

TRABALHO E ESTADO SOCIAL: CAMINHOS PARA ENFRENTAR AS MUDANÇAS CAPITALISTAS E A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO

WORK AND THE WELFARE STATE: WAYS TO FACE CAPITALIST CHANGES AND THE PRECARIOUSNESS OF WORK

João Leal Amado*

RESUMO: Historicamente, o livre jogo do mercado revelou-se antissocial: privados de qualquer proteção legal (abstencionismo estadual) e desprovidos da mínima organização sindical (individualismo liberal), os trabalhadores viram-se obrigados a competir acerrimamente entre si na venda da única mercadoria de que dispunham, a força de trabalho. O saldo dessa concorrência desenfreada é bem conhecido e é dramático: salários praticamente reduzidos ao mínimo vital, condições de trabalho mais do que precárias, cargas de trabalho insuportavelmente pesadas, inclusive para crianças de tenra idade... A resolução (ou, talvez melhor, a atenuação) dessa grave “questão social” passou pela aceitação da intervenção direta do Estado (e, desde logo, do legislador) no mundo do trabalho e pelo reconhecimento de um estatuto de cidadania ao associativismo sindical e aos seus corolários (greve, contratação coletiva, etc.).

PALAVRAS-CHAVE: Estado Social. Trabalho. Precarização.

ABSTRACT: Historically, the free market game proved to be anti-social: deprived of any legal protection (state abstention) and lacking the minimum union organization (liberal individualism), workers were forced to compete fiercely with each other in the sale of the only commodity of which they had – the workforce. The balance of this unbridled competition is well known and dramatic: salaries practically reduced to the vital minimum, working conditions more than precarious, unbearably heavy workloads, even for young children... The resolution (or, perhaps better, the attenuation) of this serious “Social Question” went through the acceptance of the direct intervention of the State (and of course the legislator) in the world of work and the recognition of a citizenship statute for union associations and its corollaries (strike, collective contracting, etc.).

KEYWORDS: Social State. Work. Precariousness.

* Mestre e doutor em Ciências Jurídico-Empresariais pela Universidade de Coimbra – Portugal; professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

1 – Estado social e Direito do Trabalho

Como é sabido, o Direito do Trabalho é um direito de formação recente, é um fenômeno moderno, é um direito jovem. O Direito do Trabalho é um produto tardio da 1ª Revolução Industrial, tendo nascido em estreita ligação com o advento, e posterior desenvolvimento, de um novo sistema econômico: o capitalismo. A formação desse ramo do ordenamento jurídico assenta na constatação histórica da insuficiência/inadequação do livre jogo da concorrência no domínio do mercado de trabalho, em ordem à consecução de condições de trabalho e de vida minimamente aceitáveis para as camadas laboriosas. O Direito do Trabalho não se compaginava com o ultraliberalismo oitocentista, justamente porque se traduz num mecanismo deformador da concorrência, isto é, num mecanismo cuja função principal consiste em limitar a concorrência entre os trabalhadores no mercado laboral. Historicamente, o livre jogo do mercado revelou-se antissocial: privados de qualquer proteção legal (abstencionismo estadual) e desprovidos da mínima organização sindical (individualismo liberal), os trabalhadores viram-se obrigados a competir acerrimamente entre si na venda da única mercadoria de que dispunham, a força de trabalho. O saldo dessa concorrência desenfreada é bem conhecido e é dramático: salários praticamente reduzidos ao mínimo vital, condições de trabalho mais do que precárias, cargas de trabalho insuportavelmente pesadas, inclusive para crianças de tenra idade... A resolução (ou, talvez melhor, a atenuação) dessa grave “questão social” passou pela aceitação da intervenção direta do Estado (e, desde logo, do legislador) no mundo do trabalho e pelo reconhecimento de um estatuto de cidadania ao associativismo sindical e aos seus corolários (greve, contratação coletiva, etc.).

Esquemáticamente, dir-se-ia: Revolução Industrial + Questão Social + Movimento Operário = Direito do Trabalho. Assim nasceu esse ramo do direito, sendo-lhe cometida uma função primacial, que, apesar de todas as críticas, persiste até aos nossos dias (ainda que hoje, porventura, registando alguma perda de vitalidade): a *função tuitiva ou tutelar*, de proteção da parte mais débil da relação laboral, de obstáculo à “ditadura contratual” de outro modo exercida pelo contraente mais poderoso¹. Ora, o exercício de semelhante função tuitiva

1 A relação de trabalho é uma relação profundamente *assimétrica*, isto é, manifestamente inigualitária, pois o trabalhador, a mais de, em regra, carecer dos rendimentos do trabalho para satisfazer as suas necessidades essenciais (dependência económica), fica sujeito à autoridade e direção do empregador em tudo o que diz respeito à execução do trabalho (subordinação jurídica). Para o trabalhador, cumprir é, antes de mais nada, obedecer – isto sem prejuízo de se dever assinalar que, na nova realidade empresarial resultante da revolução tecnológica e da sociedade da informação, esse dever de obediência tem de se articular com crescentes exigências empresariais no sentido de que o trabalhador seja proativo e dinâmico, seja ousado e ágil, seja polivalente, flexível e revele espírito de iniciativa, o que supõe,

supõe que se limite a liberdade contratual (pois o contrato de trabalho mascara uma pura relação de dominação) e que se restrinja o livre jogo da concorrência no mercado de trabalho. Quando o Estado edita legislação de carácter imperativo, estabelecendo, p. ex., salários mínimos ou limites máximos para a duração do trabalho, quando os sindicatos celebram convenções coletivas de trabalho dotadas de força normativa, quando os trabalhadores fazem greve, paralisando de forma concertada a sua atividade... eis outras tantas distorções da livre concorrência, eis outros tantos desmentidos a um mercado laboral atomístico e sem restrições.

Em suma, e enquanto “direito da desigualdade”, o *Direito do Trabalho desconfia, desde sempre, dos automatismos do mercado e do contrato individual, controla, por sistema, a liberdade contratual e restringe, por definição, a concorrência entre os trabalhadores no mercado laboral*. Como bem observa Jorge Leite, “é este o expediente a que recorre a nova forma de regulação para *civilizar* as relações de trabalho, isto é, para as subtrair à lógica das relações de força, um objetivo em que o direito civil claudicou”².

É essa relação de troca trabalho-salário, fundada num (ou disfarçada de?) contrato, relação marcadamente patrimonial (goste-se ou não, o trabalho é, nas economias de mercado em que vivemos, tratado como se fosse uma mercadoria) à qual assiste, no entanto, uma dimensão irrecusavelmente pessoal (pois a força de trabalho não é dissociável do trabalhador, e este, tanto ou mais do que sujeito do contrato, é objeto do mesmo)³, é esta relação estruturalmente desigual e intrinsecamente conflitual, cunhada por uma forte divergência de interesses entre trabalhadores e empregadores, que constitui o cerne desse ramo do direito. E o objetivo precípua do Direito do Trabalho consiste, justamente, em tentar harmonizar esses interesses conflitantes, funcionando como plataforma de compromisso de interesses sociais e económicos, não raro, contrapostos. Para o dizermos com Alain Supiot, “na relação de trabalho, o trabalhador, ao contrário do empregador, não arrisca o património, arrisca a pele. E foi, desde logo, para salvar esta última que o direito do trabalho se constituiu”⁴.

Forjado no século XIX, desenvolvido e amadurecido no século XX, estará o Direito do Trabalho condenado a definhar ao longo do século XXI? Não cremos.

naturalmente, reconhecer-lhe alguma margem de autonomia decisória –, a sua vontade *compromete-se* no contrato, mas também se *submete* nesse contrato. Esse desequilíbrio estrutural da relação de trabalho não pode ser ignorado, nem deve ser menosprezado, pelo Direito.

2 *Direito do trabalho*. Serviço de Textos da Universidade de Coimbra, 2004. v. I. p. 24.

3 O trabalhador compromete intensamente a sua pessoa na relação laboral, incorpora-se nesta, ao invés do que sucede com o empregador, que apenas participa limitadamente.

4 *Crítica do direito do trabalho*, cit., p. 92-93.

Com efeito, nas condições atuais do capitalismo, em que, na fórmula de Robert Reich, o “capitalismo democrático” deu lugar ao “supercapitalismo”⁵, marcado por uma concorrência infrene e globalizada, as empresas têm de responder a uma dupla pressão: a pressão dos consumidores (que querem fazer bons negócios, reduzindo os seus encargos) e a pressão dos investidores (que também querem fazer bons negócios, aumentando os seus rendimentos). E tanto os consumidores como os investidores são, hoje, altamente voláteis e dificilmente fidelizáveis, movendo-se constantemente num mercado global criado e potenciado pelas novas tecnologias. Colocadas perante essa pressão concorrencial intensa e crescente, as empresas são obrigadas a aumentar a sua eficiência – o que, em muitos casos, equivale a reduzir custos. E essa redução de custos, desejada pelos consumidores e reclamada pelos acionistas, põe em xeque a posição dos respetivos trabalhadores (contenção salarial, degradação das condições de trabalho, despedimentos, etc.). Nesse quadro, a necessidade de estabelecer regras jurídicas, de raiz autônoma ou heterônoma, de origem nacional, internacional ou supranacional, tendentes a regular e disciplinar essa concorrência interempresarial, em ordem a salvaguardar as condições de vida e de trabalho dos que aí laboram, revela-se prioritária. É, afinal, de cidadania e de democracia que estamos a falar. E o Direito do Trabalho assume-se como um pressuposto daquela e como um baluarte desta. Sem Direito do Trabalho, o capitalismo invade e corrompe a democracia, empobrecendo a nossa comum condição de cidadãos. É que, decerto, todos somos consumidores e alguns de nós são investidores; mas todos somos, igualmente, cidadãos; e muitos de nós são trabalhadores.

Em todo o caso, é inegável que a globalização capitalista, ao superar as fronteiras nacionais e ao desestruturar os mercados que antes funcionavam numa base predominantemente estadual, tem submetido o Direito do Trabalho dos países ocidentais a um processo de tremendo desgaste. Concorrência entre trabalhadores à escala universal, competitividade das empresas, deslocalizações transnacionais, *dumping* social... tudo tem contribuído para gerar o chamado “mercado dos produtos legislativos”, colocando os ordenamentos jurídico-laborais nacionais em concorrência feroz, sob a égide dos mercados financeiros – corrida à desregulamentação social, *race to the bottom* (não já, note-se, dos trabalhadores, mas das legislações...) em ordem a garantir a sobrevivência, que tende a redundar na proliferação dos “paraísos sociais”⁶. Nesse sentido,

5 REICH, Robert B. *Supercapitalism: the transformation of business, democracy, and everyday life*. New York: Alfred A. Knopf, 2007.

6 Sobre este “darwinismo normativo”, *vd.*, por todos, as notáveis reflexões de Alain Supiot, “O direito do trabalho ao desbarato no mercado das normas”, *Questões Laborais*, n. 26, p. 121-144, 2005, e, mais desenvolvidamente, *L'esprit de Philadelphie – la justice sociale face au marché total*, Éditions du Seuil, 2010.

como alguém observou, a globalização representou tanto o triunfo das *leis do mercado* como a consagração do *mercado das leis*. Não surpreende, por isso, que também se diga que o Direito do Trabalho já conheceu dias melhores...

Os anos 70 do século passado assistiram ao início da *crise do Direito do Trabalho*, começando, desde então, a avolumar-se o coro de críticas ao “monolitismo”, ao “garantismo” e à “rigidez” das normas jurídico-laborais. Nesse contexto, o Direito do Trabalho vê-se remetido para o banco dos réus, é colocado no pelourinho, é acusado de irracionalidade regulativa e de produzir consequências danosas, isto é, de criar mais problemas do que aqueles que resolve, em particular no campo econômico e no plano da gestão empresarial (efeito bumerangue das normas juslaborais, grandes responsáveis, diz-se, pelas elevadas taxas de desemprego).

Dessa forma, no último quartel do século XX a *flexibilização* afirma-se como novo *leitmotiv* juslaboral e o Direito do Trabalho passa a ser concebido, sobretudo, como um instrumento ao serviço da promoção do emprego e do investimento, como variável da política econômica, dominado – quando não obcecado – por considerações de eficiência (produtividade da mão de obra, competitividade das empresas, etc.). O Direito do Trabalho atravessa, assim, uma profunda crise de identidade, com a sua axiologia própria (centrada em valores como a igualdade, a dignidade, a solidariedade, etc.) a ser abertamente questionada. Fala-se, não sem alguma razão, numa autêntica “colonização economicista” deste ramo do ordenamento jurídico. A retórica discursiva em torno da flexibilidade mostra-se, aliás, altamente sedutora, sendo o clássico (e, dir-se-ia, historicamente ultrapassado) conflito social entre empregadores e trabalhadores substituído pelo novo conflito entre *insiders* (os trabalhadores com vínculo por tempo indeterminado e com emprego estável) e *outsiders* (os desempregados e os que apenas dispõem de um emprego precário, como os contratados a prazo e os falsos trabalhadores independentes). Um Direito do Trabalho demasiado rígido e excessivamente garantístico seria, afinal, o grande responsável por essa segmentação e pelo dualismo do mercado de trabalho, criando uma fratura entre os que estão dentro e os que estão fora da “cidadela fortificada” do direito laboral.

De qualquer modo, é inegável que, nos nossos dias, a *flexibilidade do mercado de trabalho* constitui um objetivo omnipresente e incontornável, surgindo aquela, diz-se, como um valor sociologicamente pós-industrial e culturalmente pós-moderno. Em suma, a *flexibilidade* substituiu a *solidez* como condição ideal a ser perseguida. Ora, “flexibilidade” consiste, sem dúvida, numa palavra mágica, encantatória. Flexível significa maleável, ágil, suave... vocábulos que emitem,

todos eles, sinais positivos. Flexível opõe-se a rígido – e o que é rígido é mau, o que é rígido parte-se. Mas flexível também pode significar dócil, complacente, submisso. Nesse sentido, flexível opõe-se a firme – e o que é firme é bom, o que é firme não se dobra. Na verdade, entre a maleabilidade e a docilidade vai uma distância não desprecianda. Tal como entre a suavidade e a complacência. Tal como, afinal, entre a rigidez e a firmeza.

Boa parte da polémica em torno do termo “flexibilidade” reside, assim, na polissemia do mesmo, na diversidade de aceções – nem todas positivas – que comporta. Ninguém quer, julga-se, um Direito do Trabalho rígido e áspero, mas alguns aspiram, parece, a um Direito do Trabalho mole e condescendente. Alguns suspiram mesmo por um Direito do Trabalho frouxo... A nosso ver, um Direito do Trabalho flexível jamais poderá deixar de ser um Direito do Trabalho robusto e vigoroso. Cremos que o Direito do Trabalho terá de ser flexível naquele sentido ideal, de “resistência tênsil”, apontado por Richard Sennett: “Ser adaptável à mudança de circunstâncias, mas sem ser quebrado por ela”⁷.

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

A chamada “mão de obra” será, decerto, um fator produtivo, a conjugar com os demais no todo que é a empresa. Mas, antes e acima disso, a mão de obra são *pessoas* – é que, como alguém certa vez observou, o trabalho não existe, o que existe são pessoas que trabalham. “O trabalho não é uma mercadoria”! Eis o princípio fundamental afirmado na célebre Declaração de Filadélfia, adotada pela 26^a Conferência da OIT, em 10 de maio de 1944. Essa afirmação constitui,

7 A *corrosão do caráter*. Lisboa: Terramar, 2001. p. 73.

afinal, o fundamento normativo nuclear do Direito do Trabalho, significando o primado da dignidade do trabalho e de quem o presta sobre outras considerações, nomeadamente as que relevam da eficiência económica.

2 – Como enfrentar a precarização do trabalho?

2.1 – Fazer valer velhos, mas não obsoletos, princípios: a proteção contra o despedimento arbitrário ou sem justa causa

É certo que a era da nova economia globalizada, dinâmica, inovadora e ferozmente competitiva obedece à lógica do efêmero, do volátil e do imprevisível, sendo incompatível com o ideal do “emprego para toda a vida” que, de algum modo, imperou no século passado. Daí, porém, não se segue inexoravelmente que o ordenamento jurídico tenha de contemporizar com despedimentos arbitrários, dispensando o empregador de justificar a sua decisão extintiva e isentando esta última do escrutínio judicial. Não parece, pois, que se deva remeter a estabilidade no emprego para a arca das velharias inúteis, optando por consagrar o princípio do despedimento livre ou *ad nutum*, segundo o qual, *free to hire, free to fire*, permitindo-se que o empregador despeça o trabalhador por qualquer razão, ou mesmo sem razão.

A doutrina do *employment-at-will*⁸, segundo a qual, “men must be left, without interference to buy and sell where they please, and to discharge or retain employees at will *for good cause or for no cause, or even for bad cause without thereby being guilty of an unlawful act per se*”⁹, representa, sem dúvida, o grau máximo de flexibilidade laboral. Tem, porém, o sério inconveniente de abrir as portas ao arbítrio patronal, instituindo a precariedade como traço indelével de toda e qualquer relação de trabalho. Acresce que aquela doutrina do *employment-at-will* é claramente violadora da Convenção nº 158 da OIT (a exigência de motivação do despedimento patronal encontra guarida no artigo 4º da Convenção), bem como da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cujo artigo 30º estabelece que todos os trabalhadores têm direito à proteção contra os despedimentos sem justa causa.

Dir-se-ia, pois, que a estabilidade no emprego e a tutela contra o despedimento arbitrário são valores a salvaguardar e promover pelo ordenamento

8 Que corresponde, na terminologia brasileira, à chamada “regra da porta aberta” – assim, Nelson Mannrich, “Dispensa coletiva e negociação coletiva prévia: novas diretrizes”, *Revista da Academia Nacional de Direito do Trabalho*, n. 19, 2011, p. 101.

9 Citada e exemplarmente sustentada por Richard Epstein, “In defense of the contract at will”, *University of Chicago Law Review*, v. 51, 1984, p. 947 e ss.

jurídico – valores, decerto, não absolutos, mas também, cremos, não obsoletos. Daí que a Constituição da República Portuguesa (CRP) estabeleça, no seu art. 53, que “é garantida aos trabalhadores a segurança no emprego, sendo proibidos os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos”. E daí que a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) consagre, como um dos direitos dos trabalhadores, o de “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos” (art. 7º, inciso I).

Parece, assim, que os pilares constitucionais de ambos os países, quanto a esse ponto, são similares: a CRP proíbe os despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos, garantindo a segurança no emprego; a CRFB censura/combate os despedimentos arbitrários ou sem justa causa, dando expressão ao princípio da continuidade da relação de emprego. Porém, se descermos de patamar hierárquico e se analisarmos a legislação ordinária vigente em cada um deles, logo verificamos que existe hoje um enorme oceano a separá-los. Com efeito, o princípio do despedimento causal ou justificado encontra-se hoje solidamente implantado em Portugal, mas já no Brasil, pelo contrário, predomina a tese da aceitação do despedimento livre ou *ad nutum* (“denúncia vazia”, “dispensa imotivada”, “despedida arbitrária”). Vejamos o porquê.

A norma constitucional brasileira que protege os trabalhadores “contra despedida arbitrária ou sem justa causa” tem suscitado aceso debate doutrinal e jurisprudencial, prevalecendo o entendimento segundo o qual não há sinonímia entre despedimento arbitrário e despedimento sem justa causa, vale dizer, haverá despedimentos sem justa causa que não são arbitrários, pois a decisão extintiva do empregador, ainda que injusta, pode ter motivação bastante, traduzindo-se num ato razoável e justificado, se bem que não fundado em falta disciplinar cometida pelo trabalhador. Nessa ordem de ideias, haveria que distinguir entre quatro tipos de despedimento: i) o despedimento com justa causa, disciplinar; ii) o despedimento sem justa causa, mas não arbitrário (baseado em razões de ordem técnica, económica ou financeira); iii) o despedimento arbitrário, imotivado (“for no cause”); iv) e, por último, o despedimento abusivo ou discriminatório, o qual, mais do que imotivado, se baseia num motivo torpe ou vil (“for bad cause”)¹⁰.

10 Para desenvolvimentos a esse respeito, permitimo-nos remeter, em especial, para Pedro Paulo Manus, *Despedida arbitrária ou sem justa causa*. São Paulo: Malheiros, 1996; Antônio Álvares da Silva, *Proteção contra a dispensa na nova Constituição*. 2. ed. São Paulo: LTr, 1992; e Arion Sayão Romita, *Despedida arbitrária e discriminatória*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DOUTRINA

Tendo em conta a norma constitucional em apreço, dir-se-ia que o princípio do despedimento causal ou justificado, vigente em Portugal e recomendado pela OIT, imperaria também no Brasil. Sucede, porém, que: i) o direito à “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa” efetivar-se-á, segundo o art. 7º, I, da Constituição brasileira, “nos termos de lei complementar” (a qual, até hoje, mais de 30 anos volvidos, ainda não surgiu); ii) segundo o art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição, “fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966”¹¹.

Atento ao quadro normativo acima esboçado, e sendo certo que a questão continua a ser alvo de intenso debate doutrinal no Brasil, o entendimento maioritário que se forjou pode resumir-se nestas lapidares palavras de Pedro Paulo Manus:

“Em conclusão, atualmente, após a vigência do art. 7º da Constituição Federal e sem a lei complementar a que se refere, temos por ora equiparadas, quanto aos seus efeitos, a dispensa sem justa causa e a dispensa arbitrária, ensejando ambas a multa do FGTS paga à razão de 40% sobre o montante dos depósitos existentes na conta vinculada, como determina o art. 10, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. E a Constituição é expressa quanto à temporariedade desta penalidade, limitando-a ao período até a promulgação da lei complementar.”¹²

A sanção legal é tão modesta que, no essencial, ninguém duvida de que o FGTS veio liberalizar o mercado de trabalho brasileiro¹³ e veio atenuar

11 Trata-se do diploma que instituiu o chamado *Fundo de Garantia do Tempo de Serviço* (FGTS). No essencial e para o que ora nos interessa, o FGTS constitui um depósito bancário feito pelo empregador em nome do trabalhador e destinado a formar uma poupança para este, que poderá ser sacado nas hipóteses previstas na lei, principalmente se e quando ele for despedido sem justa causa (caso em que incidirá um acréscimo percentual sobre o montante depositado, nos termos legais, correspondente a 40%). Sobre o FGTS, por todos, Sergio Pinto Martins, *Manual do FGTS*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Trata-se, de resto, de um dos direitos dos trabalhadores previstos no art. 7º da Constituição Federal (inciso III).

12 MANUS, *op. cit.*, p. 56-57. No mesmo sentido, Nelson Mannrich, “Dispensa coletiva e negociação coletiva prévia: novas diretrizes”, p. 103.

13 Em sentido muito crítico sobre o papel histórico desempenhado pelo FGTS, Márcio Túlio Viana, *70 anos de CLT: uma história de trabalhadores*. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2013. p. 105-111. Tratou-se, como sublinha Gabriela Neves Delgado, da figura que, ainda nos anos 60 do século passado, deu início ao processo de flexibilização trabalhista brasileira (uma flexibilização, dir-se-ia, *avant la lettre*), retirando segurança ao trabalhador e facilitando sobremaneira o respetivo despedimento – *Direito fundamental ao trabalho digno*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 175.

substancialmente o papel do tradicional princípio da continuidade da relação de emprego,

“ao se propiciar a franca rutura desmotivada do contrato empregatício por ato empresarial; em síntese, a *denúncia vazia* do pacto empregatício. O ato de dispensa, na nova sistemática, não dependeria mais de uma causa tipificada em lei, considerada razoável para autorizar o fim do contrato, qualquer que fosse o tempo de serviço do empregado: bastaria a simples vontade do empregador (por isso fala-se também em *dispensa desmotivada*, isto é, sem motivo jurídico relevante e tipificado, a não ser a prerrogativa potestativa empresarial). Noutras palavras, o motivo para a rutura do contrato exigido pela ordem jurídica é interno, íntimo à vontade empresarial – trata-se do simples exercício do arbítrio pelo empregador.”¹⁴

Em sentido próximo ao que acabamos de expor, pergunta Augusto César Leite de Carvalho: “Pode o empresário brasileiro despedir sem causa específica um empregado?”. Eis como responde:

“A resposta estaria, *a priori*, no art. 7º, I, da Constituição brasileira, por cujo preceito se tutela a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, mas reclama por lei complementar que incluiria a indenização compensatória e, enquanto tal regulamentação não sobrevém, é regulamentado por dispositivos que (...) autorizam o empresário, não propriamente a dispensar, mas sim, e com igual efeito prático, a pagar indenização de valor equivalente a 40% do saldo na conta vinculada do empregado no FGTS, nos casos de despedida sem justa causa.”

E o autor conclui:

“Daí resulta que a proteção constitucional se realiza de modo contraditório: o empresário, embora sob regência de norma jurídica pretensamente inibidora da despedida, possui a faculdade de dispensar imotivadamente o empregado, desde que pague a indenização citada.”¹⁵

14 DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 1.308. Isso sem prejuízo de existirem alguns casos específicos de estabilidade no emprego no Brasil, alguns, inclusive, com arrimo na Constituição Federal, tais como os do dirigente sindical e da trabalhadora gestante, que não serão objeto da nossa atenção. Para uma panorâmica geral a este propósito, por todos, Alexandre Agra Belmonte, “A proteção do emprego na Constituição Federal de 1988 – estabilidade, garantias provisórias, proteção geral à despedida arbitrária ou sem justa causa e direitos decorrentes da extinção contratual”, *Revista da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas – ABRAT*, n. 2, p. 11-55, 2014.

15 *Garantia de indenidade no Brasil*. São Paulo: LTr, 2013. p. 169-170.

No Brasil, o direito de o empregador pôr termo ao contrato de trabalho, sem que, para tanto, tenha que apresentar qualquer motivo ou fundamento, surge, pois, como uma espécie de dogma, ainda que normas-princípios constitucionais indiquem o contrário. Ora, curiosamente, é essa ideia de denúncia vazia, de dispensa desmotivada, de despedida arbitrária, de liberdade total para contratar e para distratar, de ampla e quase irrestrita faculdade para pôr termo ao contrato de trabalho por iniciativa unilateral da entidade empregadora, é tudo isso que, amiúde, se pretende transmitir quando se considera o despedimento como expressão de um direito potestativo da entidade empregadora. Contudo, a nosso ver, o problema não reside na apreensão do despedimento patronal como direito potestativo do empregador, mas, sim, na latitude ou amplitude conferida a esse mesmo direito potestativo pela ordem jurídica. O problema reside, reitera-se, na excessiva latitude conferida ao direito de despedir no Brasil, na circunstância de, ao menos na visão predominante, o ordenamento brasileiro tender a aceitar ainda hoje, mais de três décadas decorridas sobre a aprovação da Constituição Federal, que do conjunto de poderes ou faculdades em que se desdobra o conteúdo do direito de despedir faça parte a faculdade de “denúncia vazia” do contrato ou de “dispensa desmotivada” do trabalhador.

Em Portugal, o despedimento é uma *declaração vinculada*, “porque a validade do ato extintivo está condicionada à verificação de determinados motivos ou razões que a lei considera justificativos da cessação da relação laboral”¹⁶. Já no Brasil, a despedida ou dispensa não parece ser uma declaração verdadeiramente vinculada, pois o despedimento arbitrário ou sem justa causa é tido como válido (ainda que não propriamente legal), podendo o empregador, na prática, denunciar livremente o contrato de trabalho, desde que pague a multa equivalente a 40% do montante dos depósitos do FGTS (isto, claro, com exceção das hipóteses de despedimento abusivo ou discriminatório). Em qualquer caso, repete-se, é sempre de um direito potestativo do empregador que cuidamos, podendo, isso sim, o seu âmbito ser mais ou menos dilatado, a sua latitude ser mais ampla ou mais estreita, o seu *licere* ser mais ou menos distendido e abrangente. Há que não confundir, pois, o *direito potestativo de despedir* com o *direito de despedir arbitrariamente*, visto que mesmo em ordenamentos jurídico-laborais como o português (ou como o ordenamento jusconstitucional brasileiro), que rejeitam o despedimento imotivado ou *ad nutum*, o direito de despedir, quando existe e nos moldes em que existe, traduz-se sempre num direito potestativo do empregador.

16 MARTINS, Pedro Furtado. *Cessação do contrato de trabalho*. 4. ed. Cascais: Principia, 2017. p. 147-148.

O sistema de despedimento *ad nutum*, imotivado, arbitrário, foi inequivocamente rejeitado pelas Constituições de ambos os países, portuguesa e brasileira. Aos juristas portugueses compete permanecer vigilantes, em ordem a que a legislação ordinária não esvazie de conteúdo a garantia constitucional. Aos juristas brasileiros, cremos, compete intensificar os esforços para que, três décadas volvidas, a lei complementar prevista no art. 7º, I, da Constituição Federal seja elaborada e aprovada, em ordem a que os trabalhadores brasileiros gozem de uma efetiva tutela contra o despedimento arbitrário ou sem justa causa — pois, até agora, a omissão do legislador ordinário tem prevalecido, na prática, sobre a ação do legislador constituinte, e o que se pretendia (ou, ao menos, se anunciava como) transitório ameaça converter-se em definitivo.

Em conclusão, pensamos ser imperioso focar o alvo, isto é, definir bem o que importa. *O que importa é deixar claro que o empregador não tem (nem deve ter) o direito de despedir o trabalhador sem justa causa ou de forma arbitrária. Deixemos-lhe, apenas, o direito de despedir com justa causa ou de forma não arbitrária – e reconheçamos-lhe, sem tibiezas ou equívocos, que este último é um direito potestativo.*

Urge, pois, que a lei complementar prometida pela Constituição Federal seja elaborada. Mas, parece óbvio, só um ingénuo poderia supor que isso estaria para breve. Aliás, a reforma trabalhista brasileira, aprovada pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, veio, de algum modo, fazer precisamente o contrário. Com efeito, nessa matéria o legislador resolveu inovar, aditando à CLT um novo art. 477-A, com o seguinte teor: “As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação”¹⁷.

Registe-se que, antes da reforma e apesar da total ausência de previsão legal específica, a jurisprudência brasileira (sobretudo por ocasião do famoso “caso Embraer”, que implicou o despedimento de mais de 4.000 trabalhadores) não havia deixado de estabelecer parâmetros para regular o despedimento coletivo, diferenciando-o do despedimento individual e enfatizando que a prévia informação e negociação com as estruturas sindicais constituía requisito procedimental imprescindível para a validade do referido despedimento coletivo¹⁸.

17 A figura da “dispensa plúrima” é desconhecida em Portugal.

18 Por todos, Renato Rua de Almeida, “Subsiste no Brasil o direito potestativo do empregador nas despedidas em massa?”. *Revista LTr*, n. 73, p. 391-393, 2009 e Nelson Mannrich, “Dispensa coletiva e negociação coletiva prévia: novas diretrizes”, p. 99-122.

Pelo exposto, a intenção do legislador, ao editar este novo art. 477-A, mostra-se inequívoca e situa-se nos antípodas do pretendido pela Constituição brasileira: em vez de cumprir a tarefa constitucional, distinguindo os despedimentos com justa causa dos despedimentos não arbitrários, baseados em motivos econômicos, de mercado, estruturais ou tecnológicos e, assim, criando e regulando a figura do “despedimento coletivo”, com o respetivo procedimento e os respetivos efeitos, a nova lei parece ter como objetivo, sobretudo, ocultar a figura do despedimento coletivo, quiçá mesmo negar a sua existência, dinamitando a jurisprudência que, nessa matéria, tinha logrado estabelecer algumas regras mínimas de tutela dos trabalhadores, num momento em que estes, tipicamente, se encontram tão desprotegidos e fragilizados, na iminência de perder o seu emprego. Na verdade, ao prescrever que as dispensas imotivadas individuais e coletivas se equiparam para todos os fins, o legislador passa a mensagem de que, afinal, a dispensa coletiva não teria autonomia, antes se traduzindo num conjunto de dispensas individuais, numa mera soma destas. E, em qualquer caso, sem necessidade de negociação e consulta prévia com os trabalhadores afetados e as suas estruturas de representação coletiva.

Ora, a par do despedimento com justa causa (causa subjetiva, baseada em factos imputáveis ao trabalhador, factos que consubstanciam a prática de uma infração disciplinar), a lei do trabalho deve prever e regular as modalidades de *despedimento por causas objetivas e não arbitrárias*, isto é, por motivos da esfera da empresa, por razões económicas, de índole gestionária, entre as quais avulta, como é óbvio, o *despedimento coletivo* – um despedimento “sem rosto”, ao invés do que sucede no despedimento com justa causa, que é, por definição, um despedimento “com rosto”.

Ou seja, com este novo art. 477-A o que aparentemente se pretende é, sobretudo, o enfatizar do despedimento como expressão de um poder virtualmente absoluto e quase incontrolável da entidade empregadora. Na contramão, note-se de tudo, ou quase tudo. Na contramão, desde logo, do disposto no art. 7º, inciso I, da Constituição cidadã, a qual, pelo contrário, se preocupou com a tutela dos trabalhadores em face de despedimentos arbitrários ou sem justa causa. Na contramão do disposto na Convenção nº 158 da OIT, que distingue, com clareza, os despedimentos baseados na conduta do trabalhador daqueles outros fundados nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço (art. 4º); e que se refere expressamente aos despedimentos por motivos de natureza económica, tecnológica, estrutural ou similar, vinculando o empregador a fornecer aos representantes dos trabalhadores interessados as informações pertinentes, em devido tempo, e dando-lhes ainda ocasião de serem consultados sobre as medidas a tomar para prevenir ou limitar os despe-

dimentos, bem como sobre medidas que visem atenuar os efeitos desfavoráveis de qualquer despedimento para os trabalhadores em causa, designadamente as possibilidades de reclassificação noutra empresa (art. 13). Na contramão também de toda a evolução do direito europeu nessa matéria, com destaque para a Diretiva 98/59/CE, do Conselho, de 20 de julho de 1998, cujo objetivo essencial é a proteção dos trabalhadores por ocasião de um despedimento coletivo: assim, nos termos do art. 2º da Diretiva, sempre que tencionarem efetuar despedimentos coletivos, as entidades empregadoras encontram-se obrigadas a consultar em tempo útil os representantes dos trabalhadores, com o objetivo de chegar a um acordo; e as consultas incidirão, pelo menos, sobre as possibilidades de evitar ou de reduzir os despedimentos coletivos, bem como sobre os meios de atenuar as suas consequências recorrendo a medidas sociais de acompanhamento destinadas, nomeadamente, a auxiliar a reintegração ou reconversão dos trabalhadores despedidos¹⁹. E na contramão, ainda, da jurisprudência que, a despeito da lacuna legal em relação aos despedimentos coletivos no Brasil, logrou estabelecer um razoável patamar de proteção procedimental para os trabalhadores envolvidos nessa dispensa massiva, um patamar, dir-se-ia, que exprimia um mínimo civilizacional de decência nessa matéria, tratando os trabalhadores em causa como pessoas e não como mercadoria descartável²⁰.

O despedimento consiste, decerto, numa das formas de cessação do contrato de trabalho, numa rutura do vínculo jurídico-laboral por iniciativa unilateral da entidade empregadora. O despedimento é isso, mas é muito mais do que isso. O despedimento, como bem assinalam Baylos Grau e Pérez Rey, é também um ato de violência do poder privado – “a empresa, através da privação do trabalho a uma pessoa, procede à expulsão dessa pessoa de uma esfera social e culturalmente decisiva, vale dizer, de uma situação complexa em que, através do trabalho, esta obtém direitos de integração e de participação na sociedade, na cultura, na educação e na família. Cria uma pessoa sem qualidade social, porque a qualidade da mesma e os referentes que lhe dão segurança na

19 As diretivas destinam-se a ser transpostas para o ordenamento de cada Estado-Membro da União Europeia, tendo tal sido feito, no caso português, por meio do Código do Trabalho (CT), cujos arts. 359 a 366 estabelecem a noção, o procedimento e os efeitos do despedimento coletivo. A falta de promoção da negociação com a estrutura representativa dos trabalhadores implicará a ilicitude do respetivo despedimento, nos termos do art. 383 do CT, com as inerentes consequências (indenização pelos danos causados, pagamento das retribuições intercalares e reintegração do trabalhador ou indenização substitutiva, segundo disposto nos arts. 389 a 392 do CT). Para desenvolvimentos a esse respeito, João Leal Amado. *A cessação do contrato de trabalho – uma perspectiva luso-brasileira*. São Paulo: LTr, São Paulo, 2017. p. 101-105 e 115-135.

20 Daí que Augusto César Leite de Carvalho observe, com acerto, que a nova norma legal possui “o mal disfarçado intuito de comprometer esse estágio civilizatório” antes alcançado – *Direito do trabalho, curso e discurso*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 454.

sua vida social dependem do trabalho”²¹. Justamente porque o despedimento se traduz – também se traduz – num ato de violência do poder patronal/empresarial, saber em que condições tal ato poderá ser legitimamente praticado pela entidade empregadora e determinar as consequências do respetivo exercício na esfera do trabalhador atingido constituem dois aspetos de suma relevância para o ordenamento jurídico-laboral. Como sublinham os autores acima citados, a violência do despedimento constitui um facto que não deixou de ser submetido a um processo de “civilização democrática” por parte do Direito do Trabalho – esse poder foi racionalizado, foi condicionado, foi formalizado, foi limitado e foi procedimentalizado, por meio da exigência da observância de um *due process* como requisito habilitante da decisão de despedimento. Já Niklas Luhmann há muito o disse: *o poder legitima-se através do procedimento*.

Não sabemos como é que a doutrina e os tribunais brasileiros vão interpretar e aplicar este novo art. 477-A da CLT. Da nossa parte, olhando para o artigo aditado com a perspectiva de um jurista português e europeu, não hesitamos em considerar essa norma como uma das mais infelizes da reforma trabalhista brasileira. Uma norma flexibilizadora no mau sentido da palavra, no sentido de norma que alarga exponencialmente os poderes patronais e desconsidera os interesses legítimos dos trabalhadores atingidos por um despedimento coletivo, aos quais não é dada, minimamente, a palavra, nem sequer uma palavra prévia²². E, seguramente, uma das tais normas que revelam, à saciedade, que *flexibilizar não significa, ou nem sempre significa, modernizar*. Nesse caso, o legislador brasileiro distancia-se, ostensivamente, daquilo que tem marcado, há décadas, o direito da União Europeia, o qual sempre se preocupou com o envolvimento procedimental dos trabalhadores afetados por uma “dispensa em massa”, obrigando a entidade empregadora a respeitar exigências de informação e consulta de tais trabalhadores, obrigando aquela, afinal, a dialogar com estes antes de os fulminar com a decisão de despedimento.

Porque, repete-se, é apenas disso que se trata e sempre se tratou: não de exigir qualquer espécie de autorização sindical para que o despedimento pudesse ocorrer, não de exigir a celebração de qualquer convenção coletiva ou acordo coletivo entre as partes para esse fim, mas tão só a exigência de informação, de consulta prévia, de negociação, de diálogo social no quadro da empresa, como pressuposto legitimador da decisão empresarial de despedimento coletivo. E isso, um adquirido do direito europeu, construído também no plano jurisprudencial.

21 *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Trotta, 2009. p. 44.

22 Em sentido próximo, considerando que o objetivo da norma é o de “impulsionar, desproporcionalmente, o poder unilateral do empregador no mundo do trabalho” e concluindo pela inconstitucionalidade do novo preceito, Mauricio Godinho Delgado, *Curso de direito do trabalho*, p. 1.328-1.330.

dencial brasileiro, sobretudo, por meio da atuação do Tribunal Superior do Trabalho no “caso Embraer”, parece ter sido olímpicamente ignorado, quando não ostensivamente desprezado, pela reforma trabalhista de 2017. Uma reforma flexibilizadora, sim, mas que, ao menos nessa matéria, equivaleu a um claro retrocesso social/civilizacional e a tudo menos uma reforma modernizadora.

2.2 – A criação de novas modalidades contratuais, ajustadas às exigências das empresas, mas com a devida cautela: o caso do trabalho intermitente

Relação com vocação para perdurar no tempo, relação que preenche, por inteiro, a “vida laboral” do cidadão trabalhador, relação bilateral em que o trabalhador/homem (o *breadwinner*) presta a respectiva atividade em prol de um único sujeito bem definido, que o remunera e que conforma a sua conduta emitindo as correspondentes ordens e instruções, relação que se desenvolve num quadro empresarial (a fábrica, o escritório, o estabelecimento comercial, etc.) – eis alguns dos traços caracterizadores da chamada “relação laboral típica” (tipicidade entendida aqui em sentido social e não em sentido técnico-jurídico) ou relação laboral *standard*. Com efeito, o emprego normal ou típico, que ainda funciona como paradigma, é um emprego permanente, de duração indefinida ou indeterminada, é um emprego em que o trabalhador labora para quem o retribui, é um emprego a tempo inteiro ou completo, é um emprego que tem a empresa por palco de execução.

Vivemos, no entanto, “tempos líquidos”, na sugestiva expressão de Zygmunt Bauman²³. Vivemos numa época de grande dinamismo e numa sociedade altamente volátil, marcada pelo risco, pela incerteza e pela instabilidade. E também aqui a tradição vai deixando de ser o que era, sendo cada vez mais numerosos e significativos os desvios em relação àquele modelo laboral *standard*. Ao lado dos contratos de duração indeterminada (não raro, *em lugar* dos contratos de duração indeterminada) vão crescendo os contratos de trabalho a prazo (contratos sujeitos a um termo resolutivo), expressão maior da precariedade laboral. O “empregador único” parece, amiúde, cindir-se em dois, em virtude da progressiva expansão da atividade das chamadas “empresas de trabalho temporário”. As figuras do emprego em *part-time* e do trabalho intermitente vão-se também disseminando, nem sempre em função dos desejos dos trabalhadores. Fenómenos como o velho “trabalho no domicílio” ganham

23 *Tempos líquidos*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

nova vitalidade e o jovem teletrabalho subordinado vai fazendo o seu curso, inexoravelmente, tendo-se generalizado nestes tempos de pandemia.

Todos esses fenômenos põem em xeque o paradigma clássico de contrato de trabalho. Novas modalidades contratuais surgem e velhas modalidades ressurtem, tudo contribuindo para formar um “mosaico juslaboral” rico e diversificado. Ora, a esse propósito, o Código do Trabalho português (CT) de 2009 não deixou de inovar, ao criar a figura do *contrato de trabalho intermitente*, prevista e regulada nos seus arts. 157 a 160.

Em que consiste essa nova figura? Trata-se de uma modalidade contratual que poderá ser utilizada em empresas que exerçam “atividade com descontinuidade ou intensidade variável” e que se caracteriza pela circunstância de a prestação de trabalho ser “intercalada por um ou mais períodos de inatividade” (art. 157, nº 1). Trata-se, pois, de uma nova modalidade contratual particularmente afeiçãoada à satisfação de certo tipo de necessidades empresariais, traduzindo-se numa das mais flexíveis formas de emprego conhecidas pelo ordenamento jurídico-laboral. Trata-se, afinal, de adaptar a prestação de trabalho, de forma elástica, às variadas e mutáveis exigências produtivas da empresa moderna, as quais, por vezes, implicam que a períodos de prestação de trabalho se sucedam períodos de inatividade laboral.

Tendo em conta o disposto nos arts. 158 e 159 do CT, afigura-se que o contrato de trabalho intermitente é um *genus* composto por duas espécies. Com efeito, em qualquer espécie de contrato de trabalho intermitente este deverá conter a indicação do número anual de horas de trabalho ou do número anual de dias de trabalho (art. 158, nº 1, al. b), o que significa que o volume anual de trabalho, o *quantum* da prestação laboral, terá de ser programado pelos sujeitos. Casos haverá, no entanto, em que também o *quando* da prestação será previamente definido, isto é, em que as partes estabelecem no contrato o início e o termo de cada período de trabalho (art. 159, nº 1, 1ª parte), ao passo que noutros já o *quando* da prestação não é antecipadamente determinado, obrigando-se o trabalhador a responder às solicitações da entidade empregadora (art. 159º, nº 1, *in fine*). Naqueles casos, o ritmo da intermitência (a cadência ocupação/inatividade) é previsível e está programado no contrato; nesses casos, pelo contrário, o ritmo da intermitência será imprevisível/irregular, pelo que o *quando* da prestação dependerá da pertinente convocatória ou “chamamento” a efetuar pelo empregador. Assim sendo, poder-se-á concluir que o trabalho intermitente previsto na lei portuguesa se desdobra em duas submodalidades: o *trabalho alternado* e o *trabalho à chamada* (isto, como é óbvio, sem prejuízo de as partes poderem modelar fórmulas mistas de trabalho intermitente).

Em que circunstâncias poderá ser celebrado um contrato de trabalho intermitente? Em princípio, só numa *empresa que exerça atividade com descontinuidade ou intensidade variável* (nº 1 do art. 157). Há, pois, que densificar esse conceito, sendo certo que, ao utilizar a disjuntiva descontinuidade (interrupções) ou intensidade variável (flutuações), a lei oferece um terreno bastante vasto para o recurso ao trabalho intermitente (pense-se, p. ex., em certas atividades sazonais no âmbito da agricultura ou do turismo). Aliás, e em bom rigor, se a descontinuidade poderá não ser frequente, já a “intensidade variável” será, quiçá, um traço característico da atividade da grande maioria das empresas...

Que *sanção* aplicar, em caso de recurso indevido a essa modalidade contratual, isto é, na hipótese de o contrato de trabalho intermitente ser celebrado fora do amplo círculo de situações demarcado pela lei? A resposta, cremos, só pode ser uma: recondução ao contrato *standard*, neutralização da “cláusula de intermitência”, vale dizer, o contrato considerar-se-á celebrado sem período de inatividade laboral.

O contrato de trabalho intermitente está sujeito à forma escrita e deve conter a indicação do número anual de horas de trabalho, ou do número anual de dias de trabalho a tempo completo (nº 1 do art. 158); a falta de redução a escrito do contrato ou a falta de indicação no mesmo do volume anual de trabalho implica que o contrato se tenha como celebrado sem intermitência, sem período de inatividade (nº 2 do mesmo artigo); caso aqueles requisitos sejam satisfeitos, mas o volume anual de trabalho seja inferior ao mínimo legal, é este limite mínimo (cinco meses por ano) que será aplicável (nº 3).

Segundo o art. 159, as partes devem estabelecer a duração da prestação de trabalho, de modo consecutivo ou interpolado, bem como o início e termo de cada período de trabalho (no caso de trabalho alternado) ou a antecedência com que o empregador deve informar o trabalhador do início daquele (na hipótese de trabalho à chamada). Em todo o caso, a liberdade de modelação contratual dos sujeitos deve observar os seguintes limites:

i) A prestação de trabalho acordada não pode ser inferior a cinco meses por ano, dos quais pelo menos três meses devem ser consecutivos (nº 2). Ao estabelecer estes limites temporais, o legislador procura, decerto, evitar que o período de inatividade do trabalhador seja demasiado longo, mas, do mesmo passo, sujeita-se à crítica daqueles que entendem que, deste modo, se introduz uma excessiva rigidez normativa numa modalidade contratual que deveria ser o santuário da flexibilidade;

ii) A antecedência da chamada patronal não deve ser fixada em menos de 30 ou 20 dias, consoante o trabalhador intermitente exerça ou não outra atividade laboral durante o período de inatividade contratual (nº 3). Este é um ponto particularmente sensível, em que confluem interesses contrapostos de ambos os sujeitos. Para o empregador, até em função do carácter imprevisível e irregular das necessidades de mão de obra, o prazo de antecedência da chamada deve ser o mais curto possível, ao passo que, para o trabalhador, em ordem a que possa planificar minimamente a sua vida (pessoal, familiar, profissional), o aviso prévio deve ser o mais dilatado possível.

O trabalhador intermitente tem direito a auferir uma *compensação retributiva* nos períodos de inatividade (nos períodos em que está em *stand-by*), cujo montante deverá ser estabelecido por IRCT, mas, na sua falta, será o resultante do disposto no nº 2 do art. 160º (20% da retribuição base), a pagar pelo empregador com periodicidade igual à da retribuição. De qualquer modo, e ainda que a lei o não diga, é óbvio que as partes podem, no legítimo exercício da sua liberdade contratual, fixar uma compensação retributiva de montante superior àqueles 20% da retribuição base. Aliás, importa não esquecer que, nos termos acima expostos, o género contrato de trabalho intermitente compreende as espécies do *trabalho alternado* e do *trabalho à chamada*, sendo certo que, nos respetivos períodos de inatividade, a situação do trabalhador intermitente é marcadamente distinta: com efeito, este, e não aquele, obriga-se a responder à convocatória do empregador; para aquele, inatividade significará autodisponibilidade, para este, inatividade rima com heterodisponibilidade (o que justifica, de modo muito especial, o pagamento de uma adequada compensação retributiva).

A lei reconhece ainda ao trabalhador intermitente a possibilidade (o direito) de *exercício de outra atividade laboral*, durante o período de *stand-by* (nº 1 do art. 160). Note-se, contudo, que essa faculdade de exercer outra atividade laboral se depara com dois obstáculos consideráveis. Um, de ordem fáctica, reside na dificuldade prática de o trabalhador *intermitente/à chamada* assumir compromissos laborais minimamente consistentes com outrem, quando se sabe que ele terá de estar disponível para responder às solicitações, mais ou menos imprevisíveis, que lhe faça o empregador; enquanto trabalhador intermitente, retribuído durante os períodos de inatividade, ele é um trabalhador “à chamada”, o que dificultará sobremaneira o exercício de qualquer outra atividade laboral durante tais períodos. Tendo em conta a relativa indeterminação das coordenadas temporais da sua prestação laboral intermitente, esse trabalhador à chamada goza de uma escassa margem de manobra no tocante à gestão do “período de inatividade” – por isso mesmo que esse período é também um período de

heterodisponibilidade (não é tempo de trabalho, mas também não é tempo de autodisponibilidade), “à espera que o telefone toque”...

Por outro lado, e agora no plano jurídico, acontece ainda que o exercício dessa outra atividade laboral não poderá representar uma violação do dever de lealdade (*maxime* na sua dimensão de *dever de não concorrência*) a que o trabalhador intermitente se encontra vinculado em face do respetivo empregador – lembre-se que, nos termos do n.º 5 do mesmo preceito, “durante o período de inatividade, mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes que não pressupõem a efetiva prestação de trabalho”.

Uma das principais novidades introduzidas pela reforma da legislação do trabalho no Brasil, constante da Lei n.º 13.467/2017, consistiu na criação da figura do trabalho intermitente. Assim, segundo o novo *caput* do art. 443 da CLT, “o contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente”. E, nos termos do § 3.º do mesmo artigo, “considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria”.

Registe-se que o regime jurídico do trabalho intermitente, introduzido pela Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017, foi objeto de reponderação legislativa quase de imediato, pois o Poder Executivo logo editou uma medida provisória, a MP n.º 808, de 14 de novembro de 2017, a qual veio alterar diversos aspetos relevantes do regime jurídico do trabalho intermitente. Sucede que, entretanto (em 23 de abril de 2018), essa MP caducou, pois não foi convertida em lei no prazo estabelecido pela Constituição Federal, pelo que tudo terá voltado, nessa matéria, aos termos previstos na versão inicial da reforma trabalhista.

De todas as formas, e sem querer entrar nos pormenores do novo regime jurídico do trabalho intermitente em vigor no Brasil, alguns aspetos do mesmo assumem, a nosso ver, particular relevo, sobretudo quando comparados com o regime vigente em Portugal. Assim:

i) Tal como sucede em Portugal, o contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito, nos termos do art. 452-A da CLT revista²⁴;

24 Como observa Vólia Bomfim Cassar, essa formalidade é essencial para a validade da cláusula de intermitência, pelo que o seu desrespeito implicará que o contrato de trabalho não seja tido como intermitente – *Direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense; GEN, 2017. p. 507-508.

DOCTRINA

ii) O recurso a essa modalidade contratual poderá ter lugar em qualquer tipo de empresa e independentemente do tipo de atividade do empregado (exceto para os aeronautas), ao passo que em Portugal, como vimos, o trabalho intermitente apenas poderá existir em empresas que exerçam atividade com descontinuidade ou intensidade variável;

iii) O trabalho intermitente brasileiro surge apenas na submodalidade de trabalho à chamada, podendo o trabalhador ser convocado a qualquer momento (com apenas três dias corridos de antecedência), sendo que, nos termos da lei, também poderá não ser convocado nunca ou quase nunca para prestar trabalho. Em Portugal, como se disse, a convocatória patronal terá de ser feita com pelo menos 20 ou 30 dias de antecedência, sendo que, em cada ano, o período de prestação de trabalho não pode ser inferior a cinco meses a tempo completo, dos quais pelo menos três meses devem ser consecutivos;

iv) O período de inatividade laboral não será considerado tempo à disposição do empregador, pelo que não será remunerado, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes, ao passo que em Portugal o período de inatividade será remunerado (a compensação retributiva ascenderá, no mínimo, a 20% da retribuição base), podendo também o trabalhador exercer outra atividade, com respeito pelo dever de não concorrência.

Pelo exposto, afigura-se líquido concluir que a versão brasileira do contrato de trabalho intermitente ameaça converter o contrato de trabalho – em princípio, um contrato de atividade, que tem por objeto a prestação de uma atividade laboral pelo trabalhador –, num contrato de inatividade, isto é, num vínculo contratual em que a situação de heterodisponibilidade do trabalhador, traduzida na necessidade de, com apenas três dias de antecedência, corresponder às convocatórias do empregador, pode não corresponder qualquer atividade real e, correspondentemente, qualquer retribuição, ou seja, um contrato de trabalho sem trabalho real nem salário garantido!

Em bom rigor, o contrato de trabalho intermitente brasileiro não faz, sequer, jus ao nome, porque intermitente, como todos sabemos, é aquilo que tem paragens, interrupções, aquilo que cessa e recomeça. Ora, tal como desenhado pelo legislador brasileiro, aqui pode nem sequer haver paragens ou interrupções, pois o trabalhador pode não ser sequer convocado para trabalhar uma vez que seja, aqui pode não haver cessação e recomeço, porque pode nem sequer haver começo da prestação de atividade... Ou seja, aqui teremos, em tese, um contrato de trabalho sem trabalho e sem salário, *rectius*, um contrato de trabalho em que o salário poderá existir, ocasionalmente, se e quando o trabalhador for convocado para prestar trabalho e na estrita medida desse trabalho ocasional.

Como escreve Sidnei Machado, “o contrato intermitente é um contrato de ‘zero hora’ e ‘zero salário’. É uma modalidade de flexibilidade absoluta, que faz o empregado trabalhar sob demanda, em função da necessidade da empresa”²⁵. No caso do Brasil, melhor sealaria, pois, em “trabalho à chamada” – chamada essa, aliás, meramente eventual – do que em “trabalho intermitente”.

A doutrina brasileira tem criticado com vigor os termos em que a reforma veio criar e modelar a figura do trabalho intermitente, em atenção aos interesses dos empresários e não dos trabalhadores, que são colocados numa situação de insegurança extrema²⁶. Trata-se, realmente, como bem assinala Mauricio Godinho Delgado, de uma figura anômala e de uma das mais disruptivas inovações da reforma trabalhista²⁷.

Em jeito conclusivo, no confronto entre a norma portuguesa e a brasileira sobre o trabalho intermitente, diríamos: nem tanto ao mar, nem tanto à terra! Cremos que a norma portuguesa sobre o trabalho intermitente poderá ser algo flexibilizada. Mas não temos dúvidas de que o regime brasileiro carece urgentemente de ser corrigido, em sentido garantístico, de forma a salvaguardar direitos básicos de qualquer trabalhador, emergentes de qualquer modalidade de contrato de trabalho: o direito de trabalhar, de exercer uma atividade profissional, e o direito ao salário, a uma justa remuneração pelo trabalho realizado. Nem um nem outro desses direitos se encontram assegurados pela norma brasileira emergente da reforma. Impõe-se, por isso, reformar a reforma!

3 – Como enfrentar as mudanças recentes? O caso do trabalho nas plataformas digitais

As profundas mudanças registadas, nos últimos anos, na forma de trabalhar e nos modos de prestar serviços, pondo em contacto a oferta e a procura, interpelam, crescentemente, o Direito. E também, claro, o Direito do Trabalho. Em particular, o trabalho prestado com recurso a plataformas digitais, seja a que nos proporciona uma alternativa de transporte ao clássico táxi, seja a que

25 “A reforma trabalhista no Brasil a partir de uma perspectiva comparada das reformas da União Europeia”. In: DALLEGRAVE NETO, José Afonso; KAJOTA, Ernani (Coord.). *Reforma trabalhista ponto a ponto*: estudos em homenagem ao Professor Luiz Eduardo Gunther. São Paulo: LTr, 2018. p. 18.

26 Assim, por exemplo, Augusto César Leite de Carvalho, *op. cit.*, p. 424-426; GARCIA, Gustavo Filipe. *Manual de direito do trabalho*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 183-184; ou CASSAR, *op. cit.*, p. 508-509. Por último, Sergio Pinto Martins, o qual observa que “este dispositivo pode dar ensejo à fraude, de muitas contratações serem feitas sem fundamento como contrato intermitente, em que o empregado não sabe quando vai trabalhar e por quanto tempo” (*Direito do trabalho*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 215).

27 *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018. p. 637 e 668.

nos permite encomendar o almoço ou o jantar por meio de uma cómoda “app”, tem colocado questões delicadas, dir-se-ia que à escala universal, a primeira das quais consiste, claro, na qualificação da relação que se estabelece entre a empresa que opera na plataforma digital (a Glovo, a Uber, etc.) e os respetivos prestadores de serviços, aqueles que transportam os clientes ao seu destino (os motoristas) ou que lhes levam à casa a refeição (os chamados “entregadores”).

O Direito do Trabalho foi um produto tardio da 1ª Revolução Industrial, nasceu num ambiente fabril e a pensar na situação dos operários, assumiu-se como “direito do contrato de trabalho”, um contrato marcado pela nota da dependência, da subordinação. A relação de troca entre trabalho e salário, estabelecida no cenário da velha fábrica – uma relação fortemente hierarquizada, em que o trabalhador está sujeito a um apertado controlo e vigilância por parte do empregador ou do “chefe”, em que o trabalhador não tem qualquer margem de autonomia operatória e se sujeita às ordens e aos comandos estritos da contraparte, devendo, acima de tudo, obedecer –, esta relação encontra-se na génese do Direito do Trabalho, correspondendo ao paradigma da sociedade industrial – uma sociedade em que, dir-se-ia, se registou a “sinédoque da subordinação”, uma espécie extremada de subordinação jurídica (mas uma espécie apenas, não o *genus*), registada entre o operário e a sua entidade empregadora, titular da empresa, a subordinação clássica, marcada por uma forte e constante heterodireção patronal dos diversos aspetos da prestação laboral (conteúdo, modalidades, tempo, lugar, etc.)²⁸.

É, contudo, sabido que a subordinação jurídica constitui uma noção de geometria variável, que comporta uma extensa escala gradativa. E, ao longo do século XX, no trânsito da sociedade industrial para uma sociedade pós-industrial, em que o setor dos serviços foi destronando a fábrica, foi-se, outrossim, verificando uma flexibilização da subordinação. Esta não desapareceu, mas as formas de exercício dos poderes da entidade empregadora foram-se tornando mais dúcteis e menos ostensivas. A subordinação jurídica comporta *graus* distintos, tanto podendo ser muito intensa e constante como exprimir-se em moldes bastante ténues e até potenciais (desde logo, a subordinação jurídica não é incompatível com a autonomia técnico-executiva, típica, p. ex., das chamadas “profissões liberais”, como a advocacia ou a medicina).

28 Nesse sentido, assinalando que aquilo que ocorreu historicamente, com a subordinação, foi uma espécie de sinédoque – a identificação do todo por uma das partes que o compõem, pela subordinação clássica própria da grande fábrica –, identificação esta que deve ser superada, tendo em conta as transformações, entretanto, registadas no mundo do trabalho, *vd.* PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho*: uma releitura necessária. São Paulo: LTr, 2009. p. 43 e ss.

DOCTRINA

Ora, como acima se referiu, os *apps*, ao permitirem novas formas de prestar serviços, colocando em contacto a oferta e a procura, representam, sem dúvida, um dos desafios emergentes para o Direito do Trabalho. Afinal, os serviços fornecidos *via apps*, sejam serviços de transporte efetuados por um motorista, sejam serviços de entrega ao domicílio efetuados por um entregador, relevam para o Direito do Trabalho, situando-se dentro das fronteiras deste ramo do ordenamento? Ou, pelo contrário, quem presta tais serviços são trabalhadores independentes, são, quiçá, microempresários, cuja atividade já está para além das fronteiras do direito laboral?

É claro que qualificar o trabalho em plataformas, o trabalho realizado com recurso a *apps*, como autónomo ou dependente sempre dependerá de uma apreciação casuística, que leve em conta os dados resultantes de cada tipo de relação, de cada concreto contrato. E também é claro que essas novas formas de prestar serviços levantam consideráveis dificuldades de enquadramento, até porque, infelizmente, não dispomos de um qualquer “subordinômetro” que nos forneça uma resposta infalível e irrefutável.

Recentemente, na vizinha Espanha, o Tribunal Supremo proferiu uma decisão especialmente importante a esse respeito, versando sobre o estatuto de um *rider*/entregador da Glovo. Uma sentença paradigmática, proferida em 25 de setembro de 2020, do *Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 805/2020*, no Rec. 4746/2019. Essa decisão configura, ademais, um acórdão de unificação da doutrina e, por isso, cremos que se justifica divulgá-la. Ora, o Supremo Tribunal espanhol reconheceu a existência, *in casu*, de uma relação de emprego, de uma relação de trabalho dependente e subordinado, entre o *rider* e a Glovo. Em síntese, o tribunal afirmou que:

i) A Glovo não é uma mera intermediária na contratação de serviços entre estabelecimentos comerciais e estafetas; não se limita a prestar um serviço eletrónico de intermediação, consistente em pôr em contacto consumidores (os clientes) e autênticos trabalhadores autónomos, antes realiza também uma atividade de coordenação e organização do serviço produtivo;

ii) Trata-se de uma empresa que presta serviços de recovagem (de transporte e entrega de mercadorias), fixando o preço e as condições de pagamento do serviço, bem como as condições essenciais para a prestação de tais serviços; e é titular dos ativos essenciais para a realização da atividade;

iii) Para isso, utiliza *riders*/entregadores que não dispõem de uma organização empresarial própria e autónoma, os quais prestam o seu serviço inseridos na organização de trabalho do empregador, submetidos à direção e organização

da plataforma, como o demonstra o facto de a Glovo estabelecer todos os aspectos relativos à forma e preço do serviço de recolha e entrega de tais produtos;

iv) Ou seja, tanto a forma de prestação do serviço como o seu preço e forma de pagamento são estabelecidos pela Glovo; a empresa emite instruções que lhe permitem controlar o processo produtivo e instituiu meios de controlo que incidem sobre a atividade e não apenas sobre o resultado, mediante a gestão algorítmica do serviço, as avaliações dos *riders* e a geolocalização constante;

v) O *rider*/entregador nem organiza, por si só, a atividade produtiva, nem negocia preços ou condições com os titulares dos estabelecimentos que serve, nem recebe dos clientes finais a sua retribuição; *in casu*, o autor não tinha uma verdadeira capacidade para organizar a sua prestação de trabalho, carecendo de autonomia para isso e estando sujeito às diretrizes organizativas fixadas pela empresa; isso revela um exercício do poder empresarial quanto ao modo de prestação do serviço e um controlo da sua execução em tempo real que evidencia a presença do requisito de dependência próprio da relação laboral;

vi) Para prestar esses serviços, a Glovo serve-se de um programa informático que atribui os pedidos em função da avaliação de cada *rider*/estafeta, o que condiciona decisivamente a teórica liberdade de escolha de horários e de recusa de tais pedidos; ademais, a Glovo desfruta de um poder para sancionar os seus *riders* por uma pluralidade de condutas diferentes, o que é uma típica manifestação do poder diretivo e disciplinar do empregador;

vii) Por meio da plataforma digital, a Glovo leva a cabo um controlo em tempo real da prestação do serviço em causa, sem que o *rider* possa realizar a sua tarefa desvinculado da referida plataforma; devido a isso, o *rider* goza de uma autonomia muito limitada, que apenas abrange questões secundárias (que meio de transporte utiliza e que rota segue para realizar a entrega), pelo que o tribunal concluiu que concorrem, no caso, as notas definidoras de um contrato de trabalho entre o autor e a empresa demandada.

É certo que a margem de liberdade operacional do *rider*/entregador é maior, bem maior, do que aquela de que dispunha o operário da velha fábrica fordista: o *rider* não parece estar sujeito a um dever de assiduidade e pontualidade (ele não tem de estar sempre disponível, pode escolher as faixas horárias em que estará pronto a prestar serviço, pode até recusar certos serviços em concreto), nem está sujeito a um dever de exclusividade ou, sequer, a um dever de não concorrência (pode trabalhar para várias plataformas, prestando o mesmo tipo de serviços a empresas concorrentes), ele utiliza instrumentos de trabalho próprios (o carro, a motorizada, a bicicleta, o *smartphone*)...

Ainda assim, os traços indiciadores de dependência são muito fortes e vinculados: o entregador (tal como, de resto, o motorista) não tem clientes, quem os tem é a Glovo, é esta que contacta com o mercado; os entregadores trabalham sob a marca Glovo, estão sujeitos a diversas formas de controlo e avaliação algorítmica por parte da Glovo, sendo esta que fixa os preços do serviço, etc.

Reiteramos: *em matéria de qualificação, tudo dependerá, como é óbvio, das circunstâncias concretas de cada relação, de cada contrato, dos direitos e obrigações das partes, da dinâmica relacional que entre elas se estabeleça*. Mas, aqui chegados, afirmamos: *a circunstância de o prestador de serviço utilizar instrumentos de trabalho próprios, bem como de estar dispensado de cumprir deveres de assiduidade, pontualidade e não concorrência, não é incompatível com a existência de uma relação de trabalho dependente entre o prestador e a plataforma eletrônica*.

Em suma, cremos que tudo estará, pois, em o Direito do Trabalho acolher esses novos prestadores de serviços *via apps* no seu seio, procedendo à devida adaptação regimental, isto é, construindo um regime laboral calibrado e ajustado às características dessas novas formas de prestar serviços. Porque, convenhamos, ao olhar para um qualquer entregador, daqueles que percorrem velozmente as ruas nas suas motos (ou, mais lentamente, pedalando nas suas bicicletas), creio que nenhum de nós se convence, seriamente, de que ali vai um empresário – seja um microempresário, um motoempresário ou um cicloempresário...

Não. O *rider* presta a sua atividade para uma organização produtiva alheia, na qual se insere, ele não possui uma organização empresarial própria; os frutos da sua atividade não lhe pertencem, originariamente, mas, sim, a outrem, a essa organização produtiva. Ali vai, portanto, motorizado ou pedalando, um trabalhador dependente, um trabalhador do século XXI, diferente, decerto, dos seus pais, avós ou bisavós, mas, afinal, ainda um trabalhador dependente – um subordinado de novo tipo, com contornos distintos dos tradicionais, mas, em última instância, ainda dependente e subordinado na forma como desenvolve a sua atividade.

Se essas novas formas de prestar trabalho, criadas pela fantástica evolução da tecnologia, podem constituir, como por vezes se diz, uma *terra de grandes oportunidades*, não cremos que tal terra deva ser uma terra sem lei, máxime sem lei laboral. Seria até uma traição à missão histórica do Direito do Trabalho que este construísse – ou que este deixasse que se construísse – um muro conceptual e mantivesse aqueles (motoristas, entregadores, etc.) lá fora, do outro lado do muro. Essa importantíssima decisão do Supremo Tribunal espanhol representa,

cremos, um passo na direção certa, desconstruindo o muro que alguns querem que exista entre esses trabalhadores de novo tipo e o Direito do Trabalho²⁹.

Mais recentemente ainda, a 19 de fevereiro de 2021, a *Supreme Court* do Reino Unido proferiu uma importante decisão, no processo *Uber BV and others (Appellants) v. Aslam and others (Respondents)*, na qual, uma vez mais, os tribunais britânicos rejeitaram a tese de que os motoristas da Uber devam ser tidos como microempresários ou como *self-employed independent contractors*, mas, sim, como autênticos *workers* da Uber. Segundo o Supremo Tribunal, não é a Uber que trabalha para os seus motoristas, a inversa é que é verdadeira: a Uber é uma empresa que explora um serviço/negócio de transportes (a Uber não é uma mera *technology company*, não é uma mera plataforma digital que preste serviços de intermediação, antes está no mercado para fornecer serviços de transporte) e os motoristas disponibilizam a mão de obra especializada por meio da qual a empresa fornece os seus serviços ao público e auferem os seus lucros; o contrato central entre o motorista e a Uber consiste em aquele, mediante remuneração, se disponibilizar para transportar – e transportar efetivamente – os passageiros Uber para os seus destinos; o acordo entre as partes localiza-se no campo das relações de trabalho dependente, não sendo um contrato entre iguais celebrado por duas organizações empresariais independentes, sendo que os motoristas não contactam diretamente com o mercado, antes são recrutados pela Uber para trabalharem e nesta se integram como componentes da respetiva organização. Em suma, os motoristas desenvolvem a sua atividade para a marca Uber, vale dizer, eles não são trabalhadores por conta própria ou pequenos empresários que contactem com o mercado, que laborem para uma clientela indeterminada, pelo contrário, os seus clientes são pessoas indicadas pela Uber – os motoristas fornecem, afinal, a mão de obra de que a Uber necessita para explorar o seu próprio negócio³⁰.

Vale a pena recapitular o essencial da argumentação expendida, *in casu*, pela *Supreme Court*: a remuneração paga aos motoristas pelo trabalho é fixada pela Uber e os motoristas não têm qualquer palavra a dizer quanto a isso (salvo, claro, ao decidirem quando trabalhar e quanto de trabalho prestar); as condições contratuais ao abrigo das quais os motoristas prestam os seus serviços são ditas pela Uber; muito embora os motoristas tenham, em abstrato, liberdade para

29 Para desenvolvimentos, AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho. A Glovo, os *riders*/estafetas e o Supremo Tribunal de Espanha: *another brick in the wall*. In: *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2020-II, p. 121-151.

30 Esse caso agora decidido, em definitivo, pela *Supreme Court*, foi objeto de uma primeira sentença do *Employment Tribunal* de Londres, proferida em 28 de outubro de 2016. Sobre essa decisão, *vd.* o comentário de AMADO, João Leal; SANTOS, Catarina Gomes. A Uber e os seus motoristas em Londres: *mind the gap!* In: *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n. 4001, nov./dez. 2016.

escolher quando trabalham, a verdade é que, a partir do momento em que um motorista se conecta, via *app* da Uber, a sua margem de liberdade efetiva quanto à aceitação dos pedidos de transporte encontra-se, de facto, muito condicionada pela Uber; a Uber exerce um controlo muito significativo sobre a forma como os motoristas executam os seus serviços (por meio da tecnologia utilizada e, bem assim, por meio dos sistemas de avaliação da *performance* do motorista, que podem, no limite, levar à sua “desativação”); a Uber restringe a comunicação entre o passageiro e o motorista ao mínimo indispensável para realizar o serviço de transporte em causa e toma medidas ativas em ordem a impedir os motoristas de estabelecerem qualquer relação com o passageiro que possa estender-se para além daquela concreta corrida. Assim sendo, a *Supreme Court* conclui: “Ponderando estes fatores conjuntamente, pode ver-se que o serviço de transporte realizado pelos motoristas e oferecido aos passageiros através da *app* da Uber é definido e controlado, em moldes muito estritos, pela Uber. Além disso, o mesmo é concebido e organizado de forma a providenciar um serviço estandardizado aos passageiros, no qual os motoristas são tidos como substancialmente fungíveis (‘interchangeable’) e do qual a Uber, e não os concretos motoristas, desfruta dos benefícios da lealdade e ‘goodwill’ dos clientes. Vistas as coisas da perspectiva dos motoristas, esses mesmos fatores – em particular, a impossibilidade de oferecer um serviço distinto ou de estabelecer o preço dos serviços e o controlo da Uber sobre todos os aspetos da sua interação com os passageiros – significam que eles têm pouca ou nenhuma capacidade para melhorar a sua posição económica através de qualquer ‘skill’ profissional ou empresarial. Na prática, a única forma através da qual eles podem aumentar os seus rendimentos consiste em trabalhar mais horas, sempre correspondendo aos padrões de *performance* fixados e exigidos pela Uber” (§ 101, tradução nossa).

Em suma, no caso em apreço, o tribunal não teve dúvidas de que os motoristas da Uber eram *workers* e não genuínos *independent contractors*. Aqueles estão, em relação à Uber, numa situação de subordinação ou, ao menos, de “parassubordinação”, prestando trabalho para essa empresa numa posição de acentuada dependência económica. *Employee* ou *worker*, o certo é que, para o Supremo Tribunal, os motoristas da Uber não são *self-employed independent contractors*. Tanto basta para que as leis do trabalho, em matéria de jornada e de salário, lhes sejam aplicáveis. E não há manobras de engenharia jurídica, efetuadas por argutos advogados, que possam obstar a tal aplicação.

Eis, a nosso ver, a grande lição a retirar dessa importante sentença. É que, por vezes, vai uma grande distância entre a engenharia contratual (e o imaginativo emaranhado terminológico adrede utilizado) e a realidade relacional.

DOUTRINA

Nem *partner* nem *customer*, o *driver* é, afinal, vistas as coisas como elas são, um *worker* da Uber³¹.

Em jeito de conclusão, diremos: ser fiel à memória do 1º de maio (Dia do Trabalhador) e aos 80 anos de Justiça do Trabalho no Brasil significa, ainda e sempre, combater a precariedade laboral e evitar que o trabalho seja reduzido à condição de mercadoria. E implica, outrossim, modernizar, adaptar e diversificar as respostas normativas, sem, contudo, renegarmos a *alma mater* do Direito do Trabalho: o princípio da proteção do trabalhador.

Recebido em: 30/10/2021

Aprovado em: 05/11/2021

31 Para desenvolvimentos, AMADO, João Leal; MOREIRA, Teresa Coelho. A Uber, o motorista e o cliente: três ou quatro? A propósito de uma decisão da *Supreme Court* do Reino Unido. In: *Revista Internacional de Direito do Trabalho*, n. 2, 2021 (no prelo).