⁽⁸⁾.

Semelhante processo de flexibilização das relações de trabalho subordinado contribuiu para a superação, talvez definitiva, do princípio da homogeneização da disciplina do trabalho dependente — em relação à qual os desvios admitidos eram considerados situações especiais, como se disse, ou o resultado de actos simulados a que os contraentes recorriam precisamente para elidir a aplicação da legislação do trabalho — e para a subsequente inscrição no Direito do Trabalho de um novo princípio fisiológico, o da variabilidade das respectivas figuras reguladoras (perspectivadas agora, no todo ou em parte, como figuras desprovidas de excepcionalidade normativa), como da correspondente diversidade garantística, máxime a nível da segurança no emprego ⁽⁹⁾. Em todo o caso, não há dúvida de que as mudanças verifica-

modelos de prestação de trabalho», *IV Congresso Nacional de Direito do Trabalho — Memórias*, Coimbra, 2002, pág. 85 e segs.; Manuela Maia da Silva, «Flexibilidade e rigidez das leis laborais», *idem*, pág. 98 e segs.

⁽⁸⁾ Note-se que, ao lado deste desmembramento das estruturas produtivas existe um outro, de sentido oposto, o processo de concentração das estruturas empresariais, seja a nível das unidades produtivas, seja a nível do controlo da direcção da actividade.

⁽⁹⁾ *Vide* Glória Alves de Almeida, «Acerca das novas formas de trabalho em Portugal. Uma perspectiva sociorganizacional e jurídica», *Organizações e Trabalho*, 1999, n.º 21, pág. 31 e segs.; Jean-Louis Beffa/Robert Boyer/Jean-Philippe Touffut, «Le droit du travail face à l'hétérogénéité des relations salariales», *Droit Social*, 1999, n.º 12, pág. 1040 e segs. Este movimento de dissolução do contrato de trabalho enquanto modelo, de conteúdo típico ou homogéneo, de regulação do trabalho assalariado tem na segmentação do mercado de emprego uma das suas principais manifestações: trata-se da divisão entre trabalhadores com contrato de trabalho a tempo inteiro e de duração indeterminada, por um lado, e trabalhadores com relações profissionais precárias ou especiais, incluindo os "falsos prestadores de serviços", por outro.

Além disso, é frequente a natureza do paradigma normativo do direito do trabalho ser posta em questão, invocando-se para o efeito a existência de situações laborais ou de modelos organizativos contingentes (e, portanto, de dimensão social reduzida) não subsumíveis na íntegra à relação laboral típica, pretendendo com isso obnubilar-se a situação sócio-laboral dominante e desvalorizar-se ou relativizar-se a dogmática jurídica que a enquadra, numa linha de pensamento que sobrepõe a parte ao todo, a árvore à floresta. É claro que o paradigma garantístico tradicional é susceptível de diferentes conteúdos ou concretizações; porém, uma coisa são as novas modalidades de trabalho outra as soluções

das a nível técnico e económico provocaram mutações significativas no mercado de trabalho, não só a nível da respectiva organização e modalidades de emprego, como no domínio da redução das garantias dos trabalhadores, pondo assim em causa o edifício jurídico que as suportava ⁽¹⁰⁾.

No actual contexto económico — em que a competitividade das empresas passou, mais do que nunca, a depender da capacidade de se auto-adaptarem à evolução dos mercados, designadamente ao aumento da concorrência, e de aproveitarem da melhor forma possível o desenvolvimento tecnológico, incluindo a nível da organização do trabalho —, gerou-se um certo consenso no sentido de admitir que a preservação da capacidade concorrencial das empresas (e do nível de emprego) exige a redução dos custos da mão-de-obra e a transformação do mercado de trabalho num instrumento potencialmente adaptável às necessidades ligadas do novo figurino económico ⁽¹¹⁾. Além disso, e na medida em que é apresentada como um factor de desenvolvimento da actividade produtiva, a flexibilidade (*rectius*, a partilha do tempo de trabalho) é igualmente apontada como um elemento de redução do nível de desemprego — muito embora os resultados apregoados neste domínio específico estejam longe de ser evidentes ⁽¹²⁾.

Paralelamente, assiste-se ao recrudescimento de um certo neo-contratualismo em que se advoga o reforço da autonomia, individual e colectiva,

jurídicas, o que significa que importa não perder de vista que as modificações sociológicas do trabalho não se reflectem mecanicamente a nível jurídico (como se o direito não se revelasse um subsistema autopoiético; cfr. Gunther Teubner, *O direito como sistema autopoiético* (tradução), Lisboa, 1993, pág. 64 e segs.), nem podem ser confundidas com as transformações do direito; cfr. Gérard Lyon-Caen, *Le Droit du Travail. Une technique réversible*, Paris, 1995, pág. 2.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Gérard Lyon-Caen, *Le Droit du Travail*, cit., pág. 9.

⁽¹¹⁾ Cfr. Arturo Maresca, «La stagione della flessibilità e l'ordinamento del lavoro: un primo bilancio», *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro: Italia e Spagna*, sob a direcção de Massimo D'Antona, Nápoles, 1990, pág. 91 e segs. Não admira, pois, que a prossecução da competitividade seja arvorada pelos empregadores em requisito de oportunidade e de legitimidade material da intervenção legislativa no domínio da regulação do trabalho; cfr. Monteiro Fernandes, *Um rumo para as leis laborais*, Coimbra, 2002, pág. 12.

⁽¹²⁾ A realidade tem demonstrado que tanto as políticas que protegem a segurança no emprego como aquelas que conferem primazia às questões do tempo de trabalho, das remunerações ou dos contratos de trabalho de duração determinada não têm grande incidência sobre o nível geral de emprego; cfr. S. Nickell, «Unemployment and labor market rigidities: Europe versus North America», *Journal of Economic Perspectives* (Nashville, Tennessee), 1997, vol. 11 (3); Roche/Fynes/Morrissey, «Emploi et temps de travail», *Revue Internationale du Travail*, 1996, vol. 135, n.º 2, pág. 161; Monteiro Fernandes, «Os sentidos», cit., pág. 45.

dos empregadores e dos trabalhadores em detrimento do intervencionismo do Estado e a consequente redução do conteúdo vinculativo das normas legais ⁽¹³⁾ e redefinição do sistema de fontes do direito do trabalho ⁽¹⁴⁾.

Subjacente a esta lógica de inspiração neo-liberal, está a concepção do direito do trabalho como um sistema estritamente funcionalizado aos interesses da economia, em que a ideia de protecção da pessoa que trabalha sob a direcção de outrem (isto apesar de este ramo do direito não esgotar a sua normatividade neste paradigma) e a relativa autonomia que o seu objecto social lhe confere relativamente às contingências económicas dão lugar à ideia de flexibilidade normativa, em que as normas laborais se transformam num objecto juridicamente inconsistente, isto é, em normas passíveis de serem modificadas de modo constante, ao sabor das necessidades de produção das empresas, e em que os valores (ainda que relativos) da estabilidade e da previsibilidade profissionais deixam de ter significado relevante do ponto de vista jurídico. Nessa perspectiva, o direito do trabalho, tal como foi modelado ao longo da sua história, apresentar-se-ia na actual conjuntura normativamente inadequado em face das soluções que lhe são pedidas pela realidade empresarial ⁽¹⁵⁾.

2. DIMENSÕES DA FLEXIBILIZAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO

Por flexibilidade do mercado de trabalho pode entender-se a possibilidade, sancionada pela ordem jurídica, de os empregadores adaptarem o

⁽¹³⁾ De facto, flexibilidade não só não é sinónimo de desregulação ou de deslegalização, como regulamentação legal não significa rigidez normativa. O decisivo nesta questão é o conteúdo vinculativo das normas e, em particular, as regras de articulação das fontes do direito do trabalho, pelas implicações que têm a nível da definição do espaço de liberdade de conformação das condições de trabalho que é conferido à autonomia contratual individual e colectiva das partes, e ao poder de direcção do empregador; cfr. Miguel Rodriguez Piñero, «La flessibilità e il diritto del lavoro spagnolo», *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro: Italia e Spagna*, sob a direcção de Massimo D'Antona, Nápoles, 1990, pág. 222 e segs.; Monteiro Fernandes, «Os sentidos de uma revisão 'flexibilizante' das leis do trabalho», *Questões Laborais*, 1999, n.º 13, pág. 48 e segs.

⁽¹⁴⁾ Cfr. *infra*.

⁽¹⁵⁾ Para uma crítica geral do funcionalismo jurídico, vide Castanheira Neves, *O Direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*, Lisboa, 2002, pág. 30 e segs.

número de trabalhadores, o tempo e a organização do trabalho às variações da procura, de ajustarem os salários em função de critérios económicos (a produtividade e o rendimento obtidos), e de exigirem aos trabalhadores a execução de tarefas diversas, com vista a responder às solicitações do mercado e reduzir os custos do trabalho ⁽¹⁶⁾. Este conceito apresenta a nível normativo aspectos que vão desde a desregulação pura e simples, isto é, a eliminação da disciplina existente, privilegiando-se desse modo a livre iniciativa e a livre autonomia contratual das partes (seja a nível individual seja colectivo), até à reconversão dos mecanismos e das normas existentes, de modo a torná-los menos rígidos e, portanto, mais dúcteis face às exigências ditadas pela dinâmica da actividade económica, com a subsequente redução da respectiva esfera de garantia.

De uma maneira geral, porém, não se advoga uma completa anomia jurídica laboral (e, portanto, o desaparecimento do direito do trabalho e a sua substituição pelo direito dos contratos) ⁽¹⁷⁾, mas antes a manutenção de um determinado nível de regulação (de grau e conteúdo variáveis) que assegure alguma previsibilidade nas relações laborais (incluindo a nível das condições de vida e de trabalho de quem trabalhada em moldes subordinados), que garanta um princípio de concorrência leal entre as empresas (impedindo o recurso abusivo aos mecanismos de flexibilidade do mercado de trabalho) e assegure a resolução dos conflitos sociais ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Trata-se, como bem se vê, de um movimento de sentido único, na medida em que se reduz a facultar ao empregador uma maior liberdade na gestão da mão-de-obra assalariada. Salvo situações pontuais (v. g. no âmbito da tutela da maternidade e da paternidade, ou do regime do trabalhador-estudante), os sistemas jurídicos têm ignorado o reconhecimento aos trabalhadores de um verdadeiro direito à flexibilidade (ainda que naturalmente limitada, face às exigências de organização da actividade empresarial) na gestão da prestação da respectiva actividade profissional, isto apesar de frequentemente se argumentar que a flexibilidade, em particular a flexibilidade do tempo de trabalho, constituir um benefício para o trabalhador. É caso para dizer que, neste campo (como, aliás, em muitos outros domínios) há um grande desvio entre o discurso e a prática, entre o argumento e a respectiva demonstração.

⁽¹⁷⁾ Aliás, na lógica da submissão da actividade económica a estritos critérios de eficiência, não há dúvida de que este objectivo é mais facilmente obtido em espaços livre de direito cogente do que em quadros normativos que limitem a esfera de autonomia do empregador.

⁽¹⁸⁾ Cfr. Monteiro Fernandes, *Um rumo*, cit., pág. 10 e segs.; *Négocier la flexibilité. Le rôle des partenaires sociaux et de l'État*, sob a direcção de Muneto Ozaki, Bureau International du Travail, Genebra, 2000, pág. 93. Ou seja, é a própria necessidade de

A flexibilidade laboral no diz respeito à organização interna das empresas apresenta as seguintes dimensões ⁽¹⁹⁾:

- i) Flexibilidade nas formas contratuais de prestação do trabalho: trabalho a tempo parcial; contrato a termo; trabalho temporário; trabalho intermitente, trabalho à chamada; trabalho no domicílio; teletrabalho; comissão de serviço; trabalho em equipa; trabalho partilhado (*job sharing*); trabalho para uma pluralidade de empregadores; contratos sujeitos a regime especial; trabalho no quadro da formação profissional: contrato de formação, contrato de aprendizagem, contrato de estágio ⁽²⁰⁾.

regular as relações sociais através das quais se processa a actividade económica, de modo a estabelecer equilíbrios, aliás sempre provisórios, entre os interesses das empresas e os interesses dos trabalhadores, que contraria o discurso redutor sobre a função social e garantística do Direito do Trabalho.

Dir-se-ia que, apesar das vicissitudes que atravessa na actual conjuntura (cfr. *Transformações do Trabalho*, cit., pág. 321 e segs.), este ramo do direito (*eppure*) *si muove*, mantendo-se como uma disciplina que assegura a ligação entre a tutela laboral e a cidadania social, e que transporta uma matriz axiológica material que visa a dignificação da pessoa que trabalha em moldes subordinados e que se opõe à coisificação do trabalhador e ao tratamento da prestação laboral como um mero recurso enquadrado segundo uma lógica de custo-benefício económico em detrimento de critérios de valoração da pessoa humana e da realização de princípios de justiça social.

⁽¹⁹⁾ Cfr. Peter Tergeist, *Flexibilité du temps de travail. Négotiations collectives et intervention de l'État*, OCDE, Paris, 1995, pág. 10; Alain Supiot, «Les nouveaux visages de la subordination», *Droit Social*, 2000, n.º 2, pág. 141; Jorge Leite, «Direito do Trabalho na crise», *Temas de Direito do Trabalho*, Coimbra, 1990, pág. 29 e segs.; Bernardo Xavier, «Direito do Trabalho na crise», *Temas de Direito do Trabalho*, Coimbra, 1990, pág. 111 e seg.; Rui Fiolhais, *Sobre as implicações jurídico-laborais do teletrabalho subordinado em Portugal*, Lisboa, 1998, pág. 51 e segs. e pág. 83 e segs.

⁽²⁰⁾ Trata-se, pois, do recurso a contratos que não obedecem ao modelo tradicional da relação de trabalho a tempo inteiro e de duração indeterminada, executada na empresa; cfr. Maria Palma Ramalho, «Ainda a crise», cit., pág. 260 e segs. Constituem modalidades contratuais ao dispor da empresa, cujo denominador comum é a característica da precariedade, nos seus diferentes aspectos: insegurança, em que o trabalhador suporta os riscos da actividade (trabalho no domicílio); descontinuidade na prestação da actividade (trabalho à chamada, trabalho intermitente, trabalho temporário); limitação da duração do contrato de trabalho (contrato a termo); desocupação parcial (contrato a tempo parcial); cfr. G. Lyon-Caen, *Le Droit du Travail*, cit., pág. 29 e segs.

Outro aspecto importante que, por norma e de forma estratégica, as entidades empregadoras associam à flexibilidade das formas contratuais diz respeito à simplificação da cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador, seja a nível dos fundamentos seja a nível procedimental.

- ii) Flexibilidade do tempo de trabalho: variação da duração diária e semanal do trabalho (adaptabilidade, trabalho à chamada, trabalho intermitente, isenção do horário de trabalho); anulação do tempo de trabalho; diferenciação de horários de trabalho (horário flexível, horário desfasado, horário individualizado, etc.); oscilação dos períodos de repouso diário e semanal; variação dos períodos de funcionamento da empresa; concentração da semana de trabalho; trabalho nocturno, trabalho por turnos; repartição variável do trabalho ao longo da vida profissional do trabalhador, através da admissão de licenças para formação ou de licenças parental e sabática; reforma progressiva ou diminuição da idade mínima de reforma.
- iii) Flexibilidade das remunerações: ajustamento do salário mínimo às variáveis económicas; formas não retributivas de compensação do trabalho suplementar; indexação das remunerações às variações da produção individual e colectiva; atenuação ou supressão da correlação nível geral dos preços/aumentos salariais.
- iv) Flexibilidade na organização do trabalho: trabalho em equipa; polivalência funcional (especialização flexível); adopção de regimes laborais diferenciados cujo critério reside na dimensão da empresa ⁽²¹⁾; simplificação das relações hierárquicas ⁽²²⁾; mobi-

⁽²¹⁾ Assim, por exemplo, nos arts. 173.º, n.º 3 (alterações do horário de trabalho), 200.º e 201.º (duração do trabalho suplementar) e 418.º (procedimento para despedimento com justa causa), todos do Código do Trabalho.

⁽²²⁾ Este processo de simplificação da hierarquia nas relações laborais tem como efeito o aumento do espaço de autonomia do trabalhador durante a execução da sua actividade e a retracção das práticas hierárquicas tradicionais (*Arbeit auf Weisung*) e com o subsequente incremento da responsabilização do trabalhador pela actividade que executa. Esta evolução manifesta-se ainda no facto de o poder de direcção do empregador ser exercido em novos moldes, designadamente através da avaliação do cumprimento do contrato pelos resultados obtidos pelo trabalhador e não apenas pelo grau de execução da actividade *in obligatio*, critério este que contribui para a diluição do carácter por conta alheia da relação laboral; cfr. Comissão Europeia, *News forms of work organisation and the Information Society*, Bruxelas, 2000, pág. 17.

Sobre a admissão de regimes de trabalho dependente sujeito ao cumprimento de objectivos, veja-se o Decreto-Lei n.º 259/98, de 18-8, que contém os princípios fundamentais enformadores do regime jurídico da duração do trabalho na Administração pública, cujos arts. 4.º, alínea b), e 23.º regulam a prestação de trabalho pelos agentes do Estado em regime de cumprimento de objectivos definidos.

Situação semelhante vislumbra-se no regime do despedimento por inadaptação dos tra-

lidade geográfica ⁽²³⁾; trabalho em equipas de fim-de-semana, flexibilização do vínculo de subordinação (trabalho no domicílio, teletrabalho, trabalho para-subordinado).

3. EVOLUÇÃO DO QUADRO DE DISTRIBUIÇÃO DO PODER DE REGULAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO

Outra das mais significativas transformações do Direito do Trabalho centra-se na recomposição das relações entre as diferentes fontes de direito do trabalho, incluindo o contrato de trabalho. Este processo assenta basicamente nos seguintes vectores: contracção da ordem pública laboral (redução das prescrições legais mínimas ou necessárias, de tal modo que condições que eram tradicionalmente consideradas indisponíveis tornam-se flexíveis; limitação da eficácia das convenções colectivas que são objecto de denúncia ou substituição ⁽²⁴⁾), desenvolvimento do negociação colectiva (seja no sentido do reforço da respectiva liberdade reguladora face à disciplina legal, seja como fonte alternativa à lei, através da admissão de acordos derogatórios dos conteúdos legais) e incremento da autonomia individual (a nível da fixação das condições de trabalho e de escolha da modalidade contratual de trabalho).

Procura-se, deste modo, não só reduzir o conjunto dos direitos adquiridos consagrados pelo direito do trabalho (assim em França, Itália, Espanha ou Portugal) ⁽²⁵⁾, como também devolver para os parceiros sociais a

balhadores que exercem cargos de complexidade técnica ou de direcção, na medida em que o incumprimento (grave) dos objectivos previamente definidos pelo empregador e formalmente aceites pelo trabalhador (acordo de rendimento) constitui um dos pressupostos em que assenta a extinção do contrato de trabalho, desde que esse incumprimento seja determinado pelo modo de exercício das funções e seja de tal modo grave que torne praticamente impossível a manutenção do vínculo laboral (art. 406.º, n.º 2, do Código do Trabalho). Cfr. o nosso «Do contrato a termo e do despedimento por inadaptação», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXVIII, 1992, pág. 143 e segs.

⁽²³⁾ Ao incremento da mobilidade geográfica está associada uma crescente descaracterização jurídica do local de trabalho.

⁽²⁴⁾ Trata-se, com efeito, de uma mutação que certa doutrina classifica como a "anti-história do Direito do Trabalho" (Umberto Romagnoli, «La déréglementation et les sources du droit du travail», *Le droit du travail: hier et demain*, Paris, 1990, pág. 16).

⁽²⁵⁾ Cfr. Umberto Romagnoli, «La déréglementation», cit., pág. 7.

resolução das dificuldades de regulamentação, permitindo-lhes fazer as escolhas que melhor se adaptem às exigências de flexibilidade e de competitividade das empresas.

Outra consequência deste processo de redistribuição do poder normativo é a erosão do modelo clássico de enquadramento do trabalho assalariado e do seu regime tendencialmente estandardizado, através da previsão de novos tipos de subordinação, sujeitos a regimes especiais, originando assim uma multiplicação das diferentes formas de regulação do trabalho dependente. Por esta via, o Direito do Trabalho acaba por se transformar num sistema fragmentado de soluções, alicerçado por regra no fomento do culto da precariedade das condições de trabalho em detrimento (ainda que relativo) dos interesses da segurança e do progresso social.

Ou seja, no plano sócio-político, assiste-se a uma retracção do papel histórico do direito do trabalho, e que se tem caracterizado por assumir uma função de racionalização/integração das relações sociais de trabalho. Embora esta evolução não signifique que este ramo do direito deixou de continuar a ser o mesmo instrumento de regulação social, o certo é que, ao reduzir a sua vertente garantística e, reciprocamente, ao aumentar o espaço de autonomia individual dentro da empresa cuja gestão é decidida em última instância pela supremacia contratual do empregador, o direito do trabalho, em particular o direito estadual, vê reduzido o seu papel enquanto factor de realização da cidadania dos trabalhadores ⁽²⁶⁾.

4. O NOVO SISTEMA DE HIERARQUIA DAS FONTES DE DIREITO DO TRABALHO OU O NOVO PARADIGMA PARA O DIREITO DO TRABALHO NO CÓDIGO DO TRABALHO

Uma das notas emblemáticas da política de direito do Código do Trabalho (Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto) tem a ver com o regime da hierarquia das normas de direito do trabalho ⁽²⁷⁾. Neste capítulo, consagra-se

⁽²⁶⁾ Vide José Monereo Pérez, *Algunas reflexiones sobre la caracterización técnico jurídica del Derecho del Trabajo*, Madrid, 1996, pág. 75.

⁽²⁷⁾ No âmbito da legislação revogada, o princípio do tratamento mais favorável não só era uniformemente aplicável a todos os níveis hierárquicos das fontes de direito do

um sistema que se diferencia da disciplina anterior em dois aspectos: em primeiro lugar, porque consagra regimes distintos para regular as relações entre a lei e os instrumentos de regulamentação colectiva, por um lado, e entre o contrato de trabalho e a lei ou os instrumentos de regulamentação colectiva, por outro ⁽²⁸⁾; em segundo lugar, porque introduz um regime substancialmente diferente do anterior no que respeita ao quadro das relações entre a lei e a convenção colectiva.

i) Relações entre a lei e os instrumentos de regulamentação colectiva

Nas relações entre a lei e as convenções colectivas (art. 4.º, n.º 1, do Código) ⁽²⁹⁾, a solução prevista é a possibilidade de as fontes convencionais derogarem as fontes legais. Neste capítulo, o Código adopta uma política de direito que se insere numa tendência que, a partir da década de oitenta, foi sendo progressivamente adoptada nos sistemas europeus, e que se traduz na redução do conteúdo de ordem pública das leis do trabalho e na atribuição aos parceiros sociais de uma maior autonomia reguladora, consagrando para o efeito o princípio segundo o qual as leis podem ser afastadas pelos instrumentos de regulamentação colectiva, tanto em sentido mais favorável para os trabalhadores como para os empregadores (acordos derogatórios). Contudo, essa possibilidade encontra-se excluída relativamente às disposições imperativas absolutas e, portanto, que não admitem qualquer tipo de alteração ou só admitem alterações de sentido único. Havendo dúvidas quanto à natureza vinculativa da norma legislativa, dever-se-á entender que a fonte legal não consagra direito neces-

trabalho, como significava que as derrogações às leis do trabalho apenas podiam ser de sentido único e, além disso, que, em caso de dúvida quanto à possibilidade de serem modificadas pelas fontes inferiores, as normas consagradas em fontes superiores deviam ser entendidas como direito mínimo (presunção *iuris tantum*); neste sentido, veja-se Jorge Leite, *Direito do Trabalho*, Coimbra, 1998, vol. I, pág. 107 e seg.; Monteiro Fernandes, *Direito do Trabalho*, Coimbra, 1999, pág. 118. Note-se que, embora não seja fonte de direito, o contrato de trabalho é parte integrante deste problema de conflito de hierarquia, como já sucedia com o regime revogado (cf. os arts. 13.º, n.º 2, da LCT, e 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 519-C1/79, de 29-12).

⁽²⁸⁾ Em defesa deste duplo regime, veja-se Bernardo Lobo Xavier, *Curso de Direito do Trabalho*, Lisboa, 1992, pág. 259.

⁽²⁹⁾ Embora esta norma tenha por âmbito material o Código do Trabalho, parece-nos que o regime que consagra é extensível a qualquer disposição legislativa.

sário, podendo por isso ser objecto de disposição por parte da fonte convencional.

No domínio das relações entre a lei a convenção colectiva, o Código adopta um novo paradigma normativo relativamente à caracterização da natureza da legislação laboral. Trata-se de um modelo — a cuja adopção não será certamente alheia a actual conjuntura político-económica e a relação social de forças que a exprime — em que a lei laboral não só deixa de ser concebida como um depósito de condições mínimas ou necessárias, como ainda a autonomia colectiva perde a natureza de mecanismo de progresso social, cuja função específica (embora não exclusiva) era melhorar as condições fixadas pelo legislador ⁽³⁰⁾.

Contudo, dada a supremacia hierárquica do direito comunitário sobre o direito interno, parece-nos que o princípio enunciado no Código referente às relações entre a lei e os instrumentos de regulamentação colectiva não poderá ser aplicado às normas internas que tenham objecto idêntico aos preceitos de direito comunitário, precisos e incondicionais, que não admitem derrogações ou que se encontram inseridos em directivas que expressamente consagram o princípio do tratamento mais favorável para o trabalhador ⁽³¹⁾. Deste modo, qualquer que seja a natureza garantística que

⁽³⁰⁾ O facto de a contratação colectiva deixar de ocupar no Código do Trabalho uma função complementar da lei, dominada pelo princípio do *favor laboratoris* e, portanto, funcionalmente adstrita a desenvolver, no sentido do progresso social, os conteúdos fixados por via legislativa, significa também que esta fonte de direito passou a usufruir de maior liberdade de conformação normativa. Note-se, porém, que o regime consagrado no art. 15.º do Decreto-Lei n.º 519-C1/79, de 29-12, já possibilitava que, sob a capa do tratamento globalmente mais favorável, a convenção colectiva constituísse um mecanismo de adaptação das condições de trabalho às situações de crise ou de reorganização empresarial, tanto mais que o eventual retrocesso que viesse a consagrar relativamente ao estipulado em convenção colectiva anterior, desde que não derrogasse o mínimo estabelecido na lei, era válido, não podendo ser objecto de impugnação por parte dos trabalhadores afectados.

⁽³¹⁾ Assim, por exemplo, a Directiva n.º 98/59/CE do Conselho, de 20-7-98 (*JO L 225*, de 12-8-98), relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes aos despedimentos colectivos, art. 5.º; a Directiva n.º 1999/70/CE do Conselho, de 28-6-99, respeitante ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP, relativa a contratos de trabalho a termo, art. 8.º (*JO L 175*, de 10-7-99); a Directiva n.º 2001/23/CE do Conselho, de 12-3-2001, relativa à aproximação das legislações dos Estados-membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos ou de partes de estabelecimentos, art. 8.º (*JO L 82*, de 22-3-2001).

tais condições possam no Código do Trabalho, as normas que as consagram só podem ser derogados pelos instrumentos de regulamentação colectiva *in melius*.

Apesar deste limite externo, o Código consagra uma significativa viragem quanto à concepção da natureza jurídica do direito do trabalho, derogando o princípio, alicerçado ao longo de uma história secular, segundo o qual este ramo do direito tem por vocação consagrar mínimos de protecção laboral; numa palavra, o Código rejeita a concepção que confere à não observância do princípio do *favor laboratoris* um tratamento de excepção.

ii) Sobre a (in)constitucionalidade do art. 571.º do Código do Trabalho

Do confronto do art. 4.º, n.º 1, com o art. 2.º, n.ºs 1 e 4, relativo à classificação dos instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho, ambos do Código, parece retirar-se a conclusão de que as disposições legais do trabalho podem ser igualmente afastadas pelas decisões da arbitragem obrigatória, nos mesmos moldes em que o sejam pelos instrumentos negociais ⁽³²⁾.

Com efeito, e sem curar do problema de avaliar a conformidade constitucional de algumas normas deste instituto com o direito de contratação colectiva — designadamente o preceito relativo à classificação da natureza dos interesses susceptíveis de fundamentar a restrição a este direito, seja na sua vertente relacionada com o direito ao dissenso, seja na sua dimensão negativa relativa à liberdade de os parceiros sociais recusarem a arbitragem, incluindo a arbitragem voluntária ⁽³³⁾ (arts. 18.º, n.º 2, e 56.º, n.º 3, da CRP) —, parece-nos que, pelos seus efeitos, estamos perante um regime que poderá pôr em causa o princípio da tipicidade dos actos legislativos e o princípio da hierarquia dos actos normativos, consagrados no art. 112.º, n.ºs 1 e 6, da CRP, assim como a reserva constitucional do direito de contratação colectiva na sua dimensão subjectiva.

É certo que, do ponto de vista formal, a decisão da arbitragem obrigatória tem por objecto imediato cláusulas das convenções colectivas de trabalho (art. 567.º, n.º 1, do Código). Todavia, do ponto de vista substan-

⁽³²⁾ Trata-se de uma questão que não integrou o elenco das matérias que foram objecto de apreciação pelo Tribunal Constitucional no acórdão n.º 306/03.

⁽³³⁾ Em especial quando a submissão à arbitragem voluntária é uma das condições de que depende a determinação da arbitragem obrigatória (art. 568.º, n.º 1, *in fine*, do Código).

tivo, não está excluída a possibilidade (antes pelo contrário, dada a grande margem de conformação normativa que a contratação colectiva desfruta relativamente à aplicação das leis do trabalho ⁽³⁴⁾, isto para não falar naquelas cláusulas que são uma mera reprodução/aplicação do regime legal) de a decisão de arbitragem obrigatória assumir uma função criadora/reguladora que, pelos efeitos normativos que produz na esfera dos seus destinatários, implique a modificação de um acto legislativo.

Na verdade, a nível dos efeitos que lhe são atribuídos pelo Código, aquela decisão é materialmente apta a definir a eficácia, o alcance ou o âmbito de aplicação das normas do Código, assim como a proceder a concretizações da lei naquelas situações em que é admitida a aplicação, em alternativa, de diferentes regimes ⁽³⁵⁾. Apesar de possuir natureza não legislativa, trata-se de um acto susceptível de interferir normativamente a nível da aplicação da disciplina consagrada no Código, assumindo assim um papel regulador com uma eficácia externa que é contrária ao art. 112.º, n.º 6, da CRP.

Por isso, temos dúvidas relativamente à conformidade do art. 571.º do Código com este último dispositivo da lei fundamental, quando equipara os efeitos da decisão de arbitragem obrigatória aos da decisão de arbitragem voluntária, ou seja, quando transforma uma decisão arbitram obrigatória numa convenção colectiva, no sentido constitucional da noção. Trata-se de uma dúvida que julgamos não se encontrar afastada pelo facto de aquela decisão não versar directa ou formalmente sobre um acto legislativo, mas sobre uma cláusula de uma convenção colectiva, porquanto não nos parece que a proeminência materialmente constitucional do regime consagrado no art. 112.º, n.º 6, da CRP ⁽³⁶⁾ seja compatível com a admissibilidade do respectivo afastamento ou derrogação por via mediata, em especial quando a possibilidade de aplicação/modificação do acto legislativo é uma consequência normal da decisão arbitral, como se frisou.

⁽³⁴⁾ Em rigor, este problema só não se colocaria relativamente às cláusulas das convenções colectivas que fossem claramente inovatórias face ao regime legal; porém, esta hipótese limitaria acentuadamente o âmbito material de incidência da arbitragem obrigatória, privando-a de utilidade prática.

⁽³⁵⁾ Por exemplo, as normas dos arts. 166.º, n.º 1, 194.º, n.º 1, e 256.º do Código. Julgamos que as opções de regime previstas nestas (como em muitas outras) situações envolvem escolhas normativas, cuja fonte de direito a nível da qual a respectiva concretização se deve processar está sujeita igualmente ao congelamento de grau hierárquico estabelecido no art. 112.º, n.º 6, da CRP.

⁽³⁶⁾ Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 1993, pág. 501.

Acresce que a admissão da eficácia conferida à decisão arbitral também não poderá ser legitimada no quadro da autodeslegalização, porquanto esta figura está excluída em relação a matérias sujeitas a reserva de lei ⁽³⁷⁾, como é o caso da regulação das condições de trabalho compreendidas nas normas relativas a direitos fundamentais dos trabalhadores (arts. 56.º, n.ºs 3 e 4, 59.º, n.º 1, 165.º, n.º 1, alínea *b*), e 18.º, n.º 2, todos da CRP).

Por fim, parece-nos que a inconstitucionalidade da norma do art. 571.º decorre ainda do facto de esta norma transformar, a nível dos seus efeitos, um instrumento de regulamentação colectiva não negocial num instrumento negocial, o que significa que criou uma nova fonte de direito do trabalho de natureza convencional, mais concretamente um acto normativo constitucionalmente relevante.

Ora, se «nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos» (art. 112.º, n.º 6, primeira parte), parece-nos também que o Código do Trabalho não pode modificar o elenco das fontes de direito do trabalho de natureza convencional definido especificamente pela lei fundamental ⁽³⁸⁾. É certo que a CRP não enumera os actos susceptíveis de serem qualificados como 'convenções colectivas', remetendo essa tarefa para a lei; contudo, não pode dizer-se que tenha passado um cheque em branco ao legislador ordinário nesta matéria, porquanto o conceito de convenção colectiva recebido pela lei fundamental encerra um grau de densidade que delimita a tipologia normativa compreendida naquela fonte de direito. Ora, sendo, certamente, um dos elementos essenciais daquele conceito constitucional a característica da voluntariedade (a ideia de contrato), verifica-se que o art. 571.º do Código veio conferir a um instrumento de natureza não contratual (ou seja, a um acto normativo constitucionalmente não tipificado) a mesma eficácia externa dos instrumentos convencionais negociais (das convenções colectivas), alargando em termos de efeitos práticos o elenco das fontes específicas de direito do trabalho (e, portanto, a tipologia dos actos

⁽³⁷⁾ Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição*, cit., pág. 512; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, *Direitos Fundamentais*, Coimbra, 1993, pág. 295.

⁽³⁸⁾ Aliás, sendo o princípio da hierarquia das fontes de direito um dos princípios fundamentais do Estado de direito democrático, parece-nos que o regime do art. 112.º, n.º 6, não pode deixar ser aplicável (princípio da unidade do ordenamento jurídico) aos vários de tipos de actos não incluídos naquele artigo, os actos normativos constitucionalmente relevantes (fontes de direito internacional, regimentos parlamentares, convenções colectivas de trabalho, estatutos e normas adoptadas por associações e institutos de natureza pública); cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição*, cit., pág. 501.

normativos constitucionalmente tipificados para este sector normativo) para além dos parâmetros constitucionais ⁽³⁹⁾.

Por este motivo, aquele preceito do Código revela-se igualmente contrário ao art. 56.º, n.º 3, da CRP, na parte em que esta norma reserva aos sindicatos a produção dos instrumentos de regulamentação colectiva de natureza negocial, e ao art. 112.º, n.º 6, da mesma lei, por violação do princípio da tipicidade das fontes normativas e consequente proibição de a lei criar actos não legislativos que sejam susceptíveis, mesmo por via indirecta ou mediata, de regularem com eficácia externa condições de trabalho, ultrapassando assim o elenco das fontes específicas de direito do trabalho constitucionalmente tipificado.

iii) Relações entre a lei, os instrumentos de regulamentação colectiva e o contrato de trabalho

Quanto às relações entre o contrato de trabalho e a lei (art. 4.º, n.º 2) ou entre aquele e as convenções colectivas de trabalho (art. 531.º), o Código não se afasta do paradigma anterior, dando assim continuidade ao princípio segundo o qual as partes do contrato de trabalho não podem dispor das condições reconhecidas como necessárias pela lei ou pela convenção colectiva. De igual modo, nos casos em que, de acordo com os critérios de interpretação, a norma ou cláusula em causa não se revelem absolutamente indisponíveis (imperativas absolutas), a respectiva modificação apenas poderá ser *in melius*, isto é, desde que seja para estabelecer condições mais favoráveis para o trabalhador. Diferentemente da solução estabelecida para a relação de hierarquia entre a lei e os instrumentos de regulamentação colectiva, em caso de dúvida quanto à natureza das normas legais ou convencionais em causa, dever-se-á presumir que consagram condições indisponíveis ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ À semelhança do que sucede nas relações entre a lei e o regulamento (cfr. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2000, pág. 734) poder-se-ia igualmente falar quanto às fontes específicas do Direito do Trabalho num princípio de congelamento de grau hierárquico entre os instrumentos regulamentação colectiva de natureza negocial e instrumentos de regulamentação colectiva de natureza não negocial.

⁽⁴⁰⁾ De todo o modo, a tendência desreguladora do Código do Trabalho contribui para o alargamento da esfera de disposição da autonomia individual.

5. A HIPÓTESE DE REDEFINIÇÃO DO OBJECTO DO DIREITO DO TRABALHO

A flexibilização das leis laborais revela-se igualmente a nível da definição do âmbito do Direito do Trabalho, em consequência da revalorização da autonomia individual enquanto fonte de qualificação do vínculo laboral ⁽⁴¹⁾. Esta abertura à liberdade individual — que, antes de mais, revela-se um factor de incremento da desigualdade contratual entre trabalhador e empregador —, não deixa, porém, de continuar a ter como suporte num sistema de regulação fixado pela lei e/ou pela negociação colectiva enquanto condição indispensável à normalização e previsibilidade das relações económicas e, em particular, dos conflitos sociais.

De um modo geral, o incremento da autonomia da vontade individual manifesta-se no recurso à figura do contrato de prestação serviços, em detrimento do contrato de trabalho, para enquadrar juridicamente a utilização de trabalho alheio ⁽⁴²⁾. Deste movimento de fuga para

⁽⁴¹⁾ Sobre a revalorização da autonomia individual no âmbito das relações laborais, vide Spiros Simitis, «Diritto del lavoro e riscoperta dell'individuo», *Giornale di Diritto de Lavoro e di Relazioni Industriali*, n.º 45, 1990, pág. 87 e segs.; Carmen Lallana, *La transformación del derecho del trabajo ante los nuevos retos sociales*, Logroño, 1999, pág. 15.

Subjacente a este fenómeno de individualização das relações laborais está a apologia do princípio segundo o qual o mercado de trabalho deve, de uma maneira geral, funcionar livre de qualquer intervenção externa que prejudique o seu automatismo e eficiência. Contudo, para além das opções fundadas no liberalismo económico, para o reforço da regulação a nível individual das condições de trabalho concorrem outros factores como, por exemplo, o número crescente das micro ou pequenas empresas, a quebra dos níveis de representação sindical ou a adopção de técnicas de gestão dos recursos humanos que privilegiam a dimensão individual em detrimento da esfera colectiva ou o recurso a formas contratuais de natureza não laboral; cfr. *Négocier la flexibilité*, cit., pág. 65.

⁽⁴²⁾ Assim, a subcontratação, os contratos de utilização, a prestação de serviços na empresa por entidades individuais externas. Também o trabalho no domicílio é outro expediente utilizado pelas empresas; não obstante possuir natureza laboral, pela flexibilidade que lhe está intrínseca, este instrumento encontra-se situado numa zona de fronteira entre o contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviços. Cfr. Martín Valverde, «El discreto retorno del arrendamiento de servicios», AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, 1990, pág. 214 e seg.; Jesús Cruz Villalón, «El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado», *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, sob a direcção Jesús Cruz Villalón, Madrid, 1999, pág. 184; Pedro Furtado Martins, «A crise do contrato de trabalho», *Revista de Direito e*

o contrato de prestação de serviços — o qual permite aos empregadores aproveitar a actividade profissional de outrem em termos muito mais flexíveis e com níveis de protecção ou de segurança muito inferiores aos garantidos pelo contrato de trabalho ⁽⁴³⁾ — é possível retirar duas ilações: a primeira é referente ao fim da divisão clássica entre trabalho dependente e trabalho autónomo, e ao predomínio do critério da subordinação jurídica como elemento exclusivo de delimitação do âmbito do direito do trabalho ⁽⁴⁴⁾, para mais reforçado, relativamente às situações menos claras, pelo princípio da presunção da natureza laboral da relação instituída e pela escassa relevância conferida à vontade das partes enquanto fonte de qualificação da natureza do contrato. A segunda ilação tem a ver com a possibilidade de, no contexto de um modelo plural de relações laborais, serem definidas soluções diferenciadas para as formas de trabalho situadas entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviços, o que contribui para o aumento das dificuldades em separar as actividades reguladas pelo Direito do Trabalho daquelas outras que lhe continuam a ser estranhas ⁽⁴⁵⁾.

Ora, esta liberdade de procedimentos tem levantado inúmeros problemas relacionados com a classificação dos vínculos instituídos entre as empresas e as pessoas que lhes prestam esses serviços, designadamente se, apesar da respectiva configuração formal, não lhes deverá ser atribuída natureza materialmente laboral. Perante a precariedade que, regra geral, caracteriza o estatuto sócio-profissional desses 'colaboradores individuais', adquire particular significado o reconhecimento da necessidade de a fronteira do salariato deixar de ser delimitada com base no tradicional

de Estudos Sociais, 1997, n.º 4, pág. 341 — para quem no estado actual do nosso sistema jurídico-laboral, o recurso à figura do trabalho autónomo é, para a generalidade dos casos, um expediente fraudulento de fuga às normas do direito do trabalho.

⁽⁴³⁾ Ao lado destes expedientes, assinala-se ainda a existência de relações de trabalho que exoneram parcialmente o empregador de determinadas obrigações, seja a nível da segurança social, seja da retribuição; assim, por exemplo, o contrato de formação (Decreto-Lei n.º 242/88, de 7-7), o contrato de aprendizagem (Decreto-Lei n.º 205/96, de 25-10) ou o contrato de estágio (Decreto-Lei n.º 253/84, de 26-7).

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Marcello Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione*, Milão, 1985, pág. 40 e segs. e 103 e segs.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. Alfredo Montoya Melgar, «Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo», *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, sob a direcção de Jesús Cruz Villalón, Madrid, 1999, pág. 64.

conceito de subordinação jurídica ⁽⁴⁶⁾, para passar a ser aferida pelo critério da dependência económica ou pelo critério de integração na empresa de outrem ⁽⁴⁷⁾. Desta forma, garantir-se-ia a essas pessoas — as quais não beneficiam do estatuto de trabalhador de acordo com o critério tradicional de classificação — um mínimo de protecção adequada, cujo modelo de referência normativa residiria precisamente no contrato de trabalho.

Em face desta liberdade de qualificação, tem sido avançada a hipótese de o Direito do Trabalho deixar de continuar a eleger o trabalho dependente e por conta alheia (o trabalho subordinado) como sendo o seu núcleo

⁽⁴⁶⁾ Aliás, esta evolução passa igualmente pela flexibilização do próprio conceito de subordinação jurídica, de modo a tornar possível concluir pela existência de relação laboral com base na verificação de alguns dos indícios daquela subordinação; cfr. *Transformações*, cit., pág. 33.

⁽⁴⁷⁾ Quanto ao problema de saber se esta mudança de critério (isto sem prejuízo do lugar matricial ocupado pelo conceito de subordinação como critério de qualificação jurídica, lugar esse que, até hoje, não tem sido posto em questão) implica a alteração do âmbito subjectivo do direito do trabalho e do próprio paradigma deste ramo de direito, cfr. Patrick Chaumette, «Quel avenir pour la distinction travail dépendant/indépendant?», *Le travail en perspectives*, sob a direcção de Alain Supiot, Paris, 1998, pág. 79 e segs.

Trata-se de saber se o objecto do contrato de trabalho continuará a ser definido cumulativamente pelas noções de trabalho por conta alheia e de trabalho subordinado ou se, fruto do papel reconhecido à autonomia individual ou da abertura ao critério da subordinação económica, o direito do trabalho tende a abranger ou a conferir determinado tipo de tutela a outras situações profissionais em que aquelas duas características não se verificam em termos uniformes, as quais deixariam assim de poder ser tratadas ou reduzidas a meros actos simulados de prestação de serviços através dos quais se pretende afastar a imperatividade do direito do trabalho, como actualmente por norma são qualificadas.

Aliás, a flexibilização do conceito de subordinação é uma realidade; assim sucede, por exemplo, entre nós com o contrato de trabalho no domicílio, no direito alemão a propósito da noção de *arbeitnehmerähnliche Person* (quase trabalhador), ou no ordenamento italiano com a aplicação de determinados institutos do contrato de trabalho à figura da *parasubordinazione* ou da *coordinazione* — que abrange *grosso modo* as actividades de trabalho, de carácter predominantemente pessoal e contínuo, integradas do ponto de vista funcional numa organização empresarial, em que o agente goza de autonomia de execução e é responsável pela obtenção do resultado pactuado; vide Luca Tamajo, AA.VV., *Nuove forme di lavoro tra subordinazione, coordinazione, autonomia*, Bari, 1997, pág. 65; Alain Supiot, «Les nouveaux», cit., pág. 142; Giuseppe Pera, *Compendio di Diritto del Lavoro*, Milão, 1996, pág. 111; Francesco Santoni, «La diversificazione dei rapporti di lavoro», *Politiche di flessibilità e mutamenti del diritto del lavoro. Italia e Spagna*, sob a direcção de Massimo D'Antona, Nápoles, 1990, pág. 75 e segs.

desencadeante ou unificante, para se transformar no futuro ⁽⁴⁸⁾ num ramo cujos contornos passariam a ser definidos pelo critério da actividade profissional, em que o conceito de trabalhador se dilui num outro mais amplo que compreende todos aqueles que exercem uma actividade em moldes profissionais, abrangendo assim não apenas os que a prestam em moldes heterodeterminados, mas também os que a executam com determinado grau de autonomia e assumem alguns riscos inerentes ao respectivo exercício ⁽⁴⁹⁾.

A ideia de subordinação deixaria assim de ser o critério exclusivo de qualificação da relação social típica que tem constituído o objecto do contrato de trabalho e delimitado o âmbito do direito do trabalho; a seu lado, o critério da dependência ou integração económica e do desequilíbrio contratual das partes ⁽⁵⁰⁾ passaria igualmente a ser apto para delimitar os novos tipos de relações profissionais que, enquadradas segundo fórmulas distintas do contrato de trabalho (ou através de contratos especiais de trabalho), seriam igualmente reguladas, no todo ou em parte, pelo Direito do Trabalho.

Impulsionadas pelas transformações verificadas na esfera da produção, as novas perspectivas doutrinárias relativamente à definição do paradigma do Direito do Trabalho rompem assim com a tradicional divisão trabalho subordinado/trabalho autónomo, e adoptam um modelo gradualista de qualificação, de modo a abranger não só o trabalho heterodeterminado, mas também a actividade prestada em termos autónomos, mas funcionalmente

⁽⁴⁸⁾ Sobre a discussão relativa ao futuro do direito do trabalho, cfr., entre outros, Frederico Durán López, «El futuro del derecho del trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1996, n.º 78, pág. 609; Antoine Jeammaud, «Le droit du travail en changement: essai de mesure», *Droit Social*, 1998, n.º 3, pág. 211; Spiros Simitis, «Il diritto del lavoro», cit., pág. 609; Jo Carby-Hall, «La crisi del welfare state e i mutamenti del diritto del lavoro in Gran Bretagna», *Rivista Giuridica di Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1996, n.º 1, pág. 3; Ulrich Mückenberger, «La crisi del welfare state e i mutamenti del diritto del lavoro in Germania», *idem*, pág. 30; Bruno Veneziani, «La crisi del welfare state e i mutamenti del diritto del lavoro in Italia», *idem*, pág. 69; Alain Supiot, «La crisi del welfare state e i mutamenti del diritto del lavoro in Francia», *idem*, pág. 52; e «Le travail en perspectives: introduction», *Révue Internationale du Travail*, 1996, n.º 6, pág. 663; Comissão Europeia, *Transformations du travail et devenir du droit du travail en europe: rapport final*, Bruxelles, 1998; Jacques Barthélémy, «Vers un nouveau droit du travail?», *Futuribles*, n.º 237, 1998, pág. 31; J. Munck, «Les trois crises du droit du travail», *Droit Social*, 1999, n.º 5, pág. 443.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. G. Lyon-Caen, *Le droit du travail*, cit., pág. 25.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Spiros Simitis, «Il diritto del lavoro ha ancora un futuro?», *Giornale di Diritto de Lavoro e di Relazioni Industriali*, n.º 76, 1997, pág. 632.

integrada na empresa (*arbeits-organisatorische Abhängigkeit, lavoro para-subordinato*) (51). Em todo o caso, o Direito do Trabalho passaria a abranger uma maior diversidade de situações, susceptíveis de apresentarem múltiplas combinações.

Na perspectiva da adaptação do direito do trabalho à nova conjuntura sócio-económica, alude-se, particularmente em França, à necessidade de lançar as bases para um pacto social diferente daquele que caracterizou o regime do trabalho no Estado industrial, baseado no modelo fordista-taylorista do emprego: o pacto ou contrato de actividade (52). Trata-se de um contrato que não assenta no modelo de emprego baseado no contrato de trabalho a tempo completo e de duração indeterminada, alicerçado na ideia de promoção interna e coberto por uma protecção social segura, mas num modelo que corresponda aos novos tipos de mobilidade que são exigidos aos trabalhadores: mudanças de empresa, de ramo de ramo de produção, de actividade ou funções, de região, de horário de trabalho, formação profissional polivalente, de estatuto profissional, etc. — de modo a garantir a segurança na mudança (53).

O pacto de actividade é apresentado como um contrato estabelecido, por um período de duração variável, entre uma pessoa e vários empregadores organizados em rede (empresas, colectividades locais, associações, organismos de formação), que englobaria num mesmo regime diferentes tipo de relações laborais (que vão do contrato clássico ao trabalho independente), como também períodos de formação e de inactividade (licença parental, licença sabática, licença para prestação de trabalho social). O pacto afasta qualquer solução de continuidade entre as diferentes formas de organização do trabalho, na medida em que todas elas estariam a coberto da segurança social; além disso, constitui uma garantia contra a exclusão social, equipara trabalho e formação profissional, realiza a aproximação entre o trabalho dependente e o trabalho independente e organiza um sistema de responsabilidade social que envolve os próprios agentes económicos intervenientes.

O pacto de actividade afasta-se do modelo tradicional de contrato de trabalho numa tríplice perspectiva: *i*) a nível do espaço temporal, na medida

(51) Cfr. Alain Supiot, «Les nouveaux», cit., pág. 139.

(52) Cfr. Th. Priestley, «À propos du 'contrat d'activité' proposé par le rapport Boissonnat», *Droit Social*, 1995, pág. 955; F. Gadau, «Du statut de l'emploi au statut de l'activité», *Droit Social*, 1995, pág. 535.

(53) Cfr. Comissão Europeia, *Livro Verde — Viver e Trabalhar na Sociedade da Informação: Prioridade à dimensão Humana*, Luxemburgo, 1996, pág. 12.

em que o primeiro não se limita aos períodos de trabalho efectivo ou à duração da relação de emprego, mas compreende igualmente períodos de formação profissional ou mesmo de inactividade; *ii*) a nível do objecto, porquanto o contrato de actividade engloba não apenas a prestação subordinada de trabalho, mas também períodos de estágio e de trabalho autónomo; *iii*) a nível subjectivo, porque, diferentemente do contrato de trabalho, o pacto de actividade não se reduz a uma relação entre um trabalhador e um empregador, mas abrange uma pluralidade de empregadores, livremente constituída ⁽⁵⁴⁾.

Porto, Setembro de 2003.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Guylaine Vallée, «Pluralité des statuts de travail et protection des droits de la personne. Quel rôle pour le droit du travail?», *Relations Industrielles*, 1999, vol. 54, n.º 2, pág. 304.