

# DIREITOS FUNDAMENTAIS E RETROCESSO SOCIAL: O SENTIDO DO DIREITO DO TRABALHO, A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA E O CASO BRASILEIRO

Guilherme Dray\*

## INTRODUÇÃO

O Brasil vive um dos mais conturbados momentos da sua jovem democracia constitucional, envolvido que está numa séria (até há algum tempo impensável) crise política, judicial, económica e de valores. A legislação laboral brasileira – a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) – não foge a esta voragem, tendo sido objeto da mais ousada e radical reforma de que há memória no país, levada a efeito através da Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

No essencial, a nova lei, que aponta no sentido da flexibilização e da individualização da relação de trabalho, inclui a prevalência sobre o regime legal de acordos individuais entre o empregador e o trabalhador, nomeadamente relacionados com a jornada de trabalho, o parcelamento das férias e a compensação de banco de horas; prevê o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical; e consagra a criação de novas formas de contrato, como seja o teletrabalho. Nalgumas passagens, o intuito é claro: individualizar a relação de trabalho e garantir a sua maior flexibilidade, em nome da competitividade da economia nacional.

É nesse contexto que se coloca com particular acuidade a questão de se saber se no caso do Direito do Trabalho existem mecanismos e válvulas de salvaguarda que permitam garantir a preservação dos seus mais elementares princípios e do seu núcleo central de direitos.

---

\* *Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; ex-visiting professor da Universidade de Georgetown, Washington D.C., no Spring Term de 2017; autor de diversos livros e monografias sobre o Direito do Trabalho; participante na elaboração do Código do Trabalho português de 2003; ex-coordenador científico do Livro Verde sobre as Relações Laborais, editado em Portugal pelo Ministério do Trabalho, da Solidariedade e da Segurança Social, em dezembro de 2016.*

E é nesse contexto, também, que se coloca a questão de saber se o Direito do Trabalho contém a este propósito alguma especificidade. A questão que se coloca, em suma, é simples de enunciar, mas não tão simples de responder – haverá, no Direito do Trabalho, alguma regra ou princípio geral de não retrocesso social que impeça que em determinadas conjunturas políticas e económicas este ramo do Direito, sempre propenso a instrumentalizações políticas e ideológicas, seja adulterado? Ou, pelo contrário, o legislador, com recurso às regras formais de competência legislativa e aos parlamentos nacionais é sempre livre de modificar (sem qualquer limite) o acervo de normas laborais, designadamente através da diminuição daquilo a que os brasileiros geralmente apelidam de “direitos trabalhistas”?

O autor não conhece de forma pormenorizada o ordenamento jurídico brasileiro, muito menos as questões específicas e os acesos debates que têm sido suscitados no Brasil a propósito da reforma da legislação trabalhista.

Por essa razão, não iremos debater ou aprofundar, no presente artigo, o que se passa em concreto no país-irmão, a propósito da modificação da CLT.

O modesto contributo que o autor pode dar, para a melhor compreensão deste tema, é uma análise global do Direito do Trabalho e dos princípios que o enformam, bem como o resumo do que sucedeu em Portugal, há alguns anos, quando idêntico ímpeto reformista foi levado a efeito na sequência de uma grave crise económica com o (único) propósito de redução do custo do trabalho e de facilitação das regras relativas ao despedimento.

Nesse sentido, o presente artigo será breve e na (medida do possível) simples.

Tentaremos, apenas, emitir a nossa opinião em sede de teoria geral, articulando as ideias segundo a seguinte sequência:

Numa primeira parte, aludiremos ao sentido do Direito do Trabalho e aos seus princípios gerais, procurando chegar a uma conclusão (porventura genérica) acerca da questão acima colocada. Analisaremos, em particular, algumas ideias em torno do sentido do Direito do Trabalho, do princípio da proteção do trabalhador e da questão associada ao retrocesso social. Num segundo momento, faremos um breve resumo do que sucedeu em Portugal e da importante intervenção que o Tribunal Constitucional português teve, a qual se revelou essencial para garantir a intangibilidade do núcleo essencial do Direito do Trabalho português. Por fim, apresentaremos as nossas conclusões, em jeito de reflexão, com a esperança de que o presente artigo possa contribuir para um debate sério e sereno a propósito da reforma trabalhista operada no Brasil.

## 1 – O SENTIDO DO DIREITO DO TRABALHO

Há muito que advogamos que o sentido do Direito do Trabalho é claro, resultando de uma paulatina, mas consistente, evolução histórica, científica e cultural. O sentido do Direito do Trabalho, ou a sua *basic idea*<sup>1</sup>, utilizando uma expressão anglo-saxónica, assenta na proteção do trabalhador<sup>2</sup>. O Direito do Trabalho criou-se e desenvolveu-se em torno desta ideia, em face da insuficiência do Direito Civil em proteger adequadamente o contraente mais débil da relação laboral – o trabalhador<sup>3</sup>.

Trata-se de um dado central e incontornável, reconhecido em diversos quadrantes e geografias. Seja nos países que postulam um Estado Social máximo, como os países europeus que seguem o modelo escandinavo (Noruega, Suécia, Dinamarca), seja nos países que promovem igualmente um Estado Social para as classes médias, como sejam os países da Europa Continental (Alemanha, França, Bélgica, Luxemburgo), seja nos países que acolhem o Modelo Social Mediterrânico (Portugal, Espanha, França, Itália), seja nos países anglo-saxónicos que acolhem um Modelo Social Mínimo (Estados Unidos, Reino Unido), apesar das diferenças existentes quanto ao grau de proteção do trabalhador previsto na respetiva legislação laboral, há um dado comum que se repete: o Direito do Trabalho nasceu e se desenvolveu, acima de tudo, com o intuito de reequilibrar uma relação jurídica tendencialmente desequilibrada, tendo em vista a proteção da parte mais fraca<sup>4</sup>.

---

1 Sobre a *basic idea* do Direito do Trabalho no século XXI e a manutenção do princípio da proteção do trabalhador como a sua marca identitária, veja-se a obra coletiva: *The idea of labour law*. Edited by Guy Davidov & Brian Langille. Oxford University Press, United Kingdom.

2 Sobre o princípio da proteção do trabalhador, o seu sentido e suas concretizações e sentido, veja-se: DRAY, Guilherme. *O princípio da proteção do trabalhador*. Coimbra: Almedina, 2014.

3 Como assinala Menezes Cordeiro, “o Direito visou, desde o início, proteger os fracos. Quer no Direito romano, quer no antigo Direito lusófono, surgem normas destinadas a acautelar a posição dos adquirentes” (*Tratado de direito civil*. I. 4. ed. ref. e atual., cit., p. 318). O que está em causa, como sublinha Paulo Otero, é a realização da Justiça, que determinou que “desde muito cedo o Direito tivesse também como função proteger os mais fracos dos mais fortes ou os mais pobres dos mais ricos. Aqui se expressa, afinal, o cerne da função de proteção social que está (ou tem de estar) sempre presente no Direito e, simultaneamente, a justiça encontra uma expressão concreta de realização” (Lições de introdução ao estudo do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa, 1998. v. I. t. 1. p. 116).

4 Sobre as diferenças entre os vários modelos de Estado Social, veja-se, por todos: ESPING-ANDERSEN, Gosta. *The three worlds of welfare capitalism*. New Jersey: Princeton University Press/Princeton, 1998. Em particular sobre os Estados Unidos da América, veja-se: GOLDMAN, Alvin L.; CORRADA, Roberto L. *Labor Law in the USA*. Third Revised Edition. Wolters Kluwer, Law and Business, The Netherlands, 2011, p. 184; e DRAY, Guilherme. *The influence of the United States of America on reaffirming the principle of equality in Portuguese speaking countries*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 30 ss.

O grau e a intensidade com que essa proteção ocorre podem naturalmente variar. O sentido geral do Direito do Trabalho, porém, mantém-se e assente na referida proteção do contraente mais débil.

Para o efeito, tendo em vista a prossecução da sua missão congénita, o Direito do Trabalho criou um corpo de regras e princípios específicos, de entre os quais desponta o *princípio da proteção do trabalhador*, que deve ser visto como a “valorização material fundamentante geral” desta área jurídica<sup>5</sup> ou a sua “proposição fundamental”<sup>6</sup>.

O *princípio da proteção do trabalhador* ou, segundo a expressão de Canaris, o “princípio de tutela dos trabalhadores”, é indubitavelmente o “princípio constitutivo” do Direito Laboral<sup>7</sup>. O Direito do Trabalho desenvolveu-se, como assinala Söllner, em torno da ideia de proteção do trabalhador<sup>8</sup> ou como um direito de proteção dos trabalhadores que se encontram em situação de dependência pessoal e económica.

Trata-se de um dado de ordem histórico-cultural, de onde se retira que o Direito do Trabalho da atualidade não pode perder de vista o essencial: a dignidade, a igualdade e a liberdade do trabalhador, enquanto cidadão que atua no mundo produtivo e que pretende afirmar o direito ao livre-desenvolvimento da sua personalidade.

A existência de princípios fundamentais que ancoram e que conferem sentido ético ao Direito não é, de resto, uma exclusividade do Direito do Trabalho. O Direito contém uma ordem axiológica de valores, de vocação generalista e que encerra uma pretensão de aplicação absoluta. Como recorda Robert Alexy, alguns conceitos abrangentes, como os de “dignidade, liberdade, igualdade, proteção e bem-estar da comunidade”, fazem necessariamente parte do Direito e dele não podem se afastar<sup>9</sup>.

5 Cf. RAMALHO, Maria do Rosário. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 961.

6 Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001. p. 39-40; e *Curso de direito do trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

7 Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito* (Introdução). 3. reimp. Trad. portuguesa de Menezes Cordeiro. Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 80 e ss. (80 e 90).

8 Cf. SÖLLNER, Alfred. *Grundriss des arbeitsrechts*. 12. ed. München: Verlag Vahlen, 1998. p. 32 e ss. O autor afirma, a este propósito, que “Das arbeitsrecht hat sich als arbeitnehmerschutzrecht entwickelt” (p. 32). Cf. SCHAUB. *Arbeitsrechts-handbuch, bearbeitet von Schaub, Koch, Linck e Vogelsang*. 12. ed. München: C. H. Beck, 2007. p. 2-3 e 1581 e ss.

9 Sobre a importância dos *princípios jurídicos*, veja-se, nomeadamente, Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 87), que enuncia também os diversos critérios potencialmente utilizáveis para efeitos de distinção entre *regras* e *princípios* (p. 86 e ss); e DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. 11. ed. Massachusetts: Cambridge, 2000; *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001; e *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

É essencialmente com base naquela ordem de valores que se formam, depois, novos princípios ou subprincípios que, quando devidamente articulados com os acima referidos, nos fornecem postulados decisórios suscetíveis de garantir a resolução de casos concretos.

Pois bem: o *princípio da proteção do trabalhador* surge como concretização específica, no sistema juslaboral, do princípio geral e intemporal da igualdade, o qual se articula, por sua vez, com *metaprincípio* da dignidade humana.

O *princípio da proteção do trabalhador* é, por isso, o valor fundamental que marca o Direito do Trabalho – é o princípio que justifica a autonomia sistemática e dogmática<sup>10</sup> deste ramo do Direito, devendo consequentemente ser concebido como um princípio atomístico nuclear, primário e reprodutor do subsistema laboral. Ele está na gênese e na evolução deste ramo do Direito e assume-se como o princípio estruturante do respetivo edifício normativo, garantindo funções de harmonização, ordenação e de garante ético e axiológico do Direito do Trabalho<sup>11</sup>.

Foi, de resto, esse mesmo princípio e a intenção de proteção da parte mais fraca que justificaram a internacionalização do Direito do Trabalho. O Direito do Trabalho é hoje objeto de ampla e extensa consagração internacional, quer ao nível das Nações Unidas, através da Declaração Universal dos Direitos do Homem e das diversas convenções emanadas da Organização Internacional do Trabalho<sup>12</sup>, quer ao nível da União Europeia, designadamente no respetivo Tratado e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>13</sup>. Em todos estes quadrantes a preocupação subjacente é sempre a mesma: garantir relações de trabalho equilibradas e que promovam a dignificação do trabalho; garantir a proteção do trabalhador e, por essa via, promover o equilíbrio entre as partes que atuam na relação laboral, quer ao nível do Direito do Trabalho individual – condições de trabalho, igualdade e não discriminação, dignificação e proteção do salário, segurança no trabalho, etc. –, quer ao nível do Direito do Trabalho coletivo – direito à greve, direito à negociação coletiva, direito à constituição de conselhos de empresa europeus, etc.

---

10 Sobre a autonomia dogmática do Direito do Trabalho, veja-se: RAMALHO, Maria do Rosário. *Da autonomia dogmática do direito do trabalho*, cit.

11 A propósito do sentido e das funções deste princípio, veja-se: DRAY, Guilherme. *Princípio da proteção do trabalhador*, cit., p. 409 e ss. Veja-se também: RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1997. p. 11 e ss.

12 Veja-se, a este propósito: TEYSSIÉ, Bernard. *Droit du travail, I. Relations individuelles de travail*. 12. Paris: Litec, 1992. p. 62 e ss. (63).

13 A propósito do Direito do Trabalho na União Europeia, veja-se, entre outros: ROCCELLA, Massimo; TREU, Tiziano. *Diritto del lavoro della Comunità Europea*. 3. ed. Padova: CEDAM, 2002. p. 5 e ss.

O *princípio da proteção do trabalhador* esteve na gênese deste ramo do Direito e orientou a respetiva produção legislativa, também a nível internacional.

Tal não significa, todavia, que o *princípio da proteção do trabalhador* e o Direito do Trabalho sejam ou devam ser estáticos e avessos ao progresso, à inovação e ao desenvolvimento das sociedades. Ambos devem ser compreendidos de forma atualista.

Compreendê-lo de forma atualista é não apenas admissível, como vantajoso: permite que o princípio em causa se robusteça e continue a exercer a sua função de princípio estruturante e de polo aglutinador, fazendo face aos novos desafios que se colocam no mundo do trabalho.

É essa, de resto, a grande vantagem de se compreender o Direito à luz da ideia de sistema: o subsistema laboral é necessariamente aberto e adapta-se às mudanças operadas na sociedade. O Direito do Trabalho de hoje não é manifestamente o que foi configurado na sequência da eclosão da “questão social”. O Direito do Trabalho tradicional, exclusivamente assente na proteção do trabalhador a todos os níveis e numa lógica (quase “cósmica”) de progresso social infinito e de absolutização dos chamados “direitos adquiridos”, pode ser reponderado, sem que, contudo, o seu núcleo essencial seja afectado.

O *princípio da proteção do trabalhador* pode (e deve) ser atualizado, mas não deve deixar de se afirmar como o “princípio dos princípios” ou o “norte magnético” do Direito do Trabalho atenta a sua intemporalidade. A ideia de intemporalidade de alguns princípios fundamentais, de resto, não é nova, nem exclusiva do Direito do Trabalho. Vem de Karl Larenz, nomeadamente, a ideia segundo a qual alguns dos princípios vigentes do Direito privado atual são intemporais, por expressarem ideias de validade supratemporal<sup>14</sup>. Assim sucede com a regra que manda tratar igualmente o que é igual e distintamente o que é diferente, bem como com as regras e princípios que se relacionam com a autonomia privada, a força vinculativa dos contratos ou o princípio da confiança no tráfego jurídico. Por essa razão, segundo este autor, não se deve “sublinhar em excesso a capacidade de mudança dos princípios”<sup>15</sup>. Na maior parte dos casos, *maxime* quando se trate de princípios que exijam uma concretização permanente, “a capacidade de mudança reporta-se (...) mais às decisões

14 Trata-se, na terminologia de Karl Larenz, dos princípios que se integram nos “princípios do Direito justo idealmente válidos (que não pertencem apenas ao Direito positivo, comungando, nessa conformidade, do seu modo de ser)” (*Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 694. nota 113).

15 Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 694.

de valor secundárias, às concretizações, à acentuação e ao jogo concertado dos princípios”<sup>16</sup> do que propriamente aos próprios princípios em si mesmos.

É esta a visão que se advoga para o princípio da proteção do trabalhador: ainda que o princípio possa ser reanalisado à luz da “abertura” do sistema, máxime quanto às suas concretizações, ele deve permanecer como princípio intemporal que é do subsistema laboral – ele deve, no fundo, funcionar como o núcleo ou o átomo irredutível do Direito do Trabalho, sem o qual este corre risco de extinção ou de implosão. E deve, conseqüentemente, assumir-se definitivamente como um elemento de conformação em sede de produção legislativa; deve orientar o legislador e condicioná-lo quanto às opções que toma, de forma a garantir, por esta via, a preservação do próprio Direito do Trabalho.

O princípio da proteção do trabalhador contém, por todas estas razões, uma primazia axiológica, com o seguinte alcance: as regras e os princípios do Direito do Trabalho devem, tendencialmente, ser conformes ao *princípio da proteção do trabalhador*, respeitando-o no que este tem de mais elementar – a proteção da parte mais fraca.

O princípio da proteção do trabalhador pode e deve, conseqüentemente, assumir-se como um bastião ou o mínimo ético do Direito do Trabalho, afirmando a ideia ou o sentido do Direito do Trabalho.

Nesse sentido, tudo fica mais fácil de compreender, quanto à evolução do Direito do Trabalho: as alterações levadas a efeito no Direito do Trabalho devem, em suma, ter por objetivo a sua atualização, mas não a sua substituição; as modificações levadas a efeito nas regras laborais podem atuar ao nível de determinadas soluções concretas, mas não devem alterar o espírito e o sentido do Direito do Trabalho, expressos na sua *basic idea*, ou seja, no *princípio da proteção do trabalhador*.

Tentaremos desenvolver melhor este tema nos pontos seguintes, nomeadamente quanto a saber de que forma pode então aquele princípio operar ao nível da preservação do Direito do Trabalho.

## 2 – O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR COMO REFERENCIAL AXIOLÓGICO

O Direito do Trabalho, atento a sua autonomia dogmática, contém princípios próprios e específicos.

---

16 Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, cit., p. 695.

Os princípios jurídicos laborais são *princípios gerais*, sendo comuns a todo o subsistema do Direito do Trabalho; são *princípios específicos* deste ramo do Direito, diferenciando-se em particular dos que decorrem do Direito Civil; são *princípios que não têm uma pretensão de exclusividade e que têm áreas de sobreposição*, em termos tais que é possível que dois princípios entrem em conflito; são *princípios dinâmicos*, no sentido em que são inacabados, evoluindo em função do devir social; e são princípios que se concretizam através de subprincípios ou valorações menores, com um conteúdo material próprio. Funcionam como instância de controlo axiológico do próprio sistema normativo e atuam, ao nível das operações de interpretação e de aplicação das normas laborais, como referente valorativo. Funcionam também como elemento de controlo axiológico das normas provenientes do Direito Civil e como referente cultural e ético que norteia a evolução do sistema normativo.

Relativamente ao *princípio da proteção do trabalhador*<sup>17</sup>, que é manifestamente o princípio central do Direito do Trabalho, admite-se que, por força da sua *primazia axiológica*, nomeadamente perante os demais elementos normativos que integram o subsistema laboral, ele pode servir como elemento de *conformação legislativa*, compelindo o legislador a preservar, em qualquer circunstância e perante qualquer modelo contratual, um núcleo irredutível de direitos do trabalhador e a dignidade dele, impedindo a *entrada* no sistema de normas que o contradigam. O *princípio da proteção do trabalhador* permite

---

17 Quanto às várias funções e concretizações do princípio da proteção do trabalhador, veja-se: DRAY, Guilherme. *O princípio da proteção do trabalhador*, cit., p. 409 e ss., onde se apontam várias funções, nomeadamente as seguintes: a) em sede *interpretativo-aplicativo*, ele atua através do subprincípio do *tratamento mais favorável ao trabalhador* no domínio do conflito de fontes, fazendo, em regra, com que a fonte de Direito inferior possa prevalecer sobre a fonte de direito superior (v.g., a lei) nos casos em que aquela seja mais favorável ao trabalhador e quando a fonte superior não seja absolutamente imperativa; b) no domínio da *formação do contrato*, o *princípio da proteção do trabalhador* atua através do subprincípio da *proteção dos direitos pessoais de defesa da cidadania do trabalhador*, que agrupa regras relativas aos *direitos de personalidade* e à *igualdade e não discriminação* no acesso ao emprego, bem como o regime da *culpa in contrahendo* na celebração do contrato de trabalho; c) no domínio da *execução do contrato*, para além da proteção dos referidos direitos pessoais, o *princípio da proteção do trabalhador* está na origem de um conjunto de subprincípios que visam garantir a *dignificação do trabalho*, nomeadamente os subprincípios da *suficiência salarial* e da *irredutibilidade da retribuição*, o da *limitação do tempo de trabalho*, o da *conciliação da vida familiar e profissional* e o da *proteção da parentalidade*, bem como alguns *subprincípios-garantias do trabalhador*, tais como o da *proteção da categoria profissional*, o da *inamovibilidade* ou os *direitos de defesa em sede de procedimento disciplinar*: No mesmo sentido, é dele que se retiram determinadas regras destinadas a proteger *categorias mais desfavorecidas de trabalhadores*, como a trabalhadora grávida, o trabalhador menor ou o portador de deficiência ou de doença crónica; d) no domínio da *cessação do contrato de trabalho*, o *princípio da proteção do trabalhador* inspira o subprincípio da *segurança no emprego*, que proscree despedimentos sem justa causa, imotivados, ou por razões políticas ou discriminatórias; por fim, e) ele serve como instância de controlo axiológico do subsistema laboral, nos termos acima desenvolvidos.

ao legislador zelar pela coerência valorativa do subsistema laboral e pela articulação interna das suas normas.

Todavia, cumpre prevenir: *primazia axiológica* não significa, necessariamente, *primazia hierárquica*, pelo que o princípio em causa não tem o condão, por si só, de tornar inválidas *regras jurídicas* formalmente aprovadas pelo poder legislativo e que eventualmente o contradigam, ainda que se revelem *injustas*<sup>18</sup>. Como recorda John Finnis, mesmo as *leis injustas* continuam, em princípio, a ser *imperativas* e a gozar da característica da *coercibilidade*, própria da ordem jurídica<sup>19</sup>. Em qualquer caso, na exata medida em que este princípio se encontre incorporado no sistema de valores da Constituição de determinado Estado, qualquer regra que venha a ser aprovada pelo poder legislativo e que se mostre contrária ao *princípio da proteção do trabalhador* tende, consequentemente, a ser uma regra inconstitucional, filtrada pelo sistema de fiscalização da constitucionalidade.

Nesta perspectiva, o *princípio da proteção do trabalhador* pode funcionar como um *limite* à modificação do Direito do Trabalho: este pode e deve ser alterado e atualizar-se em função do devir social; as modificações levadas a efeito não devem, todavia, subverter os valores essenciais deste ramo do direito, plasmados no seu princípio jurídico central. As alterações levadas a efeito no Direito do Trabalho devem atuar ao nível de determinadas soluções concretas, mas não devem subverter o *espírito* e o *sentido* do Direito do Trabalho, expressos naquele princípio jurídico.

Para o efeito, importa que o princípio em causa esteja acolhido na Lei Fundamental de determinado Estado.

---

18 Recordar-se, aliás, que, para Miguel Teixeira de Sousa, “os princípios têm a hierarquia normativa das regras que o consagram ou das regras dos quais eles são inferidos. Portanto, não é a hierarquia axiológica que determina a hierarquia normativa, mas precisamente o contrário: é pelo grau hierárquico atribuído pelo legislador ao princípio que se descobre a sua hierarquia axiológica” (cf. SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao direito*, cit., p. 250-251).

19 Sobre a eventual aplicação no sistema de *leis injustas* e porventura até *imorais*, contrárias às *moral standards* e aos valores do sistema, veja-se, por todos, o australiano John Finnis (*Natural law and natural rights*. First Edition. New York: Oxford University Press, 1979. p. 353 e ss.), que conclui que, em princípio, mesmo quando as leis sejam imorais ou injustas, os cidadãos devem ainda assim respeitá-las, a título de *collateral obligation* e em nome de um bem superior (*a community good*), que é a preservação do ordenamento jurídico como um todo, ainda que o legislador deva, naturalmente, atuar no sentido da abolição dessa lei injusta e mesmo no da sua não aplicação. Veja-se também, do mesmo autor: *Natural Law Theories. The Stanford encyclopedia of philosophy*, First published Mon Feb 5, 2007; substantive revision Mon Jul 25, 2011. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/natural-law-theories/>>. Recordar-se, por outro lado, no que diz respeito ao ordenamento jurídico português, o disposto no artigo 8.º, n.º 2, do Código Civil, segundo o qual “o dever de obediência à lei não pode ser afastado sob pretexto de ser injusto ou imoral o conteúdo do preceito legislativo”.

É o que se passa, nomeadamente, no ordenamento jurídico-constitucional português.

A Constituição portuguesa, nos termos adiante melhor explicitados, contém um elenco de direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores expresso nos seus artigos 53.º e ss. Paralelamente, por força do respetivo artigo 16.º, n.º 2, a Constituição portuguesa acolhe a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), procedendo à sua “constitucionalização”, sendo certo que a referida DUDH tem, igualmente, subjacente uma lógica de proteção dos trabalhadores, expressa nos seus artigos 23.º a 25.º. Por fim, se a isto adicionarmos o facto de a Constituição portuguesa conter, nos artigos 277.º e ss., um sistema de fiscalização da constitucionalidade, podemos concluir o seguinte: em Portugal, em face da “constitucionalização” do princípio da proteção do trabalhador, qualquer regra que venha a ser aprovada e que se mostre contrária ao referido princípio jurídico tende, conseqüentemente, a ser uma regra inconstitucional, sendo conseqüentemente rejeitada pelo sistema.

Significa isto que o Direito do Trabalho não pode ser modificado e não pode evoluir em função do devir social e das mudanças que se vão operando na sociedade?

A resposta é naturalmente negativa.

O Direito do Trabalho pode e deve evoluir para atualizar-se, como de resto já o dissemos anteriormente. O que não deve, nem pode, é fazê-lo contra os seus princípios fundamentais, expressos no texto constitucional. É este o limite.

Para além deste limite, o Direito do Trabalho não só pode, como deve, atualizar-se, em função das novas tendências que se vão afirmando, sem, contudo, se descaracterizar. A evolução do Direito do Trabalho é incontornável, fruto do desenvolvimento das sociedades e das novas tendências que se vão afirmando. Mas não deve significar a sua autodestruição.

### 3 – AS NOVAS TENDÊNCIAS: FLEXIBILIDADE E DESREGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO

O movimento de flexibilização do Direito do Trabalho, que teve início no final da década de 1970 um pouco por toda a Europa, é há muito reconhecido na doutrina como um movimento de *inflexão* no curso normal deste ramo de direito, colocando-o numa situação de *crise* que perdura até aos dias de hoje<sup>20</sup>.

---

20 Cf. RAMALHO, Maria do Rosário. *Direito do trabalho*. Parte I. Dogmática geral, cit., p. 55; e *Tratado de direito do trabalho*. Parte I – Dogmática geral, cit., p. 62 e ss.

As razões que estão na origem desta *inflexão* e do desvio à linha da intensificação e universalização da proteção dos trabalhadores são de várias naturezas, mas têm algo em comum: no essencial, resultam de fenómenos *exógenos* e *estranhos* ao Direito do Trabalho, ou seja, não resultam de uma evolução interna do mesmo, fruto de novos desenvolvimentos dogmáticos ou de novas descobertas científicas; resultam, isso sim, de uma nova configuração do trabalhador subordinado, da adaptação do Direito do Trabalho aos novos modelos empresariais de organização do trabalho, bem como, numa fase mais recente, de objetivos e dinâmicas económicas que apostam na competitividade da economia através da flexibilização das relações laborais.

A *inflexão* em causa resulta, por um lado, da constatação de que afinal o *trabalhador subordinado* não corresponde a um modelo único e uniforme ou ao paradigma do trabalhador economicamente dependente, que trabalha apenas para um empregador, que depende do seu salário para o seu sustento e o da sua família e que se encontra num desnível económico e social. A distinção entre trabalhador subordinado dependente e trabalhador independente ou autónomo, que conferiu unidade à regulação jurídica do trabalhador subordinado no período *fordista*, começa a esvanecer-se e, com isso, a abalar um dos alicerces do Direito do Trabalho<sup>21</sup>. O modelo tradicional da uniformização das condições de trabalho começa a dar lugar a um novo modelo em que o grau de proteção tende a ser diferenciado: nalguns casos – v.g. trabalhadores dirigentes ou quadros técnicos –, os trabalhadores não necessitam de tanta proteção conferida pelo Direito do Trabalho; noutros casos – v.g. trabalhadores grávidas, puérperas ou lactantes ou trabalhadores jovens –, existem necessidades de proteção específica que fogem à lógica da uniformização das condições de trabalho<sup>22</sup>. A uniformização é posta em causa, também, perante a proliferação de categorias *atípicas* de trabalhadores subordinados e, por esta via, um dos alicerces do Direito do Trabalho é também por ele abalado: a crise da concepção unitária do contrato de trabalho e o surgimento de modelos híbridos entre trabalho dependente e independente põem em crise a concepção clássica do Direito do Trabalho. A pulverização de categorias *atípicas* e *especiais* de trabalhadores subordinados, por um lado, bem como a correlativa relativização da uniformidade laboral, associada à melhoria das condições laborais da generalidade dos trabalhadores e ao conseqüente maior afastamento dos trabalhadores em relação às estruturas sindicais, são determinantes para a referida *inflexão* do Direito do Trabalho em

---

21 Cf. RAMALHO, Maria do Rosário. *Direito do trabalho*. Parte I. Dogmática geral, cit., p. 56; e *Tratado de direito do trabalho*. Parte I. Dogmática geral, cit., p. 62 e ss.

22 Cf. RAMALHO, Maria do Rosário. *Tratado de direito do trabalho*. Parte I. Dogmática geral, cit., p. 63-64.

face do caminho que vinha traçando de aprofundamento e universalização da proteção do trabalhador.

A *inflexão* em causa resulta, também, em segundo lugar, do afastamento dos modelos *fordista* e *taylorista* das unidades industriais e empresariais afirmadas e consolidadas, respetivamente, no pós-Primeira e Segunda Guerras Mundiais<sup>23</sup>. O desenvolvimento e o aperfeiçoamento do Direito do Trabalho tiveram por base a unidade empresarial de grande dimensão, estruturada em departamentos, unidades e seções, nas quais a aprovação e a implementação de regulamentos internos e planos de carreiras se justificavam. Foi com base nesta *unidade modelo*, própria do setor secundário, que o Direito do Trabalho se afirmou e se desenvolveu, e foi com base nesta que se modelou o paradigmático *contrato de trabalho* enquanto contrato de trabalho por tempo indeterminado, a tempo completo, em regime de tendencial exclusividade e tendo por base a inserção do trabalhador na unidade produtiva. Ora, também neste domínio se verificaram profundas alterações, mais uma vez externas ao Direito do Trabalho: a partir da década de 1980, o modelo da grande unidade empresarial deu lugar ao modelo das pequenas e médias empresas – empresas menores, mas flexíveis, com modelos de gestão menos rígidos e hierarquizados e com uma definição de competências mais maleável e menos formal. O grosso da atividade empresarial, pelo menos na Europa e nos Estados Unidos da América, deslocou-se do setor secundário para o setor terciário, ou seja, para o setor dos serviços, nomeadamente para o setor tecnológico e financeiro; as unidades empresariais tornaram-se mais ágeis e avessas a organizações internas rígidas e flexíveis, e o Direito do Trabalho, que havia sido pensado e concebido para outro tipo de estrutura, sentiu problemas de adaptação. A pulverização das denominadas *start-ups*, em especial no setor tecnológico e tendo como epicentro a *start-up community of Silicon Valley*, que assenta no trabalho desenvolvido por “individual *entrepreneurs*” com elevado grau de adaptabilidade, agilidade e gosto pelo risco, deu origem a um novo modelo laboral em que empregador e empregado tendem a atuar não como partes distintas com interesses opostos, mas, sim, como aliados<sup>24</sup>.

Com o advento da sociedade da informação e do conhecimento e o desenvolvimento da informática, o trabalho passa a desenvolver-se à distância, potenciando o aparecimento do teletrabalho, do trabalho em rede, da externalização e da subcontratação, dando lugar a um “admirável mundo novo com

23 Cf. RAMALHO, Maria do Rosário. *Tratado de direito do trabalho*. Parte I. Dogmática geral, cit., p. 64-66.

24 Cf. HOFFMAN, Reid; CASNOCHA, Ben; YEH, Chris. Tours of duty – the new employer-employee compact. *Harvard Business Review*, Strategy for Turbulent Time, Boston, June 2013, p. 49 e ss.(50).

multidões de colaboradores (...) que perturba a linearidade e a visão do Direito do Trabalho”<sup>25</sup>.

Por outro lado, os avanços da sociedade da informação e a informatização e a automatização dos locais de trabalho, nomeadamente os avanços na robótica industrial e na área dos serviços, tornaram obsoletos postos de trabalho antes assegurados pelo trabalho humano, num fenómeno que se inicia nos Estados Unidos da América e se alastra para o resto do Mundo Ocidental<sup>26-27</sup>.

É nesse contexto que os apelos à flexibilização do Direito do Trabalho em função das necessidades da empresa, nomeadamente quanto à organização do tempo de trabalho e ao regime das categorias profissionais, se começa a fazer sentir, e é neste contexto, também, que, em unidades de pequena dimensão, a aproximação entre trabalhadores e sócios ou acionistas da empresa se torna mais evidente – a dicotomia empregador/trabalhador esfuma-se e o papel das estruturas de representação dos trabalhadores torna-se diminuto e redutor.

Por outro lado ainda, torna-se evidente a falência do modelo que assentava no (mesmo) trabalho para toda a vida. O paradigma alterou-se. O fim da estabilidade no emprego é uma realidade, que se deve não apenas à necessidade de as empresas serem mais ágeis e flexíveis, mas também à própria mobilidade e à liberdade de ação dos novos e mais qualificados trabalhadores que caracterizam a sociedade<sup>28</sup>.

Mais uma vez: o tradicional Direito do Trabalho sente dificuldades em se impor e em se adaptar e começa, conseqüentemente, a ser questionado por tudo e por todos.

Num terceiro e, porventura, mais importante plano: a Economia passou a dominar a *praxis* política e a vida quotidiana dos cidadãos e o Direito do Trabalho viu-se subalternizado perante os propósitos de sustentabilidade económica e financeira dos Estados e das empresas, as políticas de crescimento económico e os propósitos de afirmação da competitividade das economias através da

---

25 Cf. GOMES, Júlio. *Direito do trabalho*. v. I., cit., p. 108 e ss.

26 Cf. ROTMAN, David. How Technology is destroying jobs. *MIT Technology Review*, v. 116, n. 4, Massachusetts Institute of Technology, Boston, July/August 2013, p. 28 e ss. (29).

27 BRYNJOLFSSON, Erik; MACAFEE, Andrew. *Race against the machine: how the digital revolution is accelerating innovation, driving productivity, and irreversibly transforming employment and the economy*. Boston: Digital Frontiers Press, 2012.

28 Cf. HOFFMAN, Reid; CASNOCHA, Ben; YEH, Chris. Tours of duty – the new employer-employee compact. *Harvard Business Review*, cit., p. 50.

desoneração de encargos do Estado e dos empregadores e da flexibilização e desregulamentação do mercado laboral<sup>29</sup>.

Perante todas estas mudanças, pergunta-se: a mudança que se exige ao Direito do Trabalho pode ser feita em qualquer sentido, ou pelo contrário apenas no sentido mais favorável ao trabalhador?

Existe, no Direito do Trabalho, uma proibição específica de retrocesso social?

#### 4 – A INEXISTÊNCIA DE UMA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NÃO SIGNIFICA QUE NÃO EXISTAM LIMITES

Tal como já deixamos antever nas linhas anteriores, julga-se que o Direito do Trabalho e o seu princípio atomístico, o *princípio da proteção do trabalhador*, não contém nenhuma especificidade ao nível da aplicação de fontes no tempo, como sucede noutros ramos do Direito.

No Direito Penal, por exemplo, em matéria de sucessão de leis no tempo, é normal que os ordenamentos jurídicos admitam a aplicação retroativa de leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido (artigo 29.º, n.º 4, da Constituição portuguesa), assim como é habitual que seja sempre aplicado o regime que concretamente se mostre mais favorável ao agente, salvo se este já tiver sido condenado por sentença transitada em julgado (artigo 2.º, n.º 4, do Código Penal português).

Em matéria de conflito de fontes legais, o Direito do Trabalho não contém nenhum imperativo similar ao que existe no Direito Penal, sendo comum a aplicação das regras de conflito que determinam a aplicação da lei nova em detrimento da lei antiga.

Não existe, sequer, no Direito do Trabalho e na ordem constitucional portuguesa, um subprincípio especial de preservação dos direitos adquiridos dos trabalhadores, em termos tais que, em caso de sucessão de fontes no tempo, a fonte nova não possa, por imperativos de proteção do trabalhador, determinar a supressão de direitos anteriormente concedidos ao trabalhador através da fonte antiga. Não existe, no Direito do Trabalho português, um princípio de manutenção dos direitos adquiridos como decorrência lógica do *princípio da proteção do trabalhador*, assim como não existe um alegado subprincípio do *não retrocesso social*.

---

29 A propósito da *Deregolamentazione del mercato del lavoro*, veja-se nomeadamente: ROCCELLA, Massimo. *Manuali di diritto del lavoro*. 4. ed., cit., p. 15 e ss.

Em todo o caso, importa atender a duas especificidades.

Por um lado, cumpre assinalar que, se nos casos de sucessão de leis no tempo não existe, neste ramo do direito, qualquer princípio específico de manutenção dos direitos adquiridos, já o mesmo não sucede a propósito das hipóteses de sucessão de convenções coletivas de trabalho. Neste último caso, ao contrário da sucessão de leis no tempo, a lei consagra uma regra específica segundo a qual os direitos decorrentes de convenção coletiva só podem ser reduzidos por nova convenção de cujo texto conste, em termos expressos, o seu carácter globalmente mais favorável ao trabalhador (artigo 503.º, n.º 3, do Código do Trabalho) – a este nível, concordando-se ou discordando-se da solução, parece-nos indubitável que, em termos de direito constituído, se acolhe uma projeção do “(sub)princípio do tratamento mais favorável”<sup>30</sup>.

Por outro lado, mesmo em sede de sucessão de leis no tempo e, apesar de não existir qualquer proibição geral de retrocesso social, recuperamos o que há pouco já foi afirmado – o *princípio da proteção do trabalhador*, fazendo parte da ordem objetiva de valores da Constituição portuguesa, limita as mudanças legislativas que podem ser levadas a efeito, assumindo-se como um bastião ou o *mínimo ético* do Direito do Trabalho, afirmando a *ideia* ou o *sentido* do Direito do Trabalho.

A ideia é esta: há determinadas normas que fazem parte do edifício do Direito do Trabalho e que tendem a ser absolutamente intransponíveis, fazendo parte de um núcleo irredutível que não pode ser questionado, por se relacionar com a proteção do trabalhador enquanto pessoa. O *princípio da proteção do trabalhador* tende, pois, máxime nos tempos que correm, atuar como elemento de preservação do próprio Direito do Trabalho, afirmando os seus valores e garantindo um núcleo de direitos que sem os quais este ramo do Direito sairia descaracterizado.

As referidas matérias que se prendem com a dignidade do trabalhador e a proteção dos seus *direitos de cidadania* – igualdade e não discriminação e direitos de personalidade –, por um lado, bem como as que dizem respeito à proteção da sua saúde – segurança, higiene e saúde no trabalho e prevenção e reparação de danos emergentes de acidentes de trabalho e de doenças profissionais –, por outro lado, fazem parte daquilo a que podemos apelidar de núcleo irredutível do Direito do Trabalho. O mesmo acontece, em sede de execução do contrato de trabalho, com alguns subprincípios relativos à duração do tempo de trabalho e ao direito ao repouso, com a tutela da retribuição ou de algumas

---

30 Veja-se, sobre este tema: DRAY, Guilherme. *O princípio da proteção do trabalhador*, cit., p. 528 e ss.

garantias básicas do trabalhador e, ao nível da cessação do contrato de trabalho, com a regra que proscreve os despedimentos sem justa causa. Faz sentido, pois, aludir-se a um núcleo irreduzível de normas e princípios do Direito do Trabalho que compõem, em conjunto e de forma articulada, o aludido *princípio da proteção do trabalhador*.

De resto, a ideia de núcleo irreduzível de direitos é muito utilizada no Direito Constitucional, quer ao nível dos chamados limites externos ao poder constituinte originário, ou seja, aos que se impõem à totalidade dos Estados, quer, acima de tudo, a propósito dos limites internos ou dos habitualmente denominados limites materiais da revisão constitucional. A propósito dos limites internos (materiais) de revisão constitucional, é sempre útil recordar as palavras de Gomes Canotilho e de Vital Moreira, segundo as quais “a revisão serve para alterar a Constituição, mas não para mudar de Constituição. Os limites materiais à revisão pretendem justamente impedir as revisões aniquiladoras da identidade constitucional”<sup>31</sup>. É esse, aliás, o sentido que se retira, a título exemplificativo, mas emblemático, do texto da Constituição da Noruega de 1814, que utiliza, no artigo 112.º, uma fórmula abrangente e genérica, segundo a qual as alterações à Constituição “não devem nunca contradizer os princípios previstos nesta Constituição, mas apenas implicar modificações de disposições concretas que não alterem o espírito da Constituição”.

É esse, afinal, o sentido que podemos retirar do princípio da proteção do trabalhador, enquanto elemento conformador da atividade do legislador. Neste domínio, o *princípio da proteção do trabalhador* e algumas das suas concretizações, previstas na Constituição portuguesa (v.g., nos limites materiais da revisão constitucional previstos no artigo 288.º, alínea e) e nalguns textos de direito internacional (v.g., na DUDH), bem como nalguns preceitos específicos do Código do Trabalho (v.g., nos artigos 3.º, n.º 3, 7.º ou 10.º), devem ser vistos também como um *limite material* de revisão ou modificação do Direito do Trabalho, com o seguinte alcance: o Direito do Trabalho, finalisticamente orientado para a proteção do trabalhador, pode ser modificado, alterado ou atualizado, mas a sua “partícula de Deus” não pode, contudo, ser suprimida ou substancialmente modificada, sob pena de ser o próprio Direito do Trabalho, enquanto ramo de direito dotado de autonomia dogmática, a ser posto em causa.

Advogamos, pois, a existência de *limites* ao poder de modificação do Direito do Trabalho.

---

31 Cf. CANOTILHO, José Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. Anotação (I) ao artigo 288.º, p. 1.061.

Não se trata de limites absolutos ou que inviabilizem qualquer alteração legislativa; trata-se, isso sim, de limites que condicionam as alterações levadas a efeito no âmbito do Direito do Trabalho e que têm em vista garantir a intangibilidade de um núcleo essencial de normas e princípios que resultam, de forma direta, do *princípio da proteção do trabalhador*.

O *princípio da proteção do trabalhador* não pode ser suprimido, nem relegado a um mero resquício histórico, atentas as suas potencialidades e virtudes, que mantêm plena atualidade; as alterações a operar no Direito do Trabalho podem e devem, isso sim, envolver os subprincípios concretizadores daquele “princípio mãe”, de forma a adaptá-los às modificações que se vão operando no mundo do trabalho, desde que não ponham em causa o sistema de valores deste ramo do Direito e na medida em que essas mudanças não afetem o *princípio da proteção do trabalhador* propriamente dito, que tende a ser imutável ou intemporal.

O *princípio da proteção do trabalhador* contém um comando *normativo* e axiológico: o trabalhador deve ser tratado com dignidade, devendo ser respeitados, no âmbito do contrato de trabalho, os respetivos direitos de personalidade e o direito à igualdade e não discriminação, sendo-lhe paga uma retribuição que lhe garanta uma existência condigna e sendo proibidos os despedimentos sem justa causa. Mais do que um princípio meramente descritivo, o princípio em causa assume-se como um princípio *diretivo*, com um conteúdo simultaneamente *prescritivo* e *proibitivo*, em nome da afirmação da *liberdade positiva* do trabalhador.

Em última instância, ao afirmarmos os valores essenciais do Direito do Trabalho, estamos, afinal, a contribuir para o valor civilista da *liberdade* e do *livre-desenvolvimento da personalidade*: o trabalhador que seja tratado com dignidade e que receba uma retribuição condigna pelo trabalho que desenvolve adquire, consequentemente, as condições necessárias para se afirmar como um homem *livre e independente*<sup>32</sup>, que pode exercer de forma plena a sua *cidadania*<sup>33</sup>, determinar *o tipo de vida que quer viver*<sup>34</sup> e dar azo, nesse sentido, ao *princípio da igualdade material de oportunidades* ou à ideia de *equality of fair*

32 Veja-se, a este propósito, nos termos acima assinalados, Kyle Swan, segundo o qual o *princípio da igualdade republicano* visa, nomeadamente, garantir a todos os cidadãos “(...) a level of capabilities minimally necessary for operating as a free and independent citizen” (cf. Republican equality. *Social Theory and Practice*, Department of Philosophy The Florida State University, cit., July 2012, p. 454.

33 Recordar-se, a este propósito, a *supra* citada frase de Suzy Killmister, “autonomous persons are self-governing” (cf. Autonomy and the problem of socialization. *Social Theory and Practice*, Department of Philosophy The Florida State University, cit., p. 95).

34 Cf. SEN, Amartya. *A ideia de justiça*, cit., p. 313.

*opportunity* de John Rawls<sup>35</sup>. Como sustenta Harry Arthurs, o Direito do Trabalho, ainda que porventura em novos moldes, deve continuar a atuar “to seek justice in the work place and the labour market”<sup>36</sup>, de forma a garantir a defesa daquilo a que certa doutrina chama de *personality in work*<sup>37</sup>. Até porque, como ensina Amartya Sen, a Economia não tem que ser tão congenitamente hostil à *felicidade*. Pelo contrário: a disciplina da economia do bem-estar (*welfare economics*), que é a parte da economia que trata da avaliação das políticas a seguir, apresenta já um longo historial de pôr a *felicidade* no ponto mais central da disciplina de avaliação, vendo nela o único guia capaz de promover o bem-estar humano e as vantagens usufruídas pelos cidadãos<sup>38</sup>. Nesse sentido, como recorda Simon Deakin, o Direito do Trabalho, na exata medida em que contibua para a afirmação da *liberdade positiva* do trabalhador e para a sua normal aspiração “to achieve (...) social and economic goals”, pode ter um papel decisivo “to Economic and Human development”<sup>39</sup>.

Vejamos, agora, antes de concluir, o caso português.

Por outras palavras, em que medida o *princípio da proteção do trabalhador* esteve presente naquilo a que muitos autores apelidaram de “jurisprudência constitucional da crise”.

## 5 – O CASO PORTUGUÊS: O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DO TRABALHADOR E A JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL DA CRISE

### 5.1 – A Constituição Laboral

A Constituição portuguesa contém um capítulo (Capítulo III do Título II – artigos 53.º a 57.º) especificamente dedicado a *direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores*, dando corpo à habitualmente denominada “Constituição

35 Cf. RAWLS, John. *Justice as fairness: a restatement*. Ed. by Erin Kelly. Cambridge: Harvard University Press, 2001.

36 Cf. ARTHURS, Harry. Labour law after labour. *The Idea of Labour Law*, cit., p. 13-29 (p. 27).

37 Veja-se, a este propósito: FREEDLAND, Mark; KOUNTOURIS, Nicola. The legal characterization of personal work relations and the idea of labour law. *The Idea of Labour Law*, cit., p. 190-208, para quem a *ideia do Direito do Trabalho* se centra no conceito de *personality in work*, ideia essa que abarca “the objectives of promoting dignity, capability and stability in the arranging and conduct of personal work relations” (p. 208).

38 Cf. SEM, Amartya. *A ideia de justiça*, cit., p. 365 e 368 e ss. Veja-se, também, do mesmo autor: *Rationality and Freedom*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 2002. Sobre a relação entre economia e felicidade, veja-se: LAYARD, Richard. *Happiness: a revolution in economics*. Penguin Press, 2005.

39 Cf. DEAKIN, Simon. The contribution of labour law to economic and human development. *The Idea of Labour Law*, cit., p. 156-175 (p. 157).

Laboral”, garantindo em simultâneo determinados *direitos sociais*, previstos no Capítulo I do Título III (artigos 58.º e 59.º)<sup>40</sup>.

No primeiro grupo de direitos, previstos no Capítulo III do Título II, é possível descortinar o *direito à segurança no emprego*, através da proibição de despedimentos sem justa causa ou fundados em motivos políticos e ideológicos (artigo 53.º), o *direito à inscrição sindical* (artigo 55.º, n.º 2, alínea *b*) e o *direito de adesão individual à greve* (artigo 57.º); a *liberdade sindical* (artigo 55.º) e o *direito de associação sindical e contratação coletiva* (artigo 56.º). Trata-se, em todas estas situações, de direitos que vinculam os poderes públicos e privados (artigo 18.º), sendo como tal diretamente oponíveis aos próprios empregadores; as leis que se lhes refiram estão sujeitas a reserva de competência legislativa da Assembleia da República (artigo 165.º, n.º 1, alínea *b*); e o seu regime deve ser respeitado pelas leis de revisão constitucional (artigo 288.º, alíneas *d* e *e*).

No segundo grupo de direitos, encontramos direitos programáticos<sup>41</sup> ou sociais<sup>42</sup>, que têm como destinatário o próprio Estado e que se concretizam, designadamente, no *direito ao trabalho* (artigo 58.º); no *direito à retribuição do trabalho* (artigo 59.º, n.º 1, alínea *a*), segundo o princípio de que “para trabalho igual, salário igual”, de forma a garantir uma “existência condigna”; no *direito à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes* (artigo 59.º, n.º 1, alínea *b*); no *direito à prestação do trabalho em condições de higiene e segurança* (artigo 59.º, n.º 1, alínea *c*); no *direito ao repouso e aos lazeres*, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas (artigo 59.º, n.º 1, alínea *d*); no *direito à assistência material*, quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego (artigo 59.º, n.º 1, alínea *e*); no *direito à assistência e justa reparação*, quando vítimas de acidente de trabalho ou de doença profissional (artigo 59.º, n.º 1, alínea *f*); e na imposição, feita ao Estado, de proteger o trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto, bem como o trabalho dos menores, dos diminuídos e dos que desempenhem atividades particularmente perigosas.

---

40 Sobre a distinção entre “direitos, liberdades e garantias” e “direitos económicos, sociais e culturais”, v.: MIRANDA, Jorge. O regime dos direitos, liberdades e garantias. *Estudos Sobre a Constituição*, III, p. 41 ss.

41 A este propósito, veja-se: CAUPERS, João. *Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a Constituição*, cit., p. 103 ss.; ANDRADE, Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 198 ss.; PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 105 ss.; ABRANTES, José João. *Direito do trabalho e Constituição. Direito do Trabalho*, Ensaios, cit., p. 41 ss.

42 A propósito dos “direitos sociais” *positivados na Constituição*, veja-se: NOVAIS, Jorge Reis. *Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

A ideia é, pois, a de promover uma igualdade real entre os cidadãos, através da concessão de especiais direitos de tutela atribuídos, neste caso, aos trabalhadores, enquanto categoria de cidadãos que se encontra numa situação de inferioridade suscetível de pôr em causa a sua liberdade negocial.

Ou seja: na base dos direitos fundamentais dos trabalhadores, quer dos *direitos, liberdades e garantias*, quer dos *direitos económicos, sociais e culturais*, está uma preocupação de proteção do trabalhador e da sua dignidade, própria de um “Estado ético”<sup>43</sup>.

O *princípio da proteção do trabalhador* é, assim, o princípio-chave que está por detrás dos valores constitucionais do subsistema laboral e que tem orientado a evolução do Direito do Trabalho, desde a sua génese até a atualidade<sup>44</sup>. Os valores constitucionais em apreço, por sua vez, têm um sentido muito claro: visam, no essencial, garantir a preservação de um núcleo irredutível de direitos dos trabalhadores, no âmbito da relação de trabalho – visam, no limite, garantir a preservação da sua dignidade enquanto cidadãos que atuam no mundo do trabalho<sup>45</sup>.

## 5.2 – A crise das dívidas soberanas

No dia 14 de setembro de 2008, ocorreu a falência do Lehman Brothers, o quarto maior banco de negócios dos Estados Unidos da América, facto que abalou de forma considerável o sistema financeiro mundial e que esteve na origem de uma das mais graves crises sentidas na Europa – a chamada “crise das dívidas soberanas”.

A crise em apreço, na Europa, afetou significativamente os países da periferia (v.g., Islândia, Irlanda, Grécia, Espanha e Itália), e Portugal não fugiu à regra. Neste contexto, no dia 6 de abril de 2011, o XVIII Governo Constitucional solicitou à União Europeia e ao Fundo Monetário Internacional um pedido de assistência financeira, tendo em vista garantir condições de financiamento a Portugal, ao sistema financeiro nacional e à economia portuguesa.

Na sequência do referido pedido de assistência financeira, o Governo assinou dois acordos: o Memorando de Entendimento sobre as Condiçiona-

---

43 Cf. GAMBA, Juliane Caravieri Martins. Dignidade do trabalhador e políticas públicas: perspectivas no âmbito do Estado ético. In: PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 115 e ss.

44 Veja-se, a este propósito: DRAY, Guilherme. *O princípio da proteção do trabalhador*. Coimbra: Almedina, 2015; e *O princípio da proteção do trabalhador*. São Paulo: LTr, 2015.

45 Veja-se, a este propósito, a obra coletiva: COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida (Coord.). *Direitos constitucionais dos trabalhadores e dignidade da pessoa humana*. São Paulo: LTr, 2015.

lidades de Política Económica com o Banco Central Europeu e a Comissão Europeia; e o Memorando de Políticas Económicas e Financeiras, com o Fundo Monetário Internacional.

Ambos os acordos incluíram cláusula sobre as políticas de emprego e sobre o mercado laboral<sup>46-47</sup>. Em ambos os casos, o que se teve em vista não foi o aperfeiçoamento do sistema juslaboral ou qualquer avanço na Ciência Jurídica, o propósito foi exclusivamente de natureza económica.

O fundamento das alterações preconizadas é simples de enunciar: na perspetiva da *troika*, o regime legal de proteção do trabalhador foi visto como um obstáculo à competitividade das empresas e da economia nacional. Haveria, pois, que diminuir o grau de proteção do trabalhador.

Neste contexto, foi aprovado, entre 2011 e 2012, um conjunto significativo de alterações ao Código do Trabalho (CT), em especial através da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho. E foi neste contexto, também, que o XIX Governo Constitucional enveredou por uma fortíssima política de contenção de custos ou de “austeridade”, nomeadamente através da redução de retribuições e das pensões de reforma.

Entrou-se, por esta via, numa nova fase da evolução do Direito do Trabalho – *Direito do Trabalho de exceção*<sup>48</sup> –, na qual os direitos laborais foram indexados ao ciclo económico de austeridade, que transfere para os cidadãos os custos da recuperação do sistema financeiro. À luz dessa indexação, envereda-se

---

46 No “MoU” acordado com a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu, foram acolhidas normas sobre o mercado de trabalho e a política de emprego. A este último propósito, o “MoU” enunciou os seguintes objetivos: “Implementar reformas na legislação relativa à proteção ao emprego para combater a segmentação do mercado de trabalho, promover a criação de emprego e facilitar a transição dos trabalhadores entre várias atividades, empresas e setores; facilitar os regimes dos tempos de trabalho para conter flutuações de emprego ao longo do ciclo, acomodar melhor as diferenças de padrões de trabalho nos diferentes setores e empresas e aumentar a competitividade das empresas; promover uma evolução dos custos do trabalho consistente com a criação de emprego e a melhoria da competitividade; garantir boas práticas e recursos apropriados para Políticas Activas do Mercado de Trabalho, com o objectivo de melhorar a empregabilidade dos jovens e das categorias desfavorecidas e minorar os desajustamentos no mercado de trabalho (...)”.

47 No mesmo sentido, ainda que de forma menos desenvolvida, o “MEFP” incluiu também regras relativas ao “mercado de trabalho”, enquadrando-as no objetivo mais vasto de melhoria da competitividade da economia. Alude-se, a esse propósito, à necessidade de se “alinhar as compensações por cessação de contrato de trabalho sem termo e a termo certo, reduzindo as compensações para todos os novos contratos a 10 dias por cada ano de efectividade, com 10 dias adicionais suportados por um fundo financiado pelos empregadores”, à redução da “duração máxima do subsídio de desemprego para não mais do que 18 meses” e à necessidade de se garantir que, “ao longo da vigência do programa, qualquer aumento do salário mínimo apenas ocorrerá se as condições económicas o justificarem e for acordado no contexto das revisões periódicas do programa”.

48 Cf. FERREIRA, António Casimiro. Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção. *Vida Económica*, Lisboa, 2012, p. 75 e ss.

por uma política de erosão dos direitos sociais e laborais, vistos como barreiras a eliminar no quadro de resposta à crise económica e financeira da Europa. As reformas laborais passam, por esta via, não apenas a apostar na flexibilização do Direito do Trabalho, como sucedeu nos finais da década de 1990, mas a apostar também na redução dos custos salariais, na diminuição das indemnizações por despedimento, na facilitação dos despedimentos por razões objetivas, na maior flexibilização da gestão do tempo de trabalho e na imposição de pesadas restrições à negociação coletiva através da fixação de normas imperativas absolutas que esvaziam de forma considerável a autorregulamentação de interesses que sempre marcou o Direito do Trabalho tradicional<sup>49</sup>.

As reformas laborais deixam de assumir contorno nacional e são “desnacionalizadas”, passando a assumir-se como um produto de mercado utilizado como caução do apoio externo, ou como uma moeda de troca para efeitos de obtenção de financiamento internacional. *O princípio da proteção do trabalhador* não foi tido em consideração enquanto elemento conformador de política legislativa – a reforma laboral levada a efeito teve por fundamento, apenas, preocupações de natureza económica e foi instrumentalizada em função das mesmas.

Em particular, no caso português, o sentido geral da *reforma* laboral é simples de enunciar: maior flexibilização da relação laboral, nomeadamente quanto à gestão do tempo de trabalho; redução de benefícios do trabalhador, nomeadamente quanto a férias, descanso e remuneração compensatória decorrente da prestação de trabalho suplementar; maior facilidade em promover o despedimento, quer por redução de custos para o empregador ao nível da compensação a pagar ao trabalhador, quer por força da atenuação de determinados requisitos ao nível do despedimento coletivo, por extinção do posto de trabalho e por inadaptação; maior individualização da relação de trabalho, admitindo-se a obtenção de acordos entre empregador e trabalhador quando antes se exigia a intervenção de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho, nomeadamente ao nível da gestão do tempo de trabalho – *v.g., banco de horas individual*; menor intervenção do ministério responsável pela área laboral em diversos assuntos relacionados com a vida laboral; maior descentralização da negociação coletiva, admitindo-se, de forma mais alargada, que esta possa ser levada a efeito por outras estruturas representativas de trabalhadores que não as associações sindicais; redução do papel anteriormente atribuído aos instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e diminuição das normas convénio-dispositivas.

---

49 Veja-se, a este propósito: DRAY, Guilherme. *O princípio da proteção do trabalhador*, cit., p. 285 e ss.

A *reforma* do CT foi, pois, de um modo geral, levada a efeito como uma exigência da economia de mercado, seguindo uma tendência que se vinha revelando a partir da primeira década do século XXI<sup>50</sup> e que foi precipitada com o advento da crise das dívidas soberanas. A *reforma* em causa visou, no essencial, a limitação dos custos da força de trabalho<sup>51</sup>.

Em qualquer caso, a evolução acima exposta permitiu, paradoxalmente, que se recordassem e invocassem os valores axiológicos do sistema laboral que estiveram na origem do Direito do Trabalho e que determinaram o seu desenvolvimento, valores esses unificados, como se afirmou, pelo *princípio da proteção do trabalhador*: apesar de não ter estado na origem desta *reforma*, o princípio em causa não deixou de estar presente naquele conturbado momento, limitando e balizando os efeitos desta. E a lição que se tira é esta: mesmo quando contraditado ou posto em crise, o *princípio da proteção do trabalhador* mantém a sua importância, que pode até, no limite, sair reforçada: as investidas levadas a efeito contra o Direito do Trabalho fazem sobressair o que este tem de mais profundo e de mais central.

Nesse sentido, através de alguns dos seus subprincípios operativos<sup>52</sup>, como seja o da *segurança no emprego*, o princípio em causa esteve na origem da declaração de inconstitucionalidade de algumas das normas da referida Lei n.º 23/2012, na sequência do papel (decisivo) desempenhado pelo Tribunal Constitucional português.

É o que veremos em seguida, recordando de forma sintética o essencial daquela atuação, pela sua natureza emblemática.

### 5.3 – O papel (decisivo) do Tribunal Constitucional português

Durante o período crítico da crise das dívidas soberanas, o papel do Tribunal Constitucional (TC) na defesa da Constituição e do seu sistema de valores foi determinante, nomeadamente ao nível das relações de trabalho e da preservação do núcleo essencial do Direito do Trabalho<sup>53</sup>.

50 Veja-se, a este propósito: JEAMMAUD, Antoine. *Le droit du travail confronté à l'économie*. Paris: Dalloz, 2005. em especial p. 39-51.

51 Sobre esta tendência, veja-se: PELISSIER, Jean; SUPIOT, Alain; JEAMMAUD, Antoine. *Droit du travail*. 24. édition. Paris: Dalloz, 2008. p. 11.

52 A propósito dos subprincípios operativos do *princípio da proteção do trabalhador* e das suas diversas concretizações, designadamente a nível interpretativo-aplicativo, nos domínios da formação, execução e cessação do contrato de trabalho, bem como enquanto elemento de conformação legislativa, veja-se: DRAY, Guilherme. *O princípio da proteção do trabalhador*, cit.

53 Sobre a atuação do Tribunal Constitucional português durante a época da crise, veja-se: DRAY, Guilherme. O direito do trabalho na jurisprudência constitucional da crise. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano LVI, ns. 1-3, jan./set. 2015, Coimbra, Almedina, p. 155 e ss.

A reforma de 2012 do CT não fugiu à regra: a lei em apreço foi apreciada pelo TC e algumas das suas normas, em especial as que dizem respeito à cessação do contrato de trabalho e que lidam, conseqüentemente, com o princípio constitucional da *segurança no emprego*, foram declaradas inconstitucionais, no Acórdão 602/2013, de 20 de setembro, cujos traços essenciais cumpre recordar.

Desde logo, foi declarado inconstitucional o enunciado normativo do novo n.º 2 do artigo 368.º do CT, na parte em que este, ao contrário do que sucedia anteriormente, atribuía ao empregador a tarefa de definição dos critérios que devem presidir à seleção do trabalhador a despedir no caso do *despedimento por extinção do posto de trabalho*. Ou seja, ao passo que, na versão anterior à Lei n.º 23/1012, a individualização do posto de trabalho a extinguir obedecia a uma previsão legal de recorte determinado (uma ordem de prioridades baseadas na antiguidade dos trabalhadores envolvidos no posto, na categoria e na empresa), a nova versão do artigo 368.º, n.º 2, atribuía a escolha do trabalhador a despedir ao empregador, ainda que segundo critérios “relevantes e não discriminatórios”.

Pois bem: o TC entendeu que possibilidade de o empregador escolher o trabalhador a despedir através da definição prévia de critérios “relevantes” e “não discriminatórios” assenta em “(...) conceitos vagos e indeterminados, desprovidos de um mínimo de precisão e de eficácia”<sup>54</sup>. Nesse sentido, o Tribunal entendeu que a norma questionada abria “(...) a porta a despedimentos arbitrários ou judicialmente incontroláveis”. E, por essa razão, o Tribunal concluiu que “o n.º 2 do artigo 368.º do Código do Trabalho, na redação dada pela Lei n.º 23/2012 (...) viola a proibição de despedimentos sem justa causa consagrada no artigo 53.º da Constituição, na medida em que não fornece as necessárias indicações normativas quanto aos critérios que devem presidir à decisão do empregador de seleção do posto de trabalho a extinguir”<sup>55</sup>.

O princípio da proteção do trabalhador, através do seu subprincípio operativo – *princípio da segurança no emprego* –, jogou um papel decisivo<sup>56</sup>.

54 Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 602/2013, de 20 de setembro. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130602.html>>. Acesso em: 26 set. 2013, p. 82.

55 Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 602/2013, cit., p. 84.

56 Recordar-se que, na sequência da referida declaração de inconstitucionalidade, a Assembleia da República aprovou, alguns meses mais tarde, a Lei n.º 27/2014, de 8 de maio, que procedeu à sexta alteração ao CT/2009, conferindo nova redação ao citado artigo 368.º, n.º 2, estabelecendo que, havendo na secção ou na estrutura equivalente, uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcionalmente idêntico, o empregador, para determinação do posto de trabalho a extinguir, deve seguir a seguinte ordem de critérios relevantes e não discriminatórios: a) pior avaliação de desempenho, com parâmetros previamente conhecidos pelo trabalhador; b) menores habilitações académicas e profissionais; c) maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral do trabalhador da empresa; d) menor experiência na função; e e) menor antiguidade na empresa.

Em segundo lugar, o TC declarou também a inconstitucionalidade do novo artigo 368.º, n.º 4, do CT, neste caso à luz do Direito Constitucional À Negociação Coletiva.

A redação anterior à Lei n.º 23/2012 fazia depender a impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho da demonstração de que o empregador não dispunha de outro posto de trabalho compatível com a categoria profissional do trabalhador. A nova redação conferida ao citado n.º 4 do artigo 368.º dava por assente essa impossibilidade “quando o empregador demonstre ter observado critérios relevantes e não discriminatórios em face dos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”. Ou seja, apesar de manter a impossibilidade de subsistência da relação de trabalho como requisito geral do despedimento por extinção do posto de trabalho, a Lei n.º 23/2012, no caso de haver uma pluralidade de postos de trabalho de conteúdo funcional idêntico, utilizou o mesmo critério a que sujeitava a identificação do posto de trabalho a extinguir, nos termos do artigo 368.º, n.º 2. Ora, com esta solução, entendeu (bem) o Tribunal que o novo regime “revoga, na prática, a regra que impunha ao empregador o dever de oferecer ao trabalhador um posto de trabalho alternativo, quando ele existisse na empresa”<sup>57</sup>. Ou seja, “o regime impugnado gera a possibilidade de despedimento num quadro circunstancial em que existe um outro posto de trabalho disponível na empresa e em que o trabalhador anteriormente ocupado no posto extinto esteja disponível para aceitar a mudança de funções. Nessas circunstâncias, a extinção do posto de trabalho, só por si, não põe em causa a subsistência da relação de trabalho, o mesmo é dizer, a preservação do emprego, sendo por isso inconstitucional”<sup>58</sup>. O Tribunal concluiu, enfim, que a norma em causa “viola a proibição de despedimentos sem justa causa consagrada no artigo 53.º da Constituição, pelo que deve ser declarada inconstitucional”<sup>59-60</sup>.

Em terceiro lugar, o TC declarou inconstitucional, a propósito do despedimento por inadaptação, pelas mesmas razões que estiveram na origem da inconstitucionalidade do artigo 368.º, n.º 4, a revogação da alínea *d*) do n.º 1 do artigo 375.º do CT, que exigia a verificação da impossibilidade de subsistência do vínculo laboral pela inexistência na empresa de um outro posto de trabalho

57 Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 602/2013, cit., p. 85.

58 Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 602/2013, cit., p. 88.

59 Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 602/2013, cit., p. 89.

60 Também neste caso, na sequência da declaração de inconstitucionalidade em apreço, a Lei n.º 27/2014, de 8 de maio, conferiu nova redação ao citado artigo 368.º, n.º 4, estabelecendo que, uma vez extinto o posto de trabalho, apenas se considera que a subsistência da relação de trabalho é praticamente impossível quando o empregador não disponha de outro compatível com a categoria profissional do trabalhador.

disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador. A citada alínea *d* prescrevia, como requisito do despedimento, que não existisse na empresa outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador, exigência essa que estava ligada ao requisito da impossibilidade prática da subsistência da relação de trabalho, que continua a constar do n.º 1 do artigo 374.º do CT. Nesse sentido, o Tribunal concluiu, também (e bem, mais uma vez), que “o despedimento por causas objetivas deve ser configurado como *ultima ratio*, o que não é compatível com a dispensa de integrar o trabalhador em posto de trabalho alternativo, quando este exista”<sup>61</sup>, razão pela qual declarou inconstitucional a revogação da alínea *d*, do n.º 1 artigo 375.º do CT.

No mesmo sentido e agora quanto à modalidade de despedimento por inadaptação sem que tenham ocorrido modificações no local de trabalho (o habitualmente denominado *despedimento por inaptidão*), o Tribunal, sem prejuízo de admitir que em termos substantivos se trata de uma modalidade de *justa causa objetiva*, concluiu, também, pelas mesmas razões, que “se, para formular o juízo de inexigibilidade de manutenção do trabalhador cuja inaptidão se revelou na sequência da introdução de modificações no seu posto de trabalho, é essencial que o empregador não disponha na empresa de outro posto de trabalho compatível com a qualificação profissional do trabalhador (...), não se vê por que razão a situação deva ser diferente, no tocante ao juízo de inexigibilidade, nos casos em que a inadaptação do trabalhador se revele independentemente de terem sido introduzidas modificações no seu posto de trabalho. O problema, em termos de impossibilidade prática de subsistência da relação de trabalho (...) é exatamente o mesmo nas duas situações”<sup>62</sup>.

Em suma: o TC declarou a inconstitucionalidade da norma do artigo 9.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2012, de 25 de junho, na parte em que procedeu à revogação da alínea *d*) do n.º 1 do artigo 375.º do CT, por violação, mais uma vez, da proibição de despedimentos sem justa causa consagrada no artigo 53.º da Constituição<sup>63</sup>.

Por fim: o TC declarou a inconstitucionalidade dos n.ºs 2 e 5 do artigo 7.º da referida Lei n.º 23/2012.

61 Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 602/2013, cit., p. 97.

62 Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 602/2013, cit., p. 105.

63 Recordar-se que, também neste caso, na sequência da declaração de inconstitucionalidade em apreço, a Lei n.º 27/2014, de 8 de maio, conferiu nova redação à alínea *d*) do citado artigo 375.º, n.º 1, retomando a regra segundo a qual a impossibilidade de subsistência do vínculo laboral só ocorre quando não exista, na empresa, outro posto de trabalho disponível e compatível com a qualificação profissional do trabalhador.

No primeiro caso – artigo 7.º, n.º 2 –, estava em causa a norma que determinava a *nulidade* das disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e as cláusulas de contratos de trabalho celebrados antes da entrada em vigor desta lei que dispusessem sobre *descanso compensatório por trabalho suplementar* prestado em dia útil, em dia de descanso semanal complementar ou em feriado. No segundo caso – artigo 7.º, n.º 5 –, estava em causa a norma que declarava a *redução* das disposições de instrumentos de regulamentação coletiva de trabalho e das cláusulas de contratos de trabalho que, decorrido o prazo de dois anos, contados a partir da entrada em vigor desta mesma Lei, não tivessem sido alteradas de forma a adaptarem-se à supressão do regime de *majoração ao período anual de férias*.

Neste caso, o Tribunal considerou tais normas “inconstitucionais por violarem as disposições conjugadas dos artigos 56.º, n.ºs 3 e 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição”<sup>64-65</sup>. Considerou-se, enfim, ter sido posto em causa o direito constitucional à contratação coletiva<sup>66</sup>.

Em suma: o TC julgou inconstitucionais normas relativas ao *despedimento por extinção do posto de trabalho*, normas relativas ao *despedimento por inadaptação* e normas relativas ao *conflito hierárquico* entre a lei e os *instrumentos de regulamentação coletiva do trabalho*, fazendo-o, no essencial, em nome do princípio constitucional da *segurança no emprego* e do direito constitucional à contratação coletiva.

Fê-lo, em suma, em nome dos valores constitucionais e da ordem objetiva de valores constantes da “Constituição Laboral” *supra* enunciada, a qual, como se afirmou, é pautada pelo *princípio da proteção do trabalhador*.

O caso português tem esta grande virtude: ele mostra que o *princípio da proteção do trabalhador*, na medida em que esteja positivado no sistema de valores da Constituição, desempenha um papel importantíssimo na preservação e na manutenção do Direito do Trabalho e da sua *basic idea*, que assenta na proteção da parte mais fraca e no equilíbrio contratual.

Em Portugal, não obstante as iniciativas legislativas que foram promovidas a partir de 2012, destinadas a diminuir o custo do trabalho e a alterar o equilíbrio de forças do Direito do Trabalho, quer no setor privado, quer no setor público, a verdade é que o núcleo central deste ramo do Direito, alicerçado no

64 Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 602/2013, cit., p. 124.

65 Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional 602/2013, cit., p. 129.

66 Recordar-se que os citados n.ºs 2 e 5 do artigo 7.º da Lei n.º 23/2012 foram, mais tarde, revogados pelo artigo 3.º da Lei n.º 48-A/2014, de 31 de julho.

*princípio da proteção do trabalhador* e na sua *primazia axiológica*<sup>67</sup> e constitucional, foi preservado, em grande parte graças à atuação do TC.

A ideia é simples: na medida em que este princípio se encontra incorporado no sistema de valores da Constituição e no elenco de *direitos, liberdades e garantias* dos trabalhadores expresso nos seus artigos 53.º e ss., qualquer regra que venha a ser aprovada pelo poder legislativo e que se mostre contrária ao *princípio da proteção do trabalhador* tende, conseqüentemente, a ser uma regra inconstitucional, filtrada nos termos dos artigos 277.º e ss. da Constituição. Quer a Constituição, quer a Declaração Universal dos Direitos do Homem, acolhida no nosso sistema nos termos do artigo 16.º, n.º 2, da Lei Fundamental, atuam, pois, como *limites externos* à modificação do Direito do Trabalho.

Foi isso, no essencial, o que sucedeu na aludida “jurisprudência constitucional da crise”: o *princípio da proteção do trabalhador*, através das suas regras positivadas na Constituição, funcionou como um *limite* à modificação do Direito do Trabalho, fazendo sobressair o que já assinalamos anteriormente – o Direito do Trabalho pode e deve ser alterado e atualizar-se em função do devir social; as modificações levadas a efeito não devem, todavia, subverter os valores essenciais deste ramo do Direito, plasmados no seu princípio jurídico central.

## 6 – CONCLUSÃO: A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA E O CASO BRASILEIRO

O que foi dito e apresentado ao longo do presente artigo a propósito do sentido do Direito do Trabalho e do *princípio da proteção do trabalhador*, por um lado, bem como o que foi retratado sobre a atuação do Tribunal Constitucional português, por outro lado, permitem que concluamos no seguinte sentido: as alterações levadas a efeito no Direito do Trabalho devem ter por objetivo a sua atualização, mas não a sua substituição; as modificações levadas a efeito no Código do Trabalho (no caso português) ou na CLT (no caso brasileiro) podem atuar ao nível de determinadas soluções concretas, mas não devem alterar o *espírito* e o *sentido* do Direito do Trabalho, expressos no *princípio da proteção do trabalhador*.

Como sustenta Manfred Weiss, apesar das transformações significativas que se têm verificado no mundo do trabalho e de ser clara, hoje, a necessidade de o Direito do Trabalho se adaptar a novas realidades, os problemas fundamentais do mundo laboral, expressos nomeadamente na ideia de que “labour

67 Veja-se, a este propósito: DRAY, Guilherme. *O princípio da proteção do trabalhador*, cit., p. 19 e ss. e 813 e ss.

is not a commodity, that employees are personally dependent and that the employee's human dignity has to be protected” mantém-se<sup>68</sup>. A desigualdade entre as partes e a afetação pessoal de quem presta a sua atividade por conta de outrem não deixaram de se verificar<sup>69</sup>. O princípio da proteção do trabalhador mantém, pois, plena atualidade. E a positivação deste princípio e das suas diversas concretizações na Constituição revela-se particularmente decisiva, em especial em épocas de crise.

No caso português, o papel do Tribunal Constitucional foi absolutamente decisivo neste domínio: permitiu preservar a *basic idea* do Direito do Trabalho<sup>70</sup>, que garante ao trabalhador uma *liberdade* efetiva e a capacidade de se desenvolver enquanto cidadão<sup>71</sup>, sem ser objeto de despedimentos arbitrários ou *ad nutum*. O TC e a “jurisprudência constitucional da crise” foram decisivos na preservação do *sentido ético* do Direito do Trabalho, que visa garantir ao trabalhador um amplo espaço de liberdade e de cidadania<sup>72</sup>.

Mais decisivo ainda foi o texto constitucional: a circunstância de a Constituição portuguesa consagrar direitos fundamentais do trabalhador permitiu ao TC atuar com firmeza e acuidade, mantendo intocável o núcleo essencial do Direito do Trabalho.

E é nesta base, também, que deve ser vista a reforma trabalhista brasileira, assente na citada Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. As soluções que ela consagra devem ser apreciadas à luz da Constituição brasileira<sup>73</sup>.

68 Cf. WEISS, Manfred. Re-inventing labour law? *The Idea of Labour Law*, cit., p. 43-56 (p. 46).

69 Cf. DAVIDOV, Guy. Re-matching labour laws with their purpose. *The Idea of Labour Law*, cit., p. 179-189 (p. 189). Como recorda o autor, “this has been the case in the past and has not changed. The goal of labour law is to provide protection to these people, by minimizing such vulnerabilities (...)”.

70 Veja-se, a este propósito: GOLDIN, Adrián. Global conceptualizaions and local constructions. *The Idea of Labour Law*, cit., p. 69-87 (p. 73). No essencial, o autor recorda que as políticas de flexibilização não são suscetíveis de pôr em causa a *basic idea* da *labour law* – “the idea of protection” (p. 73).

71 Recordar-se a recente afirmação do *Supreme Court* do Canadá, para quem o trabalho garante aos trabalhadores, não apenas “a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society”, mas também “a sense of identity, self-worth and emotional well-being” (decisão citada por ARTHURS, Harry. Labour law after labour. *The Idea of Labour Law*, cit., p. 20).

72 Cf. LANGILLE, Brian. labour law's theory of justice. *The Idea of Labour Law*, cit., p. 112.

73 Sobre a Constituição brasileira de 1988, veja-se: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015; CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. científica); LEONCY, Léo Ferreira (Coord. executiva). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, Coimbra, 2013; BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

A Constituição brasileira de 1988, a mais significativa Carta de Direitos da história jurídico-política do Brasil<sup>74</sup>, apelidada de “Constituição Cidadã” pelo Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, Ulysses Guimarães<sup>75</sup>, representou uma nova ordem constitucional que surgiu de mãos dadas com o regime democrático<sup>76</sup>. Tendo por base um núcleo muito significativo de direitos, liberdades e garantias<sup>77</sup>, a Constituição centra-se na plena realização da cidadania, tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>78</sup> e enuncia um catálogo extenso de direitos fundamentais logo no início das suas disposições, antes mesmo das normas relativas à organização do Estado<sup>79</sup>.

Nessa linha, a Constituição brasileira consagra a ideia de *igualdade em sentido material*, enquanto sinónimo de igualdade de oportunidades ou de igualdade em sentido real, que implica a atuação do Estado e a concessão de direitos sociais a categorias de pessoas tradicionalmente mais desfavorecidas, como é o caso dos trabalhadores<sup>80</sup>. Com a Constituição brasileira de 1988, “os direitos sociais passaram a ser considerados pelo ordenamento constitucional brasileiro, de forma inédita, como autênticos direitos fundamentais”<sup>81</sup>, cabendo ao Estado o dever de “assegurar aos indivíduos prestações positivas, a fim de preservar o

74 Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014. p. 127.

75 Recordar-se que foi essa a terminologia utilizada por Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, no discurso da promulgação da nova Constituição, promulgada a 5 de outubro de 1988.

76 Sobre as influências da Constituição portuguesa de 1976 na Constituição brasileira de 1988, veja-se, nomeadamente: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição Brasileira de 1988 – aspectos gerais. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49, 1989, p. 947 e ss.; e Constitucionalismo português e constitucionalismo brasileiro. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais*: nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 59 e ss.; BONAVIDES, Paulo. Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas Constitucionais*: nos 20 anos da Constituição de 1976, cit., p. 51 e ss.

77 Veja-se, a este propósito: SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais numa perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

78 Veja-se, a este propósito: SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

79 Veja-se, a este propósito: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 102.

80 Veja-se, a este propósito: MARTINS, Leonardo Martins. Direito fundamental à igualdade. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (Coord. científica); LEONCY, Léo Ferreira (Coord. executiva). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Coimbra: Almedina, 2013. p. 222-223.

81 Cf. TOLENTINO, Daniel Henrique Ferreira. *A figura do piso salarial previsto no art. 7º, V, da Constituição Federal e a Lei Complementar n. 103/00*. Direitos constitucionais dos trabalhadores e dignidade da pessoa humana. Homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, cit., p. 51 e ss. (p. 51).

bem-estar e realizar a dignidade da pessoa humana em sua plenitude”<sup>82</sup>. Com a Constituição de 1988, como assinala José Filipe Ledur, os direitos sociais são, enfim, na ordem jurídico-constitucional brasileira, elevados à categoria de “direitos fundamentais”<sup>83</sup>.

É nesse sentido que o art. 6º da Constituição brasileira enuncia um conjunto de *direitos sociais*, afirmando que são *direitos sociais* a *educação*, a *saúde*, a *alimentação*, o *trabalho*, a *moradia*, o *lazer*, a *segurança*, a *previdência social*, a *proteção à maternidade e à infância* e a *assistência aos desamparados*.

Além do mais, tal como sucede com os direitos fundamentais dos trabalhadores previstos nos artigos 53.º e ss. da Constituição portuguesa, o art. 7º da Constituição brasileira consagra, expressamente, diversos “direitos dos trabalhadores urbanos e rurais”, dentre os quais se destacam, a título exemplificativo, o direito a uma *relação de emprego protegida*; ao *seguro-desemprego*; ao *salário mínimo nacional*; à *irredutibilidade do salário*; à *duração do trabalho normal* não superior a oito horas diárias e 44 semanais; ao *repouso semanal remunerado*; ao gozo de *férias anuais remuneradas*; à *licença de maternidade* e de *paternidade*; à proteção do mercado de trabalho da *mulher*; à redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de *saúde, higiene e segurança*; à *aposentadoria*; ao reconhecimento das *convenções e acordos coletivos de trabalho*; ao seguro contra *acidentes de trabalho*, a cargo do empregador; à *proibição de diferença de salários* e de *qualquer discriminação*; entre outros.

Este extenso elenco de direitos parece querer significar que a Constituição brasileira, tal como a portuguesa, também acolhe na sua ordem objetiva de valores o *princípio da proteção do trabalhador*. Trata-se, aliás, de algo natural para quem – como nós – defende a existência de um sistema lusófono<sup>84</sup> que inclui todos os países de expressão portuguesa, sistema esse centrado numa língua comum; na proximidade dos textos constitucionais, em larga medida inspirados pela Constituição portuguesa de 1976<sup>85</sup>; na defesa dos mesmos valores

82 Cf. SAEZ, Maria Cecília Fontana; ALVARENGA, Luísa Baran de Mello. *Direito a férias e dignidade da pessoa humana*. Direitos constitucionais dos trabalhadores e dignidade da pessoa humana. Homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, cit., p. 127 e ss. (p. 127-128). As autoras citam, a este propósito, a obra de Carlos Henrique Bezerra Leite: *Constituição e direitos sociais dos trabalhadores*. São Paulo: LTr, 1997.

83 Cf. LEDUR, José Filipe. *Direitos fundamentais sociais* – efetivação no âmbito da democracia participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 19.

84 Cf. DRAY, Guilherme. *A influência dos Estados Unidos da América na afirmação do princípio da igualdade nos países da lusofonia*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 60 e ss.

85 Sobre a influência da Constituição portuguesa na Constituição brasileira de 1988, veja-se em particular: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição Brasileira de 1988 – aspectos gerais. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 49, 1989, p. 947 et seq., e Constitucionalismo português e constitucionalismo brasileiro. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos de 1976*. Coimbra:

## DOCTRINA

e princípios constitucionais, tais como a dignidade, a igualdade, a liberdade, o princípio republicano, o princípio democrático e o da coesão social; e na partilha de conhecimentos da comunidade académica e científica<sup>86</sup>.

A ser assim, tal como sucedeu em Portugal, é à luz destes valores constitucionais que a reforma trabalhista brasileira deve ser analisada.

É à luz destes valores que se deve garantir a intangibilidade do núcleo essencial do Direito do Trabalho brasileiro.

É à luz destes valores, enfim, que se deve conseguir um justo equilíbrio, entre a necessidade de atualização do Direito do Trabalho e a manutenção do seu sentido ou da sua *basic idea*, assente na proteção da parte mais fraca e no equilíbrio contratual.

---

Coimbra Editora, 1996. p. 59 et seq.; BONAVIDES, Paulo. *Constitucionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos. Perspectivas constitucionais*, cit., p. 51 et seq.

86 Veja-se, sobre a existência do sistema lusófono: GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 312-346. v. I.