



Andreia Filipa Gonçalves dos Santos

UMA ANÁLISE SOCIOJURÍDICA DA
PRECARIEDADE LABORAL: O CASO DOS
FALSOS TRABALHADORES INDEPENDENTES

Dissertação de Mestrado na área científica de sociologia,
especialidade em Relações de Trabalho, Desigualdades Sociais e
Sindicalismo, orientada pelo Professor Doutor António Casimiro
Ferreira

Julho de 2012



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Agradecimentos

Em primeiro lugar, quero agradecer ao meu professor, orientador e mestre, pelo privilégio de poder contar com a magnificência do seu conhecimento. Quero vincar o meu profundo reconhecimento pela sua dedicação, orientação e amizade, as quais foram fundamentais na elaboração desta tese, e que continuamente servem de estímulo na “criação de ciência”.

Quero agradecer também, à minha mãe e à minha irmã, os dois pilares da minha vida. Agradeço toda a paciência que tiveram comigo, e agradeço do fundo do meu coração a confiança e crédito que depositam em mim. Obrigada sempre.

Quero deixar ainda um agradecimento a todas as pessoas que se cruzaram comigo neste percurso, aos amigos mais próximos e aos menos próximos, obrigada pela força.

E por último, a ti avó que começaste tudo isto.

Índice

Resumo	4
Abstract	5
Introdução	6
I Parte	
Capítulo 1. As dinâmicas de transformação das relações laborais e do direito do trabalho	11
Introdução	11
1.1 Do estado providência ao neoliberalismo	12
1.2 A flexibilidade como ideal neoliberal	16
1.3 O contexto de crise: austeridade	21
Capítulo 2. Individualismo institucionalizado	23
Introdução	23
2.1 A autonomia dependente: uma narrativa de conversão	24
2.2 A individualização na esfera laboral	28
2.2.1 Flexibilidade: empresas e indivíduos	28
2.2.2 A descolectivização das relações laborais	31
2.2.3 A individualização dos conflitos laborais	34
2.3 Falso trabalho independente: reflexo da individualização laboral	37
2.3.1 Retrato da precariedade laboral: o trabalho independente	40
II Parte	
Capítulo 3. A relação jurídico-laboral:	44
Introdução	44
3.1 A subordinação jurídica	44
3.2 O “falso consentimento”	48
Capítulo 4. As funções do direito do trabalho na actualidade	50
Introdução	50

4.1 As reais funções do direito do trabalho e a sua transformação	51
4.2 “A função de organizar as relações de poder”	53
4.3 “A função simbólica”	55
4.4 “A função económico-instrumental”	57
4.5 Direito do trabalho subversivo	59

III Parte

Capítulo 5. Vulnerabilidade e Direito do trabalho 62

Introdução 62

5.1 A subjectividade dos direitos 62

5.2 A amplitude da vulnerabilidade 66

Capítulo 6. Vulnerabilidade e precariedade no mercado de trabalho 69

6.1 Precariedade laboral 70

6.2. Trabalho e vulnerabilidade 72

6.3 Vulnerabilidade objectiva e subjectiva na esfera laboral 73

6.4 Dupla Vulnerabilização 76

IV Parte

Capítulo 7. Da aplicação do direito às situações laborais vulneráveis 80

Introdução 80

7.1 Análise do discurso jurídico: análise de jurisprudência 80

7.1.2 Casos de estudo

Caso 1 85

Caso 2 87

Caso 3 88

Caso 4 91

Caso 5 92

Considerações finais 95

Conclusões 98

Bibliografia 104

Resumo

A presente tese procura colocar em evidência a importância do direito na vida dos indivíduos, identificando os efeitos da sua aplicação, nomeadamente, nas situações em que existem formas alternativas ao uso do direito do trabalho tendo por base uma interpretação *deslaboralizada* dos seus princípios. O fenómeno social da precariedade laboral ao estabelecer com o sistema jurídico uma relação de influência recíproca, demonstra o modo como as práticas sociais dos empregadores estão em dissonância com os princípios jurídicos do direito do trabalho. Deste modo, conceitos como precariedade e vulnerabilidade são conjugados com o direito, de forma a deixar clara a feição neoliberal que tomou conta do mundo trabalho, produzindo insegurança, instabilidade e medo nos indivíduos. As relações laborais são agora pautadas por uma crescente individualização, contribuindo para um maior desfasamento entre a afirmação dos direitos laborais e as exigências dos mercados. Como resultado deste panorama laboral, observa-se que a precariedade dá origem a uma vulnerabilidade que é tanto objectiva como subjectiva, influenciada pelos quadros legais. Neste sentido, como ilustração de um uso alternativo ao direito do trabalho desenvolvem-se casos de estudo sobre os falsos trabalhadores independentes, recorrendo-se à análise do discurso jurídico, em particular, da análise de jurisprudência relacionada com esta temática. Sendo assim, através da análise de sentenças emitidas pelos Tribunais de Trabalho de 1ª Instância pretende-se evidenciar que as relações laborais estão completamente dependentes das lógicas empresariais.

Palavras-chave: direito do trabalho; precariedade; vulnerabilidade; individualização

Abstract

This thesis aims to highlight the importance of labour law on each individual's lives, identifying the effects of its application, specially in situations where there is **an alternative use of labour law** based on a *delaboralized* interpretation of its principles. The social phenomenon of precarious employment exerts and suffers a mutual influence on and from the legal system. This shows how the social practices of employers are dissonant with the legal principles of labour law. Therefore, concepts such as precarity and vulnerability are combined with the law in order to clarify the neoliberal garb (inflection?) that swept the labour world, inducing insecurity, instability and fear in individuals. Labour relations are now featured by a growing individualization, contributing to a growing gap between the proclamation of labour rights and market requirements. As a result of this work scenario, precarity leads to a vulnerability that is both objective and subjective, influenced by the legal frameworks.

In this regard, as an illustration of **an alternative use of labour law** we develop case studies on the "false self-employed", by resorting to the analysis of the legal discourse, particularly, to the analysis of jurisprudence of labour courts. Thereby, the analysis of sentences issued by the 1st Instance Labour Courts of intends to demonstrate how completely dependent on business logic the labour relations are.

Key-words: labour law; precarity; vulnerability; individualization

Introdução

O trabalho e os seus direitos desempenham um papel fundamental na vida dos indivíduos. Contudo, os mesmos são conduzidos ao sabor das transformações nas sociedades contemporâneas, e assim, absorvidos pelas linhas económico-financeiras e político-jurídicas que os guiam.

Tendo esta orientação presente, neste trabalho propõe-se estudar o modo como o uso alternativo *ao* direito do trabalho¹ é potenciado pelas transformações na esfera laboral, desenvolvido entre contextos de precariedade e posições de vulnerabilidade. Trata-se de colocar em estreita relação o carácter positivo do direito do trabalho com a experiência subjectiva dos indivíduos perante o efeito da aplicação do mesmo. Tendo presente a realidade do mercado de trabalho, pautado por um forte processo de individualização, utiliza-se como indicador sociológico o caso dos falsos trabalhadores independentes. Esta relação laboral demonstra a forma como existe uma dupla reciprocidade entre o que se passa na sociedade, e a forma como o direito do trabalho é influenciado por factores externos, moldando noções e conceitos legais (Countoris, 2007). Logo à partida, trata-se de uma relação laboral não regulada pelo código de trabalho, mas sim pelo código civil, em que a possibilidade de escolha entre um contrato ou outro, é utilizada pelos empregadores no âmbito do contexto da precariedade laboral. A outra grande questão que daqui resulta, é que esta mesma opção tem efeitos sobre os indivíduos, nomeadamente no modo como se colocam e interpretam a sua situação perante o trabalho, dando origem a uma vulnerabilidade que é tanto subjectiva como objetiva.

Deste modo, o presente trabalho divide-se em quatro partes principais.

A primeira parte é constituída por dois capítulos, o primeiro retrata a evolução das relações laborais acompanhando as transformações sociais, políticas e económicas que constituem o próprio direito do trabalho, e o segundo estabelece uma relação entre as tendências que confluíram para a crescente individualização das relações laborais, e que através da aplicação do direito do trabalho se reflectem fortemente na vida dos indivíduos.

¹ A expressão “uso alternativo” do/ao direito do trabalho diz respeito à possibilidade de (ao) escolha ou subversão (do) de outro quadro jurídico que não tenha como princípio fundamental o carácter protector do direito do trabalho (cf. Ferreira, 2012a)

Quanto ao primeiro capítulo, pretende descrever-se o modo como o direito do trabalho e as relações laborais foram evoluindo, sendo influenciadas pelas transformações sociais, políticas e económicas. De uma era dourada passou-se rapidamente ao signo da flexibilidade, que acabou por ser soberano, sustentado por uma ideologia neoliberal que se generalizou. Pela sua evolução, é notório que o direito do trabalho vai sendo continuamente moldado aos requisitos do mercado, perdendo de forma crescente o seu carácter social de equilíbrio possível entre os parceiros sociais que lhe deu origem. Entre cenários de crise, pós-crise, e presentemente, de austeridade, as relações laborais são reflexo directo do pululamento de influências exteriores à regulação do direito do trabalho, nomeadamente, pelo carácter neoliberal que desde a década de 80 caracteriza as sociedades contemporâneas.

Quanto ao segundo capítulo, evidencia-se a importância do processo de individualização como recorte indispensável ao contexto laboral criado sob uma base neoliberal. O indivíduo é peça central ao funcionamento de uma lógica neoliberal, sendo nele investido uma função que se revela contraditória: a sua autonomia está dependente das lógicas de mercado. O processo de individualização é de uma enorme relevância, dado que é através deste que as relações laborais se vão moldando e tornando mais flexíveis. A esfera laboral assume este espírito individualista, desprovendo-se das suas marcas colectivas históricas, e assim, indo de encontro aos requisitos do bom funcionamento dos mercados financeiros. Tal pode observar-se tanto ao nível das empresas como do próprio indivíduo, ao que acresce a descolectivização das relações laborais e a individualização dos conflitos laborais. Com tudo isto, a individualização torna-se num mecanismo ao serviço dos mercados, a partir da qual surgem novos contornos dos direitos laborais e, por isso, fenómenos como o caso dos falsos trabalhadores independentes. É neste ponto que se inicia a problemática relativa ao estudo de caso específico, pois o seu conteúdo reúne os elementos que impelem o individualismo, e simultaneamente, colocam em estreita relação a subjectividade dos indivíduos perante a aplicação selectiva do direito do trabalho. Do mesmo modo, torna-se relevante demonstrar qual o “peso” do trabalho independente no contexto laboral português.

No que diz respeito à segunda parte, esta divide-se entre o terceiro e o quarto capítulos que se desdobram entre a problemática da subordinação jurídica e as funções do direito do trabalho.

O terceiro capítulo trata, da questão da subordinação jurídica que se torna fulcral nesta análise. Partindo do campo de acção do direito do trabalho, observa-se que a sua crescente complexidade coloca em risco a sua função primordial de protecção da parte mais fraca, centrando a problemática dos falsos trabalhadores independentes na contraposição entre

contrato de trabalho e contrato de prestação de serviços. A prova ou não da subordinação jurídica reflecte muitas vezes a criação de “zonas cinzentas” no direito do trabalho, que se revestem ainda de maior relevância, dado que muitas vezes têm a aceitação tácita dos trabalhadores. O consentimento dos indivíduos, o qual reveste ou pode revestir a forma de um constrangimento, perante situações que contornam os limites legais do direito do trabalho advém da sua insegurança e medo quanto ao futuro, acabando por legitimar as suas escolhas. O cenário de precariedade induz à “não alternativa”, havendo, por isso, o próprio reconhecimento dos trabalhadores da sua situação vulnerável e, simultaneamente, a sua apatia perante uma percepção de insegurança, ancorada no medo social, que hoje, sustenta grande parte da resignação dos indivíduos.

O quarto capítulo retrata, por conseguinte, as funções do direito do trabalho na actualidade. O direito do trabalho acaba por modificar as suas funções que seguem, agora, as tendências dos mercados financeiros, tornando-se num instrumento a partir do qual a regulação das relações laborais se pautam por um carácter subversivo da sua essência. Quer isto dizer que da sua intervenção nas relações de poder, do seu carácter simbólico e da sua dimensão económico-instrumental, ressalta um novo direito do trabalho, denominado por António Casimiro Ferreira (2012; 2012a) de “direito do trabalho subversivo”. Este capítulo é relevante, sobretudo, por demonstrar que para além de um uso alternativo *ao* direito do trabalho, existe efectivamente um uso alternativo *do* direito do trabalho sustentado pelos interesses das lógicas mercantilizadas.

Na terceira parte fundamenta-se, então, a centralidade do conceito de vulnerabilidade neste trabalho. Tendo como objectivo o acima já formulado de demonstrar que o direito do trabalho ao ser combinado num mundo laboral onde reina a precariedade, produz um impacto directo na vida dos indivíduos colocando-os em situações de vulnerabilidade, é neste ponto que estabelecemos a relação entre direito, precariedade e vulnerabilidade.

Estruturando-se também em dois pontos essenciais, o quinto capítulo serve de enquadramento quanto à pertinência de qualificar o próprio direito como subjectivo, recuperando a centralidade do indivíduo como sujeito de direito, dado que subjacente a esta relação estão conectados o reconhecimento, a intersubjectividade e o poder. Isto para vincar a importância do direito na construção da subjectividade dos direitos, pois é a partir deles que o indivíduo se assume como sujeito de direito perante os outros, e ao mesmo tempo, também é a partir dele que estrutura o seu poder em relação aos outros. Logo, existem situações em que estes elementos se encontram em risco, e é exactamente neste factor que reside a relevância do conceito de vulnerabilidade. Para além disso, partindo de uma concepção mais ampla e

geral do conceito de vulnerabilidade, reúne-se um conjunto de três autores com perspectivas diferentes mas complementares, que exploram o conceito e o associam às problemáticas das desigualdades sociais, da precariedade institucional e dos desequilíbrios do mercado.

E sendo assim, uma vez apresentado o conceito e a sua extensão a várias temáticas, o sexto capítulo reflecte a vulnerabilidade em relação à esfera laboral, neste caso, em relação à precariedade laboral como fenómeno que deixa a claro a vulnerabilidade dos indivíduos. Parte-se de uma caracterização do fenómeno de precariedade laboral, onde pretendemos ter como ponto de chegada, a percepção que emana da esfera laboral uma realidade objectiva que patenteia uma experiência subjectiva quanto ao trabalho. Tal denota-se através dos diferentes vínculos de precariedade, demonstrando que a vulnerabilidade é de facto objectiva mesmo que seja tomada sobre o pano da subjectividade e vice-versa. Expõe-se, portanto, uma análise que combina precariedade objectiva e precariedade subjectiva sustentada pelo autor Serge Paugam (2007). As diferentes combinações são reflexo da complexidade entre direito do trabalho, vínculos laborais, valores e expectativas que compõem as relações laborais na actualidade. Não podemos esquecer, por isso, o contributo de Robert Castel (1999; 2000) nesta temática com o seu diagnóstico acerca da função integradora do trabalho na sociedade, questionada pela ampliação de vulnerabilidades fundadas no enfraquecimento das protecções historicamente tecidas em torno do trabalho. O que daqui se retira e pretende evidenciar-se é o facto de a vulnerabilidade ser resultado do que acontece antes, isto é, ao nível da organização do trabalho, da competitividade das empresas etc. Em suma, deve relacionar-se com o centro da vida económica e social, que produz a riqueza e o poder. A tese do autor é a de que o que acontece nas zonas periféricas da vida social (desemprego ou por formas de precarização do trabalho) é resultado do que ocorre no coração da estrutura social (laços e vínculos que constituem o centro das relações sociais e salariais), podendo este argumento resumir-se como dupla vulnerabilização. Esta pauta-se pela liquidez de Zygmunt Bauman, e que retomando o trabalho como elemento central, se observa como o mercado de trabalho é reprodutor de vulnerabilidades já existentes.

Por fim, na quarta e última parte, o sétimo capítulo expõe a análise dos casos de estudo seguindo o caminho da metodologia da Análise do discurso jurídico, nomeadamente, da análise de jurisprudência relativa aos falsos trabalhadores independentes. Neste ponto, justifica-se a pertinência da metodologia utilizada, procedendo-se à observação de cinco casos de estudo que correspondem a situações de vulnerabilidade advindas, principalmente, da contraposição entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviços, sendo possível sintetizar, identificar e descrever os elementos utilizados como uso alternativo *ao* direito do

trabalho. Denota-se na argumentação jurídica os elementos chave que constituem esta problemática e que contribuem para a sua disseminação no âmbito das relações laborais.

Deste modo, sendo esta a estrutura e conteúdo da presente tese, apresenta-se como principal hipótese de estudo a de que existe uma dupla reciprocidade entre as transformações da sociedade e a forma como o direito do trabalho é influenciado. Seguindo-se como segunda hipótese a de que o uso alternativo ao direito do trabalho potencia a vulnerabilidade dos indivíduos face ao mercado de trabalho. No fundo, trata-se de observar o impacto do direito na vida dos indivíduos através da relevância do trabalho como estruturador social.

I Parte

Capítulo 1: As dinâmicas de transformação das relações laborais e do direito do trabalho

Introdução

O trabalho, de um ponto de vista analítico e teórico, detém um papel central nas sociedades contemporâneas devido ao facto de a partir dele se gerar a divisão de classes que constitui com a divisão sexual e a divisão étnica, um dos grandes factores de desigualdade e conflitos sociais (Santos, 1994: 264).

A importância do trabalho é denotada por vários autores, principalmente, por este acompanhar a evolução do mundo e dos indivíduos, sendo esta permanente mutação que o dota de complexidade. Manuel Carvalho da Silva evidencia esta característica quando assinala que na actualidade, o mundo do trabalho vive uma convulsão profunda, parecendo que tudo está em causa, desde logo o próprio trabalho e o seu lugar na sociedade e, conseqüentemente, a estruturação e organização das sociedades em que vivemos, até aos aspectos concretos das formas de organização e prestação do trabalho nas empresas, e por conseguinte, o processo de regulamentação das relações laborais e dos conteúdos – direitos e deveres – a consagrar (Silva, 2007: 33-34). A centralidade do trabalho é inegável, e sendo ele próprio produto das transformações da sociedade acompanhando as mudanças sociais, económicas e políticas, a relação que estabelece com o direito do trabalho é indissociável. Por isso mesmo, e constituindo-se o “direito do trabalho na gramática da vida social”², este foi igualmente forjado em diferentes cenários, moldando e sendo moldado, pelas características específicas de diferentes contextos sociais, económicos e políticos.

De uma forma geral, o direito teve que adaptar-se sempre a uma realidade em contínua mutação. No entanto, esta capacidade de mutação não depende apenas da sua dogmática ou dos seus instrumentos conceptuais, “mas de pré-decisões no campo da política do direito: em última análise, o direito do trabalho será o que o compromisso e o conflito entre as forças políticas e sociais permitirem que ele seja...” (Gomes, 2007: 24). O direito do trabalho é no fundo, produto da sociedade, e por a ela estar tão directamente ligado, a evolução da história

² Jorge Leite na apresentação do livro *Sociedade da austeridade e direito do trabalho de exceção* (2012), na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra em 23 de Abril de 2012.

acompanha a par o que nele acontece. É levando em consideração esta perspectiva, que Bob Hepple e Bruno Veneziani (eds.) em *The transformation of labour law in Europe 1945-2004* (2009: 31-128) realizam uma periodização acerca da estruturação dos sistemas de relações laborais e do direito do trabalho, num período entre 1945 até 2004, a qual se acompanha neste trabalho³. Os autores optam por dividir a história recente do direito do trabalho e das relações laborais em cinco grandes períodos: (1) Reconstrução (1945-50); (2) Estado-Providência (1950-72); (3) Crise económica (1973-79); (4) Reestruturação e desregulação (1980-89); e (5) A resposta Europeia ao capitalismo global (1990-2004). Qualificando-se os anos entre 2004 e 2008 como integrantes do período que se iniciou em 1990, exploramos a hipótese de mais um corte temporal entre 2008 a 2012, caracterizado pelo início da crise financeira (2008) e pelas consequentes reformas que nos conduziram ao signo da austeridade, ao qual se poderia atribuir a designação de (6) A crise financeira e a resposta pela austeridade. Este momento reveste-se da mesma importância atribuída pelos autores aos períodos anteriormente denominados, tanto pela sua especificidade, como pela sua complexidade refletidas no direito do trabalho e nas relações laborais. A escolha destes seis marcos históricos justifica-se pelas próprias transformações sociais, económicas e políticas que aconteceram entre estes mesmos períodos, pelo que cada transformação na esfera laboral e consequentemente, no direito laboral, são produto das singularidades conflituais, das necessidades de mudança e das transformações em si próprias que os diferenciam entre eles e os contextualizam no tempo. Estes momentos são marcados por diferentes indicadores nos quais as mudanças são operadas seguindo o caminho de leis e políticas anteriores, e indicadores em que a conjuntura alcançada é resultado da construção de diferentes leis e políticas. Esta será, portanto, a periodização que a partir do estudo organizado pelos autores servirá de pano de fundo para identificar a evolução do direito do trabalho e das relações laborais.

1.1 Do estado providência ao neoliberalismo

Dando início à análise a partir do período do Estado Providência, privilegia-se este ponto como inicial, pois os anos 1950 nos países ocidentais europeus marcam o consenso ideológico entre os maiores partidos políticos baseados em ideias económicas keynesianas, combinadas com uma maior intervenção do estado em estimular a economia e produtividade,

³ Esta análise abrange 15 países europeus, nomeando características específicas de cada um no seu contexto evolutivo. O que justifica a escolha destes países é o facto de se terem tornado membros da União Europeia antes de 1 de Maio de 2004, data que finaliza o período temporal do estudo em questão.

estabilizando os preços e mantendo o equilíbrio económico. A taxa de crescimento económico disparou, embora havendo disparidades entre os diferentes países. O rápido crescimento da força de trabalho reduziu as pressões sobre os salários, permitindo que os lucros pudessem servir para mais investimento. Factor importante, e que é realçado pelos autores foi a estrutura das relações industriais e do direito do trabalho. O neocorporativismo foi a pedra angular na esfera laboral, através da negociação colectiva entre os sindicatos e os empregadores, tendo no diálogo social sobre os salários e a produção, os instrumentos que contribuíram para a harmonia laboral. De qualquer modo, e em geral, nenhum país detinha uma economia de mercado totalmente livre, sendo que a intervenção estatal tinha um peso muito forte (ex: nacionalizações). Os governos controlavam firmemente as estratégias económicas, havendo simultaneamente, o consenso político do seu papel em criar um estado providência. O estado providência passou a ser o corolário das políticas de investimento e crescimento, pelo que as condições de vida melhoraram. Neste sentido, o direito do trabalho funcionava como instrumento para organizar o mercado de trabalho e assegurar a “paz industrial”. O crescimento dos sindicatos e movimentos de laborais prometiam concessões em relação às políticas sociais, pensões e outras que tais. Esta foi a “era dourada” da Europa, a ligação entre a participação no mercado de trabalho e as pensões da segurança social foram a chave do seu sucesso.

Neste cenário, o contrato de trabalho começou por ser a expressão de um domínio individual, a realização concreta da vontade de uma pessoa na troca de um bem. Porém, a ideia de liberdade contratual nas sociedades liberais escondeu uma ambiguidade em relação aos seus princípios e construção teóricas que elevaram o contrato a um *status* de um “artigo de fé” quando aplicados ao mundo do trabalho e à sociedade industrial. Este equívoco legal consistia em que a liberdade do contrato pudesse justificar a sua função social numa sociedade de iguais, onde os bens, o capital e as pessoas são livres para circular e aceitar trabalho livremente, como se o direito ao trabalho significasse liberdade para trabalhar. Este mesmo direito ao trabalho apareceu em algumas constituições no final da II Guerra Mundial (França, Alemanha, Itália), e noutros países na segunda metade da década de 1970 (Grécia, Espanha, Portugal). É também, importante, denotar que as instituições tradicionais jurídicas e culturais influenciaram bastante a evolução do direito nas relações de emprego e no direito do trabalho em geral. Os países europeus herdaram muito das suas raízes políticas anteriores à guerra, pelo que a definição de contrato de trabalho foi reflexo disso. Contudo, tanto no sistema do direito comum como no sistema do direito civil, o contrato de emprego ou de serviço era o meio legal e o parâmetro social que representava a esfera da aplicação individual

e colectiva do direito do trabalho. Todos os países europeus desenvolveram uma rede social de legislação com o objectivo de assegurar um estado providência incrustado na relação laboral: a sua principal característica foi a diversidade de regulação para diferentes categorias de trabalhadores nos diferentes sectores económicos. Uma segunda tendência foi a aplicação individual da legislação do estado providência a todas as pessoas inseridas numa relação contratual, a que se somou a continuação do controlo estatal do mercado de trabalho através da proibição do uso do contrato de trabalho fraudulento durante os anos 60. A evolução dos vários estatutos relativos ao contrato de trabalho revela a progressiva expansão do estado providência a todas as categorias profissionais dos trabalhadores⁴. A relação laboral ficou designada como: uma parte - o empregado- aceita o trabalho ao serviço de outro em troca de uma remuneração por um determinado período de tempo.

Todavia, o mundo que nasceu dos pilares do estado providência viria, então, a ser abalado pela crise económica em 1973 despontada pela crise do petróleo. Entre 1973-79, os países europeus ocidentais depararam-se com o aumento contínuo da inflação, com o crescente desemprego, e conseqüente declínio do crescimento económico. O período aúreo do modelo fordista, um período de produção em massa de bens standardizados em fábricas de grande escala, com leis que suportavam a institucionalização das relações laborais promovendo a estabilidade, terminou no mundo que emergiu nos anos 70. A necessidade de resposta às rápidas mudanças no mercado de trabalho e a forte competição deu origem a novos conflitos laborais em torno da “flexibilização” dos mercados de trabalho. Um facto curioso, e de algum modo, sem precedentes na Europa, é que tanto as relações políticas como as industriais continuaram favoráveis ao trabalho. Tanto nas velhas como nas novas democracias os sindicatos obtiveram grandes vitórias, as tendências neo-corporativistas (ou contratos sociais) cresceram e as leis de protecção ao emprego expandiram-se. Muitos governos adoptaram uma posição promocional em relação à negociação colectiva e outras formas de cooperação entre os parceiros sociais a vários níveis. Havia um grande reconhecimento quanto aos direitos sindicais e do papel da negociação colectiva.

No entanto, a crise do petróleo gerou uma enorme turbulência a nível da regulação do mercado de trabalho através do elevado desemprego. Deu-se uma grande quebra da

⁴ A este propósito e a título de curiosidade, a construção do estado providência entre 1945 a 1970 ofuscou a distinção entre trabalhadores de colarinho branco e de colarinho azul. A evolução da sociedade com a emergência da consciência de classe dos trabalhadores de colarinho branco como parte de uma grande classe trabalhadora tornou obsoleta esta distinção, o que originou também, uma maior atenção por parte do estado a esta classe social através de uma protecção legislativa referente ao contrato de trabalho. A própria definição de contrato de trabalho englobou um debate de controvérsia entre os diferentes países europeus (cf. Hepple e Veneziani (eds.), 2009: 99-125).

produtividade e nos ganhos reais a partir de 1974, recuperando o equilíbrio somente em 1986. Foi neste período que emergiu o que seria depois denominado de “social dumping”, com competições a nível salarial, de saúde e segurança, e outras condições de trabalho. Foram adoptadas diferentes medidas anti-crise, por exemplo, ao nível macroeconómico foram impostas restrições quanto à imigração, acompanhadas de uma coordenação tripartida no emprego e de uma reestruturação das empresas. Os próprios serviços de emprego sofreram algumas alterações, o direito do trabalho concedeu algumas medidas específicas às agências de trabalho temporário. A relação entre as agências, os empregados e os empregadores passou a ser o objecto de regulação pela responsabilidade conjunta da empresa e empregador em pagar os salários e a segurança social, entre outras obrigações.

Quanto ao emprego, foram criados contratos de trabalho para trabalhadores em part-time e em trabalho temporário, reconhecendo a sua importância na criação de emprego, invertendo o seu anterior descrédito na esfera laboral. Contudo, ficou claro que estes planos eram inúteis numa fase de desemprego em massa. O facto de conseguir um emprego era agora mais importante do que qualquer plano social, sobrepondo assim, a empregabilidade ao social. Os planos de emprego ajudavam as empresas com formação para desenvolver novos produtos e, por isso, abrir novos mercados, regulavam a introdução de novas tecnologias, ajudando depois em investir em novos empregos e formação profissional. Deste modo, é inevitável a própria transformação da relação laboral. Durante o período da crise económica, foram postos em causa conceitos e valores, que se reflectiram na própria formulação do contrato de trabalho e os seus conceitos fundadores.

O autor Bruno Veneziani foca, por isso, a transformação do conceito de subordinação. O novo conceito de subordinação que surgiu do pós-guerra, interpretado à luz de valores constitucionais e código e estatutos imperativos significou dar um sentido puramente técnico à subordinação, dando origem a um processo de “despersonalização da subordinação”. O processo da “constitucionalização” do direito do trabalho incluiu a modernização do contrato de trabalho, com a nova função de proteger o empregado, não como sendo a parte mais fraca, mas como sendo um cidadão social da empresa com plenos direitos. Contudo, o seu significado não ficou claro. Em 1970 predominavam dois tipos de trabalho subordinado: o dependente e o autónomo, sendo que os critérios utilizados na sua definição começaram a tornar-se insuficientes em lidar com as transformações profundas das profissões e competências do mercado de trabalho moderno. Seguindo as transformações sócio-económicas operadas pela crise económica a partir de 1973, pode dizer-se que o conceito de subordinação evoluiu da análise das suas características internas para a sua noção “externa”

de perfil, a ênfase passou dos seus elementos internos como o comando, direcção e controlo para a total actividade do trabalhador. A subordinação passou a ser fundada na qualidade e intensidade dos vínculos entre empregadores e trabalhadores e a organização da empresa, uma vez que a crise entre 1973-77 obrigou as empresas a submeterem-se a diferentes tipos de processos de reestruturação tais como o *outsourcing*, a sub-contratação e a externalização. Simultaneamente, os empregadores perdem autonomia económica e os empregados adquirem mais independência no seu trabalho subordinado, gerando riscos e dificuldades quanto às leis de protecção do direito do trabalho. A desintegração vertical das empresas e a sua substituição por pequenas entidades, apenas aparentemente independentes, contribuíram para a fragmentação ou interrupção do contrato de subordinação. O período de crise económica originou, ainda, o uso de contratos de trabalho atípicos de forma a “contornar” o direito do trabalho. Em geral, a estrutura do modelo clássico do contrato de trabalho e do significado original de subordinação sofreram grandes transformações devido ao “alargamento” da esfera laboral.

1.2 A flexibilidade como ideal neoliberal

Seguiu-se um novo período rotulado pelos autores de “Reestruturação e Desregulação”, entre 1980 a 1989, no qual se testemunhou a transformação das economias e mercados de trabalho da Europa ocidental. Em todos os países, o ímpeto era ultrapassar os efeitos da recessão para melhor corresponder à crescente competitividade internacional. O elevado desemprego persistia, a flexibilidade continuava a ser solução devido às mudanças no mercado de trabalho (acima mencionadas), dando origem a uma “periferia” de emprego precário sem protecção laboral nem união sindical. Os anos 80 representaram, por isso, uma mudança no papel do estado, tanto na economia como nas relações laborais. Houve uma distinção na abordagem europeia assente na ideia dos estados providência e numa estrutura neo-corporativista das relações industriais, em oposição a um forte carácter liberal de mercado e competição nas relações industriais britânico. Margaret Thatcher afirmou deliberadamente não existir sociedade, a sua ideia de neoliberalismo baseava-se no individualismo competitivo, que não só contribuía para maximizar a eficiência económica, como também garantia a liberdade individual e a democracia. Pretendia reduzir a intervenção do estado nas questões sociais, encorajando o sector privado em seu lugar. Incentivava as privatizações como forma de concorrência aos serviços públicos, e retirava ao direito laboral e aos sindicatos os seus poderes “privilegiados” no mercado de trabalho. A comunidade europeia

assistiu ao conflito de ideias entre o “mercado social” continental europeu e a desregulação britânica.

A flexibilidade transformou-se, também, num tema central na comunidade europeia devido ao desejo de reduzir o desemprego e corresponder à crescente adaptabilidade dos mercados forçada pelas novas tecnologias e modelos competitivos. Foi um tempo de questionamento quanto às políticas sociais e económicas na Europa, e embora a flexibilidade na administração de Thatcher dissesse respeito não só ao mercado, mas como também às leis laborais, nem todos os países tomaram a flexibilidade como sinónimo de desregulação. As directivas da comunidade europeia (1984 e 1988) continuaram a reforçar a manutenção dos valores sociais de justiça e segurança no mercado de trabalho. Este período foi também marcado pela tendência em não restringir as actividades da empresa somente ao seu núcleo, pelo que a externalização e o *outsourcing* passaram a ser partes integrantes do processo de produção. As agências de trabalho temporário tiveram um grande crescimento durante esta década, a intervenção de um terceiro elemento na relação de subordinação, de origem, à subcontratação como uma das formas mais importantes na produção de bens nos anos 80.

Deste modo, a flexibilização estendeu-se à legislação laboral. Esta foi alvo de grandes pressões, conduzindo a uma série de reformas relativamente ao emprego a part-time e a termo fixo, com um objectivo comum: reforçar a flexibilidade contra a rigidez e a excessiva protecção que havia frustrado a competitividade das empresas. Quanto à segurança no emprego, houve mesmo, uma mudança no equilíbrio de poder entre as partes, favorecendo os empregadores. O tradicional esquema do contrato de trabalho já não cobria todas as formas de emprego que surgiram, como o part-time, o teletrabalho etc. Para além disso, os novos vínculos contratuais que preenchiam a procura económica dos empregadores e as demandas sociais dos “novos trabalhadores” por flexibilidade, e a mudança da sociedade industrial para uma sociedade de informação/comunicação, desafiaram os velhos paradigmas de protecção social e de emprego estável continuando a multiplicar as formas de trabalho atípico. Cinco desvios descaracterizadores do contrato de trabalho clássico podem ser identificados. O primeiro centra-se na duração do contrato combinado com a necessidade de força de trabalho flexível, o que acelerou a evolução da tipologia de contrato de duração fixa. O segundo refere-se à duração do trabalho, a necessidade de flexibilidade implicou uma redução no tempo de trabalho. Na maioria dos casos, o contrato de trabalho estava moldado para ser um instrumento de uma política de contenção de custos laborais. Assim, correspondia às

necessidades organizacionais da empresa, ao mesmo tempo que satisfazia certos extractos do mercado laboral. O terceiro foca a disponibilidade individual do trabalhador, ou seja, o compromisso deste em realizar as tarefas a que se propôs num dado momento. O vínculo contratual que persiste mesmo quando o trabalhador não está a executar as suas funções (por exemplo em caso de doença), é um esquema contratual onde a subordinação não é técnico-jurídica mas socioeconómica. O quarto desvio recai sobre a relação jurídica bilateral entre trabalhador e empregador, que, desde o início dos anos 1970 e devido ao aumento das relações socioeconómicas, passou a envolver um terceiro elemento, as empresas de trabalho temporário e, por isso mesmo, a caracterizar-se como uma relação triangular. Tal promove uma zona cinzenta onde o direito do trabalho encontra o direito comercial, embora detenham filosofias diferentes. Por último, o local de trabalho também representa um desvio à relação contratual, o ciclo produtivo da empresa é agora organizado também fora dela, e isso produz efeitos na relação de subordinação do trabalhador.

O ano de 1989 marcado pela queda do muro de Berlim simboliza um novo começo para a Europa, e por isso também, uma nova fase que os autores designam de “Capitalismo Global: A resposta europeia”, período que abrange os anos de 1990 a 2004. Com a reunificação alemã, a independência dos estados bálticos, a queda dos regimes comunistas, a dissolução da União Soviética e a sua substituição pela federação russa, todos os países abraçaram o capitalismo e a democracia, entrando num mercado económico globalizado. Também nas outras democracias europeias mais antigas ocorreram profundas mudanças. Em lugar de ideologias neoliberais de livre mercado hostis à intervenção estatal e às leis laborais em particular, emergiu o que ficou denominado de “Terceira via”, uma tentativa de reconciliar o individualismo de mercado com a democracia social. As medidas políticas da “Terceira Via” tiveram lugar no partido New Labour de Tony Blair em Inglaterra no ano de 1997, nas quais a equidade e justiça eram vistos como valores para alcançar a produtividade e eficiência económica. Ao nível da União Europeia (UE) a maior mudança ocorreu entre o Tratado de Maastrich (1993) e o Tratado de Amesterdão (1997), a comissão europeia rejeitou “milagres” tais como o proteccionismo, a redução nas horas de trabalho e a redução drástica dos salários. Favoreceram-se políticas de emprego activas de mercado, incluindo a criação de empregos, o desenvolvimento de uma comunidade com um maior nível de competências, maior flexibilidade na organização do trabalho e na distribuição da sua duração, e a redução dos custos laborais que não os salários. Pairava uma abertura consensual quanto à Terceira Via como conciliando a integração económica e social. Mesmo quanto à negociação colectiva foi

fomentada a cooperação entre trabalhadores e empregadores de modo a aumentar a competitividade criando-se leis favoráveis à negociação colectiva.

A Europa rumava de encontro a uma abordagem baseada na subsidiariedade (princípio gerado do Tratado de Amesterdão). Foi criado o Método de Coordenação Aberta, um processo descentralizado e intergovernamental de cooperação fiscal, económica e de emprego e depois, em 2000, foi adoptada a Estratégia de Lisboa para o emprego e crescimento. A agenda estava ligada às medidas de emprego e à flexigurança, identificada como tentativa de conciliar a flexibilidade para os empregadores com a segurança para os trabalhadores. Houve igualmente um grande investimento na educação, considerado a base para a aprendizagem contínua, crescente adaptabilidade, e conseqüente crescimento económico. A Estratégia Europeia de Emprego (EEE) expressa a preocupação quanto a estas matérias reunindo políticas activas de emprego num conjunto de linhas condutoras que pretendem impulsionar o emprego, reforçadas depois pela OCED e pela própria Estratégia de Lisboa.

No final da década de 90, a nova palavra sonante era “flexigurança”. As tendências neoliberais no mercado de trabalho persistiram, e com o “esvaziamento do estado social”, o *workfare* desenvolveu-se. A habilidade das empresas em competir num mercado global assentou na “activação dos desempregados” através da formação,” da eficiência na colocação e no desenvolvimento das suas capacidades.

Paralelamente, o emprego precário perpetuou-se pelos sucessivos contratos a termo, fazendo com que o trabalhador pudesse estar excluído de qualquer protecção laboral. A protecção contra os despedimentos individuais diminuiu, ao contrário da regulação dos despedimentos colectivos que foi melhorada em muitos sentidos, e até conseguida através de convenções colectivas. Foi pois, a partir de 1990 que devido ao abuso de várias formas contratuais que foram fixados princípios fundamentais e igualitários quanto ao tratamento de contratos part-time e a termo fixo, em relação aos de tempo inteiro e permanentes. A questão é que, embora não generalizada, a tendência a partir de 1990, vai de encontro a um progressivo relaxamento dos pré-requisitos legais e dos pilares mais significativos contra o uso incorrecto do contrato atípico. Existe deliberadamente uma política de enfraquecimento das garantias de protecção laboral, assistindo-se, ao mesmo tempo, à “restauração” do consentimento individual como mecanismo de sobreposição ao poder dos sindicatos (ex: “clausulas elásticas”, isto é, acordos individuais contratuais que dão ao empregador o poder de mudar a duração do tempo de trabalho, na ausência de um acordo colectivo). A excessiva flexibilidade possibilitando modificações unilaterais do tempo de trabalho, ou seja, a

possibilidade de fragmentar a continuidade temporal da actividade e a continuidade jurídica da sua obrigação, expôs o trabalhador ao risco de evitar qualquer protecção laboral e social. Em 1999, e de modo a melhorar esta posição, agora mais fraca, dos trabalhadores devido à crescente flexibilidade, o sistema dinamarquês propôs um quadro de regulação jurídico inspirado pela “flexigurança”. A flexigurança integrou um dos pilares da Estratégia de Lisboa que argumenta a necessidade da adaptabilidade no mercado de trabalho, com o intuito de coordenar a flexibilidade com um conjunto de medidas financiadas pelo estado social, promovendo a segurança no mercado de trabalho. A técnica jurídica é baseada numa rede de diferentes fontes do direito: estatutos e desregulação de políticas de negociação colectiva.

A análise dos autores termina, portanto, no ano de 2004, com a bandeira da flexigurança e da desregulamentação dos mercados indo de encontro ao objectivo da flexibilidade. Maria do Rosário Palma Ramalho, evidencia que a flexigurança⁵ é a representação máxima desta nova evolução do direito laboral. Este conceito surge para contornar os efeitos perversos da flexibilização dos vínculos laborais, com destaque para a segregação do mercado de trabalho entre os trabalhadores com um contrato de trabalho por tempo incerto e trabalhadores precários, e para a falta de segurança no trabalho que decorre da flexibilização interna (Ramalho, 2009: 76).

Neste sentido, vinca que nos encontramos numa fase de crise do direito do trabalho (cf. Ramalho, 2009:65). A liberdade na flexibilização de normas assentes, de modo a adaptá-las às necessidades das empresas, numa lógica produtiva e competitiva, levou as empresas a reflectirem sobre os custos associados ao trabalho subordinado, e assim, tentarem reduzir esses custos. O recurso ao trabalho independente registou um aumento, já que não traz aos empregadores, outros encargos para além do pagamento da remuneração acordada. Os efeitos laborais que daí advêm representam um aumento do número de desempregados, regimes laborais considerados marginais, como o trabalho a termo ou o trabalho temporário, e o trabalho em regime de prestação de serviços, quer em moldes lícitos quer em moldes ilícitos (Ramalho, 2009:67-68). Não admira, portanto, que dado o rumo tomado, em 2008, o mundo viria a ser novamente abalado por uma crise financeira de contornos particulares e que se revelou mais grave do à partida parecia ser. O capitalismo mostrava as suas garras e as suas piores consequências.

⁵ A este propósito conferir também António Casimiro Ferreira no seu artigo sobre o "Trabalho digno e flexigurança" (2008), e ainda, Hermes Costa sobre "A flexigurança em Portugal: desafios e dilemas da sua aplicação"(2009).

1.3 O contexto de crise: austeridade

O ano de 2008 viria, assim, a marcar o início da crise financeira e a estruturar um novo período nas relações laborais e, por conseguinte, no direito do trabalho. A falência do grupo Lehman Brothers, o quarto maior banco de negócios dos Estados Unidos, simboliza o colapso do sistema financeiro mundial, dando origem a uma crise generalizada, atingindo, por isso, também a Europa. Como refere David Harvey, trata-se de uma crise conhecida e assumida como financeira, mas que, está enquadrada num processo de racionalização das irracionalidades do capitalismo, que conduzem a uma reconfiguração dos modelos de desenvolvimento, a novas esferas de investimento e, note-se, a novas formas de poder de classe (Harvey, 2011: 24). Não surpreende, por isso, o retorno aos lugares comuns das reformas sociais e laborais dos períodos anteriores, expressas nas recomendações do FMI, do Banco Mundial, nas orientações de resposta à crise plasmadas na revisão da estratégia de Lisboa com o EU2020⁶, substituto da Estratégia de Lisboa. A redução dos custos salariais, a contenção na despesa pública com a protecção social e a insistência na adaptabilidade, como factor de competitividade, evidenciam que no domínio social os direitos laborais e os mecanismos de protecção continuam a ser perspectivados na lógica herdada do período pré-crise. Para alguns autores, nomeadamente Alain Supiot, a crise foi apenas um sintoma de um problema muito mais profundo, em última análise, uma crise no direito e nas instituições (Supiot, 2010:151).

Se acompanharmos a análise de António Casimiro Ferreira (2012a), o direito do trabalho e as formas de dominação política tendem para a indiferenciação interna, evidenciando uma maior opacidade sobre os direitos substantivos, de que se podem dar como exemplos as designadas zonas cinzentas do direito do trabalho com emergência de novas formas de contratualidade laboral, o questionamento dos princípios de subordinação jurídica e da dependência económica, os trabalhadores pobres, o falso trabalho autónomo, etc. Nesta medida, pode sustentar-se que o direito substantivo se torna mais flexível e “líquido” na medida em que precariza e torna atípicos os vínculos laborais juridicamente tutelados.

A partir de 2008 passamos por um período marcado pela recuperação dos défices financeiros dos países em crise, nomeadamente a Irlanda, seguida da Grécia e depois Portugal, pedem a ajuda financeira ao FMI, de onde vem a resultar o conceito estruturador da

⁶ Conferir: <http://ec.europa.eu/eu2020/>

actualidade, a austeridade. De um modo geral, as respostas políticas produziram regimes de austeridade caracterizados por medidas como cortes no estado social, reduções das pensões, congelamento do salário mínimo e nos aumentos salariais, e despedimentos no sector público. As instituições internacionais como o Fundo Internacional Monetário (FMI) e a OCDE (VER) apelaram mesmo, para o enfraquecimento da legislação laboral mais protectora e para a descentralização da negociação colectiva, de modo a facilitar a implementação de um mercado de trabalho mais flexível, principalmente, flexibilidade salarial (cf. Serrano *et al*, 2011: xxiii). Desde os Programas de Estabilidade e Crescimento (PEC's), aos Memorandos da *Troika* e sua sucessiva actualização, o caminho traçado relativamente à esfera laboral, tanto em Portugal, como noutros países em dificuldades financeiras, o objetivo centrou-se na flexibilidade e na redução de custos. Na esfera laboral, houve uma série de medidas aplicadas que reflectiram, principalmente, uma maior flexibilidade de horários, salários, e assim, um maior poder da entidade patronal sobre o trabalhador. O despedimento passou a ser mais fácil; o período de férias passou a ser mais reduzido; as horas de trabalho podem agora ser acordadas entre empregador e trabalhador, não impedindo que mesmo se trabalhando mais, o salário se mantenha igual; foi retirada importância à negociação colectiva; e mesmo os subsídios de emprego sofreram um corte, agravando a situação dos desempregados. Um pouco por todos os países europeus em crise, as medidas foram consensuais servindo-se da flexibilidade e da redução dos custos do trabalho como forma de cumprir os défices orçamentais.

Como nos diz António Casimiro Ferreira, ao caracterizar o que denomina de “sociedade da austeridade”, esta lógica caracteriza-se pela cristalização das instituições e das práticas sociais em torno de uma configuração de poder resultante da combinação entre atores sociais não eleitos como a *Troika* e eleitos como o Governo, de uma desestabilização da estrutura normativa com recurso a um direito de exceção, e uma transformação na forma de governação orientada por um processo de legitimação tendo por base o medo (Ferreira, 2012: 14). Mesmo tendo como base a sociedade portuguesa, certo é que todos os países que pediram ajuda financeira encontram-se nesta situação, atingindo mesmo, os restantes países em crise. A este respeito, o ponto crucial assenta sobre a nova configuração de poder entre os eleitos (os governantes) e os não eleitos (vulgo, *Troika* a que se constitui pelo FMI, Comissão Europeia e Banco Central Europeu). O argumento do autor é que estamos perante uma forma de produção do poder e do direito, tendo por fonte a combinação estratégica entre atores governamentais e atores não-governamentais com o objetivo de implementar, ou mesmo institucionalizar, o modelo de austeridade utilitarista, trata-se de uma reconfiguração do poder

dos eleitos e dos não eleitos, assente na combinação entre o poder do governo e o poder da *troika*, tendo por base a legitimidade do estado de exceção (cf. Ferreira, 2012: 67). O impacto que esta conjuntura apresenta sobre as relações laborais, é que daqui emerge um direito que segue os padrões do atual capitalismo financeiro como um modelo forçoso de organização das relações, não apenas económicas, mas em geral das relações humanas. António Casimiro Ferreira fala num “direito de exceção” que surge agora como incontornável, não podendo contra ele valer a soberania popular ou o princípio da produção democrática do direito (Hespanha cit. in Ferreira, 2012: 75). O direito passa a ser suportado por uma racionalidade instrumental e de cálculo custo-benefício, a qual liquidifica e fragiliza os obstáculos colocados pelo direito até então vigente (cf. Priban, 2007: 1). O que se torna particularmente evidente na esfera laboral, onde o direito de exceção se apresenta em rutura paradigmática com os pressupostos do direito do trabalho, eliminando o conflito enquanto elemento dinâmico das relações laborais e a proteção do trabalhador enquanto condição de liberdade (cf. Ferreira, 2012: 75-76). O diagnóstico é que os desequilíbrios do mercado de trabalho estão a tornar-se num problema estrutural, e por isso, mais difícil de erradicar. Para além do desemprego, mesmo para os trabalhadores que têm um emprego, este agora é muito mais instável e muito mais precário. Segundo dados constantes no *World Work Report 2012- Better jobs for a better economy* (2012) da OIT, o emprego *part-time* involuntário e o trabalho temporário, aumentaram em dois terços, principalmente nas economias avançadas (cf. ILO, 2012: viii).

Partindo deste quadro, parece ser evidente que o direito do trabalho e as relações laborais estão agora sob alçada de uma nova configuração de poderes, onde se denota um enfraquecimento progressivo dos direitos laborais adquiridos, abrindo caminho para um maior desequilíbrio entre trabalhador e empregador, legitimado pela excecionalidade do momento.

Capítulo 2: Individualismo institucionalizado

Introdução

Alain Supiot faz a seguinte afirmação: “O indivíduo, o sujeito, a pessoa: estes três pilares da constituição [...] do ser humano têm em comum uma profunda ambivalência. O indivíduo é ao mesmo tempo o único e o semelhante; o sujeito é ao mesmo tempo o soberano e o subordinado; a pessoa é ao mesmo tempo a carne e o espírito” (Supiot, 2005: 51-52). É

curioso que o indivíduo assume diferentes “capas” e sobre ele recaem diferentes fardos. No mesmo sentido, o valor dado ao indivíduo faz-se acompanhar de direitos e deveres que impelem ou constroem as acções que orientam as suas vidas. Isto para dizer que é através do valor atribuído ao indivíduo que se modelam as estruturas sociais, instituições e padrões de comportamento. Certo, é que ao estabelecer-se esta relação de causalidade, o indivíduo torna-se no reflexo dos modos de regulação das sociedades e as suas decisões, fruto da sua vontade, mais não são do que resultados de cenários pré-definidos aos quais são induzidos. E é por este motivo, que o processo de individualização nas sociedades contemporâneas é de extrema relevância. Dois pontos a realçar levando em conta estas considerações.

Primeiro estamos perante a criação de uma autonomia dependente fomentada por uma ideologia neoliberal assente na necessidade de auto-afirmação, quando na realidade converte as narrativas individuais aos princípios de funcionamento dos mercados. Como resultado, o indivíduo através da sua autonomia integra a lógica neoliberal, a mesma que ajuda a sustentar e a mesma que provoca nele sentimentos constantes de insegurança, incerteza, e por isso, vulnerabilidade. Trata-se de um individualismo de recorte utilitário ao neoliberalismo que o mescla na criação de uma autonomia dependente. Segundo, este individualismo revela-se na esfera laboral de diversas formas. A flexibilidade é o seu maior pilar, e como factores evidentes assistimos à descolectivização das relações laborais e à individualização dos conflitos laborais. Acresce, que visto este trabalho privilegiar o caso dos falsos trabalhadores autónomos, tomamos como hipótese o facto de este vínculo precário ser ele próprio produto da crescente individualização, transformando-se num traço marcante do mercado laboral português. Veremos então, como se desenvolvem estes dois factores anexados à relevância depositada sobre o indivíduo.

2.1 A autonomia dependente: uma narrativa de conversão

A tese de Ulrich Beck torna-se num guia sociológico relevante, na medida em que toma o processo de individualização como uma categoria sociológica localizada na tradição em investigar biografias e situações de vida. Esta tradição permitiu elaborar a distinção entre o que acontece às pessoas e a forma como as mesmas lidam com o seu comportamento e consciência. A grande questão que o autor coloca é como é que a individualização pode ser entendida como uma mudança de situações de vida e trajectórias biográficas? (Beck, 1992: 128). A resposta pode ser dada através do que Margaret Somers denomina de narrativas de

conversão. O modo como as dinâmicas individuais se impõem é facilitado por um processo que a autora designa de “narrativas de conversão”, isto é, discursos que depositam nos indivíduos a responsabilidade e a culpa pelos problemas sociais que advêm de questões estruturais para alegados defeitos de carácter morais dos indivíduos, tal como a dependência, a indolências, a irresponsabilidade, falta de iniciativa etc. As narrativas de conversão caracterizadas pelo seu pendor de fundamentalismo de mercado fazem com que entendimentos alternativos da realidade sejam substituídos por narrativas que normalizam e justificam a expansão do mercado às diversas esferas da sociedade, seja política, cultural, social ou civil, as quais outrora foram isoladas do seu poder (cf. Somers, 2008: 3).

Todavia, entrando em contradição com o próprio processo de individualização, cria-se uma dependência do mercado em todas as dimensões da vida social, por outras palavras, condiciona-se os indivíduos a um controlo e standardização externo nunca anteriormente identificado. Ao tornar o indivíduo mais autónomo, a “liberalização da sociedade” induz a que os vínculos sociais criados pelo indivíduo sejam dependentes, cada vez mais, de políticas sociais, ciclos económicos e mercados, contrariamente à imagem de controlo individual estabelecida na própria consciência de cada um (cf. Beck, 1992: 131-132). E é sobre esta base que o sucesso das narrativas de conversão permitiram aos mercados deslegitimar quaisquer agendas legislativas que contivessem a aceitação de um *ethos* social como destino partilhado, risco igualitário e justiça social (cf. Somers, 2008: 3). Somers afirma mesmo que estamos perante uma metanarrativa neoliberal a qual concebe o espaço da sociedade civil como sendo o local para a troca de propriedade e de afirmação da liberdade individual, estabelecendo entre elas uma interligação causal. O que acontece é que ao conceber a sociedade civil e o espaço para o mercado como um só, os mercados livres e desregulados tornam-se nos únicos requisitos para os direitos individuais e justiça social (cf. Somers, 2008. 29-30)

No mesmo sentido, e em completa concordância, também Luc Boltanski e Ève Chiapello encaixaram neste “modo de acção”, o novo espírito do capitalismo. O cariz neoliberal, orientador dos mercados, e inequivocamente das políticas sociais e económicas como ideologia⁷ constituem o “espírito do capitalismo” que associado a um conjunto de crenças contribuem para justificar e sustentar essa ordem, legitimando os modos de acção e as disposições coerentes com elas (cf. Boltanski e Chiapello, 2009: 42). Estas justificações, sejam elas mais gerais ou práticas, locais ou globais, expressas em termos de virtude ou em

⁷ O conceito de ideologia vai no mesmo sentido desenvolvido de Louis Dumont, como sendo o conjunto de crenças compartilhadas, inscritas em instituições, implicadas em acções e, portanto, ancoradas na realidade, como assinalado por Luc Boltanski e Ève Chiapello em *O Novo Espírito do Capitalismo* (2009: 33).

termos de justiça, dão respaldo ao cumprimento de tarefas mais ou menos penosas e, de modo mais geral, à adesão a um estilo de vida mais favorável à ordem capitalista (idem). Em favor do capitalismo, está assim, a concepção de que a busca do interesse individual serve ao interesse geral, a qual foi objecto de um enorme trabalho e incessantemente recuperada ao longo da história da economia clássica (cf. Boltanski e Chiapello, 2009: 42).

A senda do individualismo é, por isso, produto de um objectivo maior que o bem-estar dos indivíduos, assegurar o predomínio do capitalismo. O indivíduo é mais do que nunca dependente do jogo das forças do mercado, do qual está infinitamente longe de se aperceber que terá de pagar individualmente pelas decisões tomadas ou não tomadas (cf. Bauman, 2002: 88). Bauman recorre a Beck ao argumentar que o modo como se vive transforma-se na solução biográfica para as contradições sistémicas⁸ (idem). O que autor pretende evidenciar é que os indivíduos estão destinados a ser indivíduos, pelo que os factores que constituem a sua individualidade – confinamento a recursos individuais e responsabilidade individual pelos resultados das suas opções de vida – não são em si mesmos opcionais. Daí a sua distinção entre indivíduos *de jure* e indivíduos *de facto*, a contradição assenta que podemos ser indivíduos de direito, mas na realidade não o somos (cf. Bauman, 2002: 89). O paradoxo está no apelo a tomar individualmente as rédeas da própria vida e a pressão a fazê-lo pode repercutir-se num controlo menos individual do seu curso, deixando por terra as condições colectivamente estabelecidas que determinam a agenda e as oportunidades das suas opções e esforços individuais, a importância das causas comuns, e insinuando que nada pode ser ganho com a união de esforços e concordância da acção. Assim, a vida individual é um punhado de alternativas, contudo, não há alternativa de moldar a sociedade na qual essa vida é vivida (cf. idem). De forma simplista, o individualismo nesta perspectiva consiste em transformar o que é dado numa tarefa, cobrando aos actores a responsabilidade de assumir as consequências, bem como, os efeitos colaterais das mesmas, no desempenho dessa tarefa. Consistindo, assim, na mesma medida, no estabelecimento de uma autonomia *de jure* e, não necessariamente, numa autonomia *de facto* (Bauman, 2001: 144). A alterações a este respeito que as narrativas de conversão operam faz com que: um indivíduo como cidadão e detentor de uma moral baseada no reconhecimento humanos, se transforme num indivíduo como medida de capital humano cujo valor está condicionado ao seu valor no mercado; e uma sociedade civil como espaço ontológico de identidade individual transforme a “morte do social” e seu colapso num auxiliar de mercado na forma de capital social. Daí que seja legítimo afirmar que a outra face

⁸ Conferir a este propósito, Ulrich Beck em *Risk Society: Towards a new modernity* (1992: 137).

do individualismo é a corrosão e a lenta desintegração da cidadania⁹ (Bauman, 2001: 49). Neste aspecto é inegável o contributo de Richard Senneth (2001), o qual identifica a “corrosão do carácter” como a nova característica do mundo moderno flexível.

A velha questão entre o indivíduo e a estrutura social está aqui patente, tornando-se relevante pelo modo como a dependência institucional torna os indivíduos vulneráveis a qualquer tipo de conflito uma vez que tudo se interliga e permanece interdependente como componente integrante da biografia individual: família e salário de trabalho, educação e emprego etc (cf. Beck, 1992: 134-136). Neste sentido, Somers evidencia que as narrativas de conversão revelam-se também através de conquistas legais e institucionais fazendo recurso de intervenções legais e normas, técnicas e tecnologias pelas quais as instituições e organizações da cidadania social são conquistadas, convertidas, transformadas ou destruídas de bens públicos primários de cidadania orientados por obrigações civis (Somers: 2008: 89-90).

Como consequência, as instituições individualizadas produzem continuamente desarmonias e contradições entre as biografias individuais (Beck, 1992: 137). As situações específicas que constroem a vida dos indivíduos são encaradas sob o pano da incerteza, uma vez que a diversidade de possibilidades de resposta, e imprevistos, trocam a segurança pela fragilidade, reflectida, agora, também, pela incapacidade de resposta das próprias instituições. A existência privada e individualizada torna-se cada vez mais dependente de situações e condições que estão fora do seu controlo. A individualização acontece, precisamente, sob o efeito da generalidade de condições sociais que constrange fortemente a autonomia individual (Beck, 1992: 131). E como tal, esta autonomia dependente é, do mesmo modo, uma falsa liberdade, dado que neste cenário, a ordem torna-se num padrão de “não-poder” e subordinação (cf. Bauman, 2001: 35). A responsabilidade das acções dos indivíduos conduz a que as consequências retratem uma “triste situação de responsabilidade repossuída, perigosamente à deriva entre a indiferença e a coerção” (Bauman, 2000: 50). As experiências tornam-se difíceis de categorizar, uma vez que são vividas completamente como pessoais e subjectivas e incrustadas em problemas que possam fazer parte da agenda pública e se tornem temas de políticas públicas (idem). Em suma, o poder público anuncia a “incompletude” da liberdade individual (Bauman, 2000: 51). A grande contradição do mundo actual é que estas

⁹ A este propósito, é importante denotar que a análise de Margaret Somers parte do facto de estarmos a assistir à “contratualização da cidadania”, um processo que coloca deliberadamente os direitos dos indivíduos em perigo. A “*citizenship imperiled*”, como designa, é a ilustração de como um regime ideológico dominante baseado no fundamentalismo de mercado cria uma dinâmica de poder marcadamente desequilibrada entre o mercado e o estado de um lado, e a sociedade civil do outro. Logo, a governação cada vez mais orientada para o mercado transforma um número crescente de cidadãos portadores de direitos, em cidadãos sem direitos socialmente excluídos e “desestatizados”. Estamos perante a recontratualização da cidadania que provoca a erosão dos direitos (cf. Somers, 2008: 2).

novas dependências ao serem forjadas pela conversão a uma narrativa neoliberal, entram em contradição com o próprio processo de individualização. De um modo geral, Jean-Paul Fitoussi e Pierre Rosanvalon ao construírem o quadro da nova era das desigualdades, condensaram esta questão na seguinte afirmação: “a independência torna-se vulnerabilidade, a relação igualitária com outrem inverte-se sob a forma de uma incerteza quanto ao futuro” (Fitoussi e Rosanvalon, 1997: 18). A questão que se coloca de seguida é forma como esta individualização se desenvolve na esfera laboral.

2.2 A individualização na esfera laboral

Partindo da constatação que existe um *gap* cada vez maior entre o individualismo como destino e a individualismo como capacidade prática de auto-afirmação na sociedade (cf. Bauman, 2001: 47), a esfera laboral torna-se no reflexo como a autonomia individual se pode converter à narrativa neoliberal. O modo como o individualismo é valorizado, segue as tendências de adaptação das empresas aos mercados financeiros, nas quais a flexibilidade surge como o grande *outcome* da nova organização laboral. Na “nova questão social”, o triunfo do individualismo traz consigo um formidável potencial de progresso, e ao mesmo tempo de sofrimento, através do qual o mercado mundial move o crescimento e destrói os empregos (cf. Fitoussi e Rosanvalon, 1997:3). Tendo presente o que acima foi analisado, a individualização das relações laborais é um processo que segue naturalmente “o novo espírito do capitalismo”, mas fá-lo criando uma linha ténue entre os desejos e ambições dos indivíduos, convertendo as narrativas que compõem a sociedade, em formas de reprodução e manutenção de uma lógica neoliberal. Atentemos, assim, mais especificamente, o modo como a autonomia dependente conseguida através das narrativas de conversão, se desenvolve na esfera laboral, patente na crescente individualização das relações laborais.

2.2.1 Flexibilidade: empresas e indivíduos

Se admitirmos a crescente individualização como responsabilidade entregue aos indivíduos pelas suas escolhas e sobre as consequências das mesmas, as opções deixadas em cache transformam-se não em opções do indivíduo, mas opções criadas pelos mercados financeiros. Podemos identificar duas dimensões onde se observa a promoção da

flexibilidade¹⁰ à luz da crescente individualização laboral: ao nível das empresas; e ao nível do próprio indivíduo como trabalhador.

Deste modo, ao nível das empresas, e nas condições económicas caracterizadas pela hegemonia e liberalização dos mercados financeiros, é exigido às empresas que num contexto de elevada competitividade, minimize os custos do trabalho e maximize a sua eficácia produtiva. Por sua vez, a instabilidade do mercado requer flexibilidade por parte das empresas para que se adaptem às variações quantitativas e qualitativas, necessitando de uma força de trabalho que responda rapidamente, com facilidade e a baixo custo às exigências dos mercados. Logo, a procura da redução dos custos ligados ao trabalho, pressionada pela competitividade, torna-se na principal causa da crescente utilização de formas flexíveis, e frequentemente precárias de emprego (cf. Kovács, 2005: 1). Simultaneamente a este discurso de flexibilidade, a esfera laboral adopta um padrão de “predominância do individual sobre o universal, do psicológico sobre o ideológico, da comunicação sobre a politização, da diversidade sobre a homogeneidade, do permissivo sobre o coercivo” (Kovács, 1998: 117). Ao que acresce a rejeição das estruturas monolíticas a favor de outras mais fluidas, sistemas personalizados baseados, por exemplo, na descentralização e participação, onde os papéis e as identidades se confundem¹¹. Deste modo, indo ao encontro de uma sociedade mais individualista, desenha-se, assim, uma tendência para reduzir a rigidez das organizações (cf. Kovács, 1998; 118). Verifica-se uma união entre as necessidades do mercado que acabam por estimular novos padrões organizacionais, nos quais o indivíduo é a peça central, em “destituição” do contrato colectivo de trabalho típico, promovendo a sua substituição por negociações informais e interpessoais ou fórmulas contratuais tendencialmente “civilistas” (Ferreira, 2003: 88).

Porém, ao nível do indivíduo, o problema que advém da flexibilidade, é que esta pode ser uma força libertadora, mas também repressiva, uma vez que aqueles que escrevem as regras são também os detentores do poder (Castells, 1998: 87-88). Tal significa que se de facto, *maxime* nas relações individuais de trabalho, o padrão de referência do direito do trabalho “é marcado pela desigualdade originária dos sujeitos, ou seja, pela diferença de

¹⁰ Segundo Ralf Dahrendorf, o termo flexibilidade significa, antes de mais, “eliminação de rigidez”. Objetivo que é alcançado através da desregulação e limitação das interferências estatais e legais (Dahrendorf, 1996:23). A noção adquire vários tipos e formas aos quais se encontram associadas diversas estratégias para a alcançar, sendo usual distinguir entre flexibilidade numérica, funcional, quantitativa, qualitativa etc (Rebelo, 2004: 23-32; Livro Verde, 2006: 185-198; Costa, 2008: 34-36).

¹¹ Contudo, já no final da década de 1990, o diagnóstico era que paradoxalmente quanto à participação promovida nas empresas, esta podia resultar numa mera participação formal, levando à apatia ou, até, ao aumento da pressão e controlo sobre os indivíduos e grupos, resultando na perda da sua autonomia (cf. Kóvacs, 1998: 130).

oportunidades e de capacidades (...) daí que a finalidade “compensadora” seja assumida como um pressuposto da intervenção normativa” (Monteiro cit. in Rebelo, 2008: 13), e se no âmbito da contratação colectiva, a flexibilidade deve ser considerada um importante instrumento de adaptabilidade empresarial – permitir tal possibilidade no plano individual acentua a já de si desequilibrada relação individual de trabalho (cf. Rebelo, 2008: 13).

Sendo assim, o emprego tende a deixar de ser unicamente a estabilização de uma relação de trabalho/retribuição no tempo, por meio de um contrato, para se tornar numa “associação temporária de competências”, ou seja, a estrita contribuição de um conjunto de competências (incarnadas numa pessoa) numa actividade medida no quadro desta actividade, no sentido, que a pessoa ser ou não da entidade jurídica da empresa torna-se uma questão secundária (Kaisergruber cit. in Cerdeira, 2005: 97). Neste contexto que privilegia o indivíduo ao colectivo, toma como base uma desestruturação que se manifesta na redução do emprego estável e a tempo integral a favor do crescimento de uma multiplicidade de formas de trabalho cujo denominador comum é a flexibilidade em termos contratuais, horários, remunerações etc. Fazendo com que seja possível um mesmo tipo de trabalho estar associado a vínculos contratuais, tempos de trabalho, remunerações, formação e percursos de evolução profissional muito diferenciados (cf. Cerdeira, 2005: 97). Logo, quando se fala em flexibilidade do trabalho, não podemos esquecer que se trata da disponibilidade do trabalhador em relação ao empregador. É neste sentido igualmente, que alguns autores afirmam que a par da flexibilidade das relações no mercado de trabalho assiste-se a um “processo de individualização social” que começou a atingir as margens de flexibilidade em três pilares: legislação laboral, local de trabalho e horário de trabalho, onde parece dominar um “individualismo negativo” baseado na distância e no desafio, ao contrário de todo o esforço susceptível de criar laços sociais. Encontramo-nos, assim, inseridos num contexto de desenvolvimento do individualismo que tem repercussões importantes no mundo do trabalho, representando uma nova atitude social e novos desafios para os actores sociais, e em particular os sindicatos, os empregadores e as associações de cidadãos (cf. Rebelo, 2002: 8).

A flexibilidade repercute-se na vida do indivíduo pela forma como à luz da descentralização da produção, da desagregação do trabalho e da sua segmentação, dá origem a uma crescente diversidade dos horários laborais e das condições de trabalho, à diferenciação, individualização dos trabalhadores e das relações de emprego. Tal contribui para que os chamados trabalhadores em situação flexível não sejam um grupo homogéneo, havendo

mesmo uma grande diferenciação entre os mesmos¹². Generalizando, estamos perante dois tipos: a situação de emprego flexível como uma opção e uma oportunidade para uma situação profissional melhor; e por oposição, uma situação de emprego flexível precária, na qual os indivíduos correm o risco de cair numa armadilha que os amarra a experiências indignas. Logo, as formas flexíveis de emprego tendem a ser precárias quando não resultam da escolha dos indivíduos, tendo ao mesmo tempo uma cobertura deficiente do ponto de vista das condições de risco e protecção social, e as relações associativas para a defesa dos interesses são insuficientes ou mesmo inexistentes (cf. Kovács, 2005: 2-3). Acrescentaríamos, ainda, o caso dos (falsos) trabalhadores independentes, que numa hipótese audaciosa, representa o expoente máximo da flexibilidade. Sendo que o trabalho independente significa que o indivíduo exerce a sua actividade por conta própria, trata-se logo à partida de uma situação ambígua, pois pode resultar em duas estratégias opostas: uma decorre da desvalorização do trabalho, na medida em que serve essencialmente para transferir a gestão do trabalho e os riscos para os trabalhadores que se encontram numa situação de vínculo contratual precário; e a outra que valoriza o trabalho visto que também implica o recurso a trabalhadores com altos níveis de qualificação. Na situação extrema, existem os falsos independentes que são forçados a aceitar essa situação num contexto de precariedade (cf. Kovács, 2005: 26-27). Em todas as situações, a biografia individual de cada um é retirada de certas determinações e colocada sobre as suas próprias mãos, porém na maioria dos casos, a sua vontade não é opção. Acresce que destas novas necessidades do mercado, dois fenómenos marcantes se desenvolvem sob a alçada do processo de individualização, a descolectivização das relações laborais e a individualização dos conflitos laborais.

2.2.2 A descolectivização das relações laborais

Tendo como cenário o acima descrito, que preconiza o individualismo através da flexibilidade como forma de promover a competitividade e aumentar a produtividade actuando através da precariedade dos vínculos laborais um dos factores que se destaca quanto à individualização nas relações laborais sob o pano da autonomia dependente é a descolectivização das relações laborais.

¹² A tipologia proposta pela autora recai sobre um inquérito realizado no âmbito de um projecto de investigação que procurou compreender quais as condições e as perspectivas daqueles que se encontram numa situação de emprego flexível. A autora identifica a flexibilidade qualificante; a flexibilidade precarizante transitória; e flexibilidade precarizante contínuo (cf. Kovács, 2005: 19-51). A grande distinção entre as categorias é o grau de precariedade embutido na flexibilidade.

A descolectivização das relações laborais, assenta na constatação de que a negociação das condições de prestação do trabalho depende cada vez mais de negociações individuais. À medida que aumentam as novas formas de trabalho atípicas, assiste-se à perda da centralidade da dimensão colectiva do trabalho. Esta evidência encontra fundamento na hipótese de que o aumento da precarização das relações laborais e o declínio do sindicalismo poderem estar associados ao declínio da sua força colectiva. Mais uma vez, em nome da competitividade são tomadas medidas no sentido do desmantelamento da protecção institucional do trabalho, nomeadamente no sentido da regulação colectiva. Por conseguinte, a acção sindical depara-se com fortes dificuldades em integrar um número cada vez maior de trabalhadores, cuja actuação tende para a fragmentação e a individualização à medida que vão ganhando importância as diferentes formas flexíveis de trabalho¹³. Há mesmo uma certa dificuldade por parte dos sindicatos em adaptar a sua estratégia e organização às necessidades de grupos muito heterogéneos. Nesta perspectiva, Ilona Kovács é clara e consonante com o argumento das narrativas de conversão apresentando anteriormente, dado que para a autora, o objectivo neoliberal é o de transformar o contrato de trabalho baseado no estatuto de trabalhador (identidade coletiva) num conjunto de direitos em contratos de mercado, e simultaneamente, fazer com que a negociação colectiva dê lugar à negociação individual. Negociação na qual, o protagonismo tende a pertencer ao patronato que define o espaço de negociação (cf. Kovács, 2005: 3). Se nos detivermos na situação de Portugal reconhece-se estas mesmas tendências.

No *Livro Branco das Relações Laborais* (2007) a resposta que obteve maior destaque quanto a “reuniões dos representantes dos trabalhadores com a administração ou direcção da empresa” equivale a 65,9% e refere o facto de “não há representantes dos trabalhadores na empresa”. No mesmo sentido, quanto à “determinação do salário, do horário de trabalho e da categoria profissional da empresa” a resposta que reúne maior incidência é “pelo empregador, sem qualquer consulta ou negociação” obtendo 55,3%, 59, 2% e 56,7% respectivamente. Evidências que corroboram o facto nos modos de relacionamento na empresa o unilateralismo patronal detenha 62, 4% das respostas (cf. *Livro Branco das Relações Laborais*, 2007: 75). Ainda quanto às “preferências em caso de conflito individual”, a esmagadora maioria com um valor de 84, 2% diz “procurar resolvê-lo tratando directamente com o patrão”, deixando de

¹³ É importante reflectir sobre o facto da crise do sindicalismo e das relações laborais tradicionais (nomeadamente da negociação colectiva) caminharem a par com as transformações do emprego à luz da flexibilidade. Isto porque, a título de exemplo, nos países onde o sindicalismo permanece forte (nos países do norte da Europa), as estratégias desregulamentadoras têm sido relativamente controladas e os designados empregos atípicos conhecem uma difusão bastante mais fraca (cf. Cerdeira, 2005: 92).

lado os sindicatos, as comissões gerais de trabalhadores e as delegações sindicais (cf. *Livro Branco das Relações laborais*, 2007: 77).

A este respeito, e numa reflexão acerca da Revisão do Código de Trabalho suportada pelo documento *Reforma das Relações Laborais*, apresentado em 22 de Abril de 2008, a autora Glória Rebelo vinca a importância de dinamizar a contratação colectiva, dado que paradoxalmente o que se verificou é que o Código do Trabalho não resolveu a crise da contratação colectiva existente à data da sua entrada em vigor. Refere que entre 2003 a 2005 o número de convenções outorgadas e de trabalhadores abrangidos pela contratação colectiva diminuiu, voltando apenas a sofrer novo impulso em 2006 – muito provavelmente devido à Lei n.º 9/2006, de 20 de Março, que procedeu à revisão parcial do Código do Trabalho – mas ainda aquém de níveis atingidos, por exemplo, em 2000¹⁴ (cf. Rebelo, 2008: 14-15).

É importante mencionar a este respeito, e de acordo com alguns juristas, que o Código de Trabalho de 2003¹⁵ foi dotado de uma tentativa de levar a estratégia de flexibilização na margem até aos limites constitucionais vigentes, combinando-a com uma estratégia de redução drástica do poder sindical, em particular na negociação coletiva, que assente na periferização da concertação social induziu uma redução, também ela drástica, da cobertura da contratação coletiva de trabalho (cf. Dornelas *et al*, 2011: 259). O mesmo refere o *Livro Verde das Relações Laborais* (2006: 83- 95) numa síntese de análise à negociação colectiva em Portugal, ao evidenciar que a taxa de cobertura da contratação colectiva de trabalho, tradicionalmente elevada, reduziu-se a menos de metade no primeiro ano de aplicação do Código do Trabalho¹⁶.

Nesta medida, as tendências de descolectivização reflectem-se nos valores dos IRCT (Instrumentos de Regulamentação Colectiva de Trabalho), os quais têm sofrido um decréscimo progressivo. A título de exemplo quanto à celebração de contratos colectivos de trabalho, os dados da DGERT¹⁷ evidenciam um decréscimo contínuo. No primeiro trimestre de 2009 foram celebrados 39 contratos colectivos, no período homólogo em 2010 registaram-

¹⁴ Segundo os dados do INE apresentados pela autora, e por categorias de convenções colectivas, em 2000, 2005 e 2006 celebraram-se, respectivamente: 245, 151 e 153 contratos colectivos de trabalho; 22, 28 e 26 acordos colectivos de trabalho; 103, 73 e 65 acordos de empresa (cf. Rebelo, 2008: 15).

¹⁵ A Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto - do Diário da República., IS-A, n.º 197, 27/08/2003 Aprova o Código do Trabalho (Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, e pela Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro)

¹⁶ Este facto só viria a alterar-se, parcialmente, com a revisão do Código do Trabalho em 2009 pela regulação da mudança mediante a criação de possibilidades de combinação virtuosa da legislação com a contratação coletiva de trabalho e pelo reforço da proteção da mobilidade interna e externa (Dornelas *et al*, 2011: 19).

¹⁷Disponível em:

http://www.dgert.mtss.gov.pt/trabalho/rendimentos/doc_vpml_2010/doc_vpml_2012/vpml_1_trimestre_2012.pdf

se 22, em 2011 respectivamente verificou-se um valor de 19 contratos colectivos, e no 1º trimestre de 2012 o número desceu para 7 contratos colectivos.

Em concordância, também a taxa de sindicalização demonstra um decréscimo. Quanto a este indicador em 2008, a *Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida*¹⁸ registou 537 mil sócios na CGTP e 200 mil na UGT, registando-se um contínuo decréscimo da taxa de sindicalização desde 1978 (onde atingiu um valor de 60,8%) para 19,3% em 2010¹⁹. Tal é relevante, pois se levarmos em consideração os países onde o sindicalismo é mais forte (Alemanha, Suécia, Dinamarca), a difusão dos chamados empregos "atípicos" é muito menor. A autora Ilona Kovács, a partir de um estudo da OCDE²⁰, refere que o exemplo destes países mostra que a regulação social é fundamental para manter o equilíbrio e mostra também que a regulação enraizada numa tradição de concertação e numa cultura de diálogo e de negociação permite travar ou evitar a degradação do emprego (cf. Kovács et al, 2006: 45). A ausência dos sindicatos ou da força colectiva do trabalho, parece reagir *a posteriori* às mudanças nas condições de trabalho, criando, em particular para as situações de precariedade laboral um vazio, uma espécie de "terra de ninguém". O sentimento que subjaz à percepção dos trabalhadores com vínculos cada vez mais precários é a conformação com a vontade dos seus empregadores já que, ou não se sentem representados, ou os seus representantes sindicais não parecem ter a capacidade de influência directa sobre os empregadores (cf. Rebelo, 2002: 11).

Como nos diz António Casimiro Ferreira a propósito do estudo do *Impacto da Negociação Colectiva na Regulamentação do Mercado de Trabalho* (2006) o recuo dos contratos colectivos, com a consequente perda de centralidade da negociação colectiva abre um espaço sociolaboral às negociações informais escoradas na «promoção da autonomia individual» reconhecidas nas modalidades de contratação precárias e tendencialmente «civilistas» (cf. Ferreira, 2006: 75).

2.2.3 A individualização dos conflitos laborais

Quanto ao segundo factor, a tendência de precarização e atipicidade do trabalho, provoca uma alteração dos padrões de conflitualidade e de litigiosidade laborais de um

¹⁸ Conferir: <http://www.eurofound.europa.eu/>

¹⁹ Jelle Visser (2011), ICTWSS Database 3.0

²⁰ A autora baseia-se em OCDE (1997) - *La définition du travail à temps partiel à des fins de comparaison internationale*.

carácter fortemente colectivo forjado a partir de conquistas históricas e com a finalidade de circunscrever, controlar e diminuir os conflitos laborais (Faria, 1995), para uma conflitualidade laboral individual assente no pressuposto que a protecção dos trabalhadores poderá ser assegurada numa base puramente individual pelos tribunais (cf. Ferreira, 2001; 2003; 2005). Tal configura uma situação de litigação interindividual consonante com o paradigma liberal de justiça, deixando para as empresas a função de regular as relações colectivas de trabalho através das políticas de gestão dos recursos humanos (cf. Ferreira, 2003: 88). A insistência ou naturalização das formas de trabalho atípico (como sejam o trabalho temporário; o trabalho em part-time; a subcontratação; a prestação de serviços; o teletrabalho etc.) e a crescente descaracterização dos princípios identitários do direito do trabalho (Countoris, 2007) acabam por transformar a própria “conflitualidade do conflito laboral”. Admite-se que a individualização das relações laborais se projecta nos conflitos individuais de trabalho os quais possuem uma singularidade conferida pela sua própria forma da sua resolução. A este propósito, regista-se que tem havido um contínuo aumento nas acções declarativas nos tribunais de trabalho. Em 2008, por exemplo, houve 15.815 processos entrados, passando para 19.471 em 2009, embora tenha havido um decréscimo relativamente a 2010 (16.601). Do mesmo modo, verifica-se que a maior parte dos processos de acções declarativas concentram-se sobre os acidentes de trabalho e doenças profissionais (em 2009 e 2010 apresenta um valor de 58%), e logo de seguida, figuram os contratos individuais de trabalho com a maior proporção de acções declarativas apresentando um valor de 35% em 2009 e 34% em 2010²¹.

Contudo, quanto a este ponto também se denota a forma como se convertem narrativas onde direitos são violados, em narrativas que recaem sobre a resignação motivadas por um sentimento de impotência assente na auto-negação da luta pelos direitos. Deixando perceber, assim, que a precariedade numa sociedade individualizada é, ao mesmo tempo, uma realidade objectiva e um sentimento subjectivo que coloca sobre o indivíduo as escolhas da sua própria condição (cf. Estanque, 2007: 16). Também a análise de António Casimiro Ferreira em o *Trabalho Procura Justiça* (2005), realça este aspecto, o qual sublinha que o contexto sócio-político-laboral em que esta nova conflitualidade emerge faz com se combinem o que podemos designar por novos e velhos conflitos laborais, acentuando-se, por esta via, o carácter contraditório, heterogéneo e polimórfico da conflitualidade laboral na actualidade. O autor demonstra através da pirâmide dos litígios de contrato individual referente ao ano de

²¹ Fonte: Direcção-Geral da Política de Justiça

2000, que o alargamento da base da pirâmide onde se incluem, ainda que indirectamente, as situações contratuais atípicas, os falsos trabalhadores autónomos e mais genericamente as formas de flexibilidade laboral não reguladas pelo direito do trabalho, torna ainda mais expressivo o desfasamento entre a procura potencial e a procura efectiva (2005: 315-316). Segundo o autor, a pirâmide dos conflitos é constituída na base pelas situações potencial ou efectivamente litigiosas, e no topo pelos litígios que foram resolvidos pelos tribunais, de onde destaca duas ideias: a primeira é a de que, em princípio, a trajectória das alternativas vai dos mecanismos não-oficiais para os oficiais sendo por essa razão que os tribunais surgem graficamente no topo; e a outra ideia é a de que o topo da pirâmide, por assim dizer, a ponta do iceberg, é em si mesma minúscula em relação à parte submersa do iceberg. O recurso à pirâmide dos conflitos permite determinar, assim, a litigiosidade laboral que fica fora dela, tornando evidente que existe um diminuto recurso aos tribunais, não acedendo, deste modo, uma parte significativa da litigiosidade interindividual emergente das relações de trabalho à justiça laboral (Ferreira, 2005: 314). Arriscando uma actualização da sua análise quanto à pirâmide das ações de contrato individual de trabalho selecciona-se como opção²² para a base da pirâmide uma aproximação ao fenómeno da atipicidade considerando os trabalhadores por conta de outrem e os trabalhadores por conta própria sem pessoas ao serviço no ano de 2010. Esta opção inclui, por isso, ainda que indirectamente, as situações contratuais atípicas, os falsos trabalhadores independentes e mais genericamente as formas de flexibilidade laboral não reguladas pelo direito (cf. Ferreira, 2005: 315). Agregando os trabalhadores por conta de outrem (3. 833,4 milhões) aos trabalhadores por conta própria como isolados ou sem pessoas ao serviço (804,9 mil), temos um total para o ano de 2010 de 4. 637,8 milhões trabalhadores que preenchem a base da pirâmide (cf. INE – Estatística do Emprego). Os processos entrados relativos às acções declarativas em 2010 apresentam um valor de 16 601 mil (cf. DGPIJ- Estatísticas da Justiça) logo representam 0,4% aproximadamente por relação ao número total de trabalhadores por conta de outrem e por conta própria como isolados, permitindo avançar com a hipótese de que os restantes 99,6% de conflitos potenciais se resolvam por inexistência, por resignação ou por autocomposição. Ponto curioso, é que estes valores são coincidentes com os alcançados por Casimiro Ferreira, relativamente a 2000 (cf. Ferreira, 2005: 316-317). Em suma, estamos perante uma grande conflitualidade potencial, mas em larga medida reprimida e suprimida.

²² O autor menciona outras duas opções para a definição da base da pirâmide, a primeira constitui-se a partir dos valores relativos aos trabalhadores por conta de outrem (TCO) tendo como fontes o inquérito ao emprego do INE ou os Quadros de Pessoal do Ministério do Trabalho e a segunda constrói-se a partir dos valores relativos à população empregada de acordo com a informação disponibilizada pelo INE (Ferreira, 2005: 314).

Para além disso, a título ilustrativo, os dados do *Livro Verde das Relações Laborais* (2006: 171-173) a propósito da conflitualidade laboral em Portugal entre os anos 2000-2004, e em comparação com outros países da União Europeia, conclui que os indicadores analisados são compatíveis com uma conflitualidade laboral explicitada pela realização de greves, comparativamente baixa, centrada em temas que integram o núcleo essencial da relação laboral, e com níveis reduzidos de aceitação, total ou parcial, das reivindicações pelos empregadores.

2.3 Falso trabalho independente: reflexo da individualização laboral

Eis que nos surge a problemática do falso trabalho independente, tema privilegiado neste trabalho e o qual mais adiante será tratado por estudos de caso. Este vínculo representa as estratégias que num mundo do trabalho cada vez mais individual e competitivo, se constitui numa opção cada vez mais recorrente pelas vantagens que parece proporcionar aos empregadores.

Pode afirmar-se que o trabalho independente aumenta na mesma medida que a individualização na esfera laboral se intensifica. Existem dois factores, segundo Alain Supiot, que parecem justificar o seu aumento: a recente tendência para as empresas externalizarem e/ou subcontratarem, o que reflecte um quadro de mudança nas políticas de gestão de recursos humanos; e um outro factor que associa o reforço do trabalho independente à concomitante expansão de profissões indiferenciadas, ligadas ao sector do comércio e serviços e consideradas “menos prestigiantes” em termos sociais (Supiot, 1999). Do mesmo modo, o trabalho independente é também desenvolvido de forma regular como actividade profissional – muitas vezes secundária – por indivíduos que procuram assim garantir a sua subsistência mensal, podendo traduzir, na maioria das vezes, uma das formas tendenciais de precariedade da actividade laboral (Rebelo, 2003: 9). No fundo, a sua justificação reside numa óptica de redução do custo da mão-de-obra, dado que a contratação destes trabalhadores independentes tende a excluir uma parte significativa de trabalhadores dos benefícios da protecção social (Rebelo, 2003: 16).

Segundo a análise de Glória Rebelo, numa perspectiva legal, os critérios para definir o trabalho independente varia segundo o grau de integração do trabalhador na empresa, o local e o tempo de trabalho, a utilização dos instrumentos de trabalho e das máquinas, e as relações com os assalariados. Acrescenta, ainda, que a situação destes trabalhadores independentes

pode variar entre, por um lado, os que se encontram completamente dependentes destas actividades e, por outro lado, os que as exercem como segunda actividade a par de um trabalho assalariado e, por fim, as pessoas que a exercem marginalmente, como é o caso dos estudantes. A realidade é que estes "falsos independentes" trabalham regularmente por conta de outrem, mediante uma actividade tipicamente subordinada, embora para efeitos de protecção social se apresentem como trabalhadores independentes e passem recibos próprios dessa actividade, os designados "recibos verdes" (Rebelo, 2003: 15). A natureza desta relação assenta sob uma "independência" que não é senão uma ficção jurídica (Harvey cit. in Rebelo, 2003: 16), pois um número considerável destes indivíduos encontra-se, muitas vezes, ligados a um só dador de trabalho e daí tiram o essencial, ou mesmo a totalidade dos seus rendimentos. Por seu turno, o "empregador" impõe métodos de trabalho sob autoridade, a par de uma quase ausência de autonomia na organização do seu trabalho (cf. Rebelo, 2003: 16). Em consequência, e para o trabalhador, a sua actividade não assenta em nenhum investimento pessoal, mas sim numa acentuada desvalorização. A sua "independência" limita-se à assunção da inteira responsabilidade do trabalho e dos riscos de exploração que lhe transfere o dador de trabalho: trabalhando por conta própria, o independente é responsável economicamente pelo seu negócio, consoante o seu resultado, seja este lucro ou prejuízo (idem).

Fica implícito que associado ao risco, este esquema de contratação é igualmente indutor de precariedade, tratando-se de uma forma de desregulamentação fraudulenta e como um simples meio de o utilizador da mão-de-obra independente escapar aos constrangimentos legais e sociais que pesam sobre as empresas (Rebelo, 2003: 16). Em suma, "na gestão das suas relações laborais, as empresas – incluindo aqui, paradoxalmente, o Estado – recorrem a esta forma de contratação, de forma directa (mediante o ajuste directo de recibos verdes) ou de forma indirecta (através de cadeia de empresas em subcontratação), com o duplo objectivo de contornarem os alegados "constrangimentos" impostos à actividade económica pela legislação do trabalho e de reduzirem os custos sociais do trabalho" (Rebelo, 2008: 10).

O indivíduo ao ter consciência do seu vínculo precário coloca-se a si próprio numa situação vulnerável, donde o resultado assenta na insegurança laboral associada aos "riscos sociais". Há autores que definem a insegurança laboral como a perda de protecção social que deriva da incerteza no trabalho, como o futuro se torna imprevisível o/a trabalhador (a) sente-se dependente dos vários resultados possíveis (cf. Green, 2009: 347). É esta incerteza, esta falta de controlo sobre o presente, no que se refere aos domínios da subsistência de cada um, que implica uma debilidade para actuar politicamente e para cada um transformar a situação actual, criando uma sociedade cada vez mais individualista (cf. Sá, 2010: 5). O aumento da

insegurança laboral está relacionado com as “novas” formas de contratação, sobretudo com o contrato a termo, e reflecte-se na insegurança quanto aos rendimentos futuros, quanto ao risco de desemprego. Nessa situação, cada um procura estratégias individuais que permitam vencer os obstáculos, esquecendo as dimensões mais societárias e colectivas (idem).

Existem estudos que focam a questão da insegurança no trabalho e a definem segundo dois factores. Em primeiro lugar, a percepção objetiva da possibilidade de perder o emprego, o que inclui o capital humano individual, a empregabilidade, a influência no trabalho, bem como a situação socioeconómica do indivíduo ao nível meso ou macro, logo, tanto ao nível da empresa como ao nível do país. Em segundo lugar, a subjetividade e grau emocional relativamente à insegurança no emprego. Ou seja, os indivíduos que temem as repercussões da perda de emprego na sua vida e na vida das suas famílias, ou mesmo outras razões que se prendem à possibilidade de perder o emprego. Estes dois factores gerais condensam as variáveis que afetam a percepção individual em termos da percepção do risco, e também da percepção do mesmo em termos do impacto que teria esse mesmo risco (Chung e Oorschot, 2010: 8-9)²³. Este quadro encontra-se plasmado em algumas das conclusões do inquérito elaborado por Glória Rebelo, no qual pretendeu diagnosticar os focos de precariedade no território português²⁴. Quanto à análise do factor de preocupação laboral, verifica-se que o factor de maior preocupação, quer para homens quer para mulheres, é o da falta de segurança no emprego, dado que a maior percentagem, com um valor total de 52, 3%, considera “a falta de estabilidade no emprego” como factor de maior preocupação, seguido dos “salários baixos” que obtiveram um resultado total de 23,7% (cf. Rebelo, 2004: 97-98). No mesmo sentido, também a questão quanto à satisfação profissional, revela que a “segurança contratual” (28, 3% para os homens e 30, 6% para as mulheres) e a “realização profissional” (28,3 % para os homens e 28, 2% para as mulheres), seguindo-se da “remuneração” (19,8% para os homens e 20, 4% para as mulheres) (cf. Rebelo, 2004: 98-99).

Os vínculos precários constituem-se, assim, no oposto quer da segurança (insegurança/incerteza) quer no oposto da satisfação profissional (precariedade). Poderíamos afirmar que o discurso da flexibilidade individualizou as responsabilidades do trabalhador, ‘dessocializando’ a sua própria construção subjetiva (Aquino, 2008: 175) e que o desenvolvimento existencial de milhões de trabalhadores está profundamente marcado pela individualização progressiva da sociedade e pela geração de formas cada vez mais marginais

²³Conferir a este respeito também, a análise de António Casimiro Ferreira (2012: 59-61).

²⁴ Conferir estudo de Glória Rebelo em *Flexibilidade e Precariedade no trabalho – Análise e Diagnóstico* (2004).

de inserção social e de exploração laboral (Díaz-Salazar cit. in Aquino, 2008: 176). Tomando como base esta perspectiva, iremos explorar a forma como o contexto de precariedade enquadra o fenómeno dos falsos trabalhadores independentes em Portugal.

2.3.1 Retrato da precariedade laboral: o trabalho independente

O contexto laboral português é marcado por uma forte relação entre precariedade e desigualdades sociais. Portugal assume-se, mesmo, como um dos países mais assimétricos da Europa, produzindo efeitos na esfera laboral de onde se destaca o problema dos baixos salários de parte substancial da população empregada, em que 12% desta população estão em risco de pobreza. Ou seja, estamos perante mais de 500 milhares de trabalhadores pobres que têm grandes dificuldades em proporcionar uma vida condigna aos restantes elementos do agregado familiar, sobretudo aos seus descendentes (cf. Carmo (org.), 2010: 95). Em concordância, as conclusões apresentada pelo estudo da Tese – Associação para o Desenvolvimento, coordenado pelo Centro de Estudos Territoriais do ISCTE (Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa) intitulado *Necessidades em Portugal: Tradição e Tendências emergentes (2009)* revela que um dos fatores para uma vida sem perspectivas de segurança financeira são os regimes laborais que provocam aumento da pobreza, como, por exemplo, os “falsos recibos verdes”. Num contexto em que a precariedade laboral sobressai de forma marcante – em que 41,3% dos respondentes experimenta vínculos passíveis de traduzir condições de alguma precariedade e 10,5% estão desempregados – a dificuldade e a incapacidade em poupar afecta os vários escalões de rendimento. É de registar que o inquérito em questão foi realizado em finais de 2008, momento esse que não pode deixar de influenciar as opiniões e que parece ser transversal a todos os grupos sociais a preocupação face ao futuro. Em primeiro lugar, a segurança face ao trabalho, e portanto face aos rendimentos, num contexto onde 41,3% dos inquiridos tem contratos precários ou a termo certo e onde maioritariamente (2/3 dos inquiridos) não considera provável mudar de emprego nem o desejaria. De qualquer forma, o que fica patente é a hipótese de que a sociedade portuguesa é atravessada por necessidades advindas do seu modelo de desenvolvimento económico e social que referencia debilidades articuladas com o funcionamento do mercado de trabalho e das políticas sociais²⁵.

²⁵O resultados do inquérito por questionário, o qual estrutura o estudo em apreço, encontra-se disponível em: http://www.tese.org.pt/assets/files/pdf/Relatorio_inq_questionario_Necessidades_em_Portugal.pdf

Não podemos, por isso, deixar de mencionar o relatório coordenado por António Casimiro Ferreira intitulado *Da sociedade Digna à sociedade precária – Balanço da Evolução Social em Portugal 2003- 2008* (2009) no qual se reconhece a hipótese de que Portugal endogeneizou as tendências de vulnerabilização das relações laborais diagnosticadas em diversos estudos, ressaltando a bifurcação e segmentação dos mercados de trabalho, que se foram combinando em graus e modalidades diversas, com factores de desigualdade salarial, baixas qualificações, discriminação e exclusão social. O relatório vinca, também, que entre nós, a dimensão semântica da precariedade, da atipicidade e da flexibilidade esbarra com as especificidades de base nacional obstaculizadoras do reconhecimento das fronteiras entre trabalho estandardizado e trabalho contingente, atípico, inseguro e flexível (cf. Ferreira *et al*, 2009).

A precariedade domina os mercados de trabalho, evidência que desde logo se verifica pelo elevado número de contratos temporários de curta duração que segundo o relatório da Comissão Europeia *Employment in Europe 2010* ascende aos 70% no período 2000-2009 entre os países da União Europeia (2010: 126). No mesmo sentido, Portugal é um dos países da União Europeia com maior proporção de população empregada com contrato a prazo, apresentando um valor de 22%, quando a média na União Europeia de 27 países, é apenas de 13,5%. No 3º trimestre de 2010, estima-se que 54,6% dos trabalhadores por conta de outrem com idade entre os 15-24 anos tinham vínculos laborais desse tipo. Esse valor é de 23,2% na faixa dos 25-49 anos e de 11,2% na dos 50-64 anos (*Eurostat- Labour Force Survey*).

Também no mesmo relatório diagnostica-se que o trabalho independente (incluindo o falso trabalho independente) funciona como um equivalente funcional do trabalho dependente por conta de outrem, sendo uma alternativa com custos mais reduzidos às outras formas de trabalho não permanente a que acrescem os menores custos dos processos de despedimento e das contribuições fiscais e para a Segurança Social (*Employment in Europe 2010*:165; 187). Vejamos os valores mais recentes quanto ao trabalho independente, onde se incluem as situações dúbias anteriormente discutidas.

Na Europa, a grande parte da força de trabalho em 2010 constitui-se pelo vínculo laboral do contrato subordinado com um valor registado em 82%, enquanto que os trabalhadores por conta própria apresentam um valor de 15%²⁶. Em 2010, segundo dados do INE, em Portugal contabilizam-se 804, 9 mil trabalhadores por conta própria como isolado²⁷,

²⁶ Conferir: *Fifth European Working Conditions Survey overview report* (2010: 16)

²⁷ Segundo a definição do INE, um trabalhador por conta própria como isolado Trabalhador por conta própria como isolado é um indivíduo que exerce uma atividade independente, com associados ou não, obtendo uma

ou seja, sem pessoal ao serviço, sendo que no total da população empregada 15,1 % inseriam-se nesta categoria²⁸. Ainda segundo dados do INE (que figuram no *Diário de Notícias de Fevereiro 2011*), estes mostram que do total de 77,3 mil pessoas com contratos de prestação de serviços (recibos verdes ou semelhantes) que existiam em Portugal no último trimestre de 2010, a maior fatia correspondia a portugueses com o Ensino Superior, num total de 34,4 mil. Trata-se de um aumento de 27% face aos três meses anteriores e a maior subida desde o quarto trimestre de 2006, com um aumento de 29%. A maior percentagem de portugueses com contratos de prestação de serviços tem entre 25 e 34 anos (35 mil), e outros 36 mil portugueses com mais de 35 anos também trabalhavam com este tipo de contrato no final do trimestre de 2010. O relatório do INE mostra, ainda, que 9,2 mil portugueses entre os 15 e os 24 anos tinham contrato de prestação de serviços nos últimos três meses de 2010, mais 35% face ao trimestre anterior, tratando-se da maior subida dos últimos quatro anos²⁹. A este respeito, os valores do último trimestre de 2011 contabilizam em termos absolutos 715, 8 mil trabalhadores por conta própria sem pessoal ao serviço, registando um aumento em 15, 4 mil trabalhadores logo no primeiro trimestre de 2012.

Contudo, num panorama geral, a população desempregada em Portugal no 4º trimestre de 2011 estimada em 771,0 mil indivíduos, verificou um acréscimo trimestral de 11,8% (81,4 mil indivíduos), valor que contém também o “contributo” dos trabalhadores por conta própria, abrangendo 26,7 mil indivíduos. É certo que dados estatísticos sobre os “falsos recibos verdes” são quase inexistentes. A situação mais flagrante aconteceu recentemente nos Censos 2011 gerando a polémica do INE estar a “esconder” a realidade dos falsos recibos verdes, ao definir as pessoas nessa situação como “trabalhadores por conta de outrem”, onde pode ler-se: “*Se trabalha a recibos verdes mas tem um local de trabalho fixo dentro de uma empresa, subordinação hierárquica efectiva e um horário de trabalho definido, deve assinalar a opção trabalhador por conta de outrem*”³⁰.

Perante este quadro, a previsão futura não é favorável, sendo o próprio Conselho Económico e Social a chamar a atenção, com base no projeto de parecer sobre o Documento de Estratégia Orçamental (DEO) 2012-2016, para a hipótese muito provável de a situação do

remuneração que está diretamente dependente dos lucros (realizados ou potenciais) provenientes de bens ou serviços produzidos e que habitualmente não contrata trabalhador(es) por conta de outrem para trabalhar(em) com ele. Os associados podem ser, ou não, membros do agregado familiar.

²⁸ Relatório de Conjuntura nº127 do 4º Trimestre de 2011 (Gabinete de Estratégia e Planeamento (GEP) - Ministério da Solidariedade e da Segurança Social (MSSS), 2012)

²⁹ Dados retirados de: http://economico.sapo.pt/noticias/recibos-verdes-com-maior-aumento-da-decada_111311.html

³⁰ Conferir notícia em: <http://www1.ionline.pt/conteudo/108606-censos-escondem-falsos-recibos-verdes>

mercado de trabalho se agravar ainda mais e de forma mais rápida nos próximos anos tendo em conta a perspectiva de crescimento da produtividade³¹. Fica subjacente a dúvida de que a competitividade e a produtividade segundo a lógica neoliberal, pode não ser a opção mais correcta e sustentável para o futuro. Contudo, os objectivos parecem persistir nos mesmos pressupostos que nos conduziram à crise, à austeridade e à descrença num futuro melhor.

³¹ Conferir notícia em: <http://www.ionline.pt/dinheiro/conselho-economico-social-alerta-agravamento-da-situacao-mercado-trabalho>

II Parte

Capítulo 3. A relação jurídico-laboral

Introdução

Do ponto de vista sociológico, a aproximação ao direito do trabalho, é de difícil delimitação em termos jurídicos, dado que se inscreve numa realidade mais vasta, dotada de múltiplas e distintas valências, jurídicas e não jurídicas: a realidade do trabalho (Ramalho, 2009: 15). Deste modo, os vínculos laborais revestem-se de especificidades, as mesmas que os legitimam. No entanto, o direito do trabalho vê-se confrontado com novos elementos que produzem vínculos que se afastam cada vez mais das suas raízes clássicas. É perante a crescente complexidade das relações laborais que se evidenciam dois pontos essenciais. O primeiro debruça-se sobre a questão da subordinação jurídica e o papel do direito do trabalho, acompanhando a forma como o contrato de trabalho se define por oposição ao contrato de prestação de serviços. Esta problemática reveste-se de grande relevância visto constituir-se na pedra angular do presente trabalho quanto ao caso dos falsos trabalhadores independentes. O segundo reflecte a particular relação a que a própria relação laboral dá origem, pela forma como os indivíduos tendem a aceitar condições, que logo à partida, o colocam numa situação vulnerável em relação à parte deliberadamente mais forte, o empregador.

3.1 A subordinação jurídica

O direito do trabalho ocupa-se, assim, do trabalho subordinado ou trabalho dependente (embora não seja fácil distinguir o trabalho subordinado das outras formas de trabalho com relevo jurídico). Deste modo, pode dizer-se que o direito do trabalho ocupa-se da actividade laborativa prestada a título oneroso e cujo prestador se encontre numa posição de dependência ou de subordinação em relação ao credor, sendo que no caso português o elemento que caracteriza esta forma de actividade laborativa, retira-se directamente da definição legal de contrato de trabalho (cf. Ramalho, 2009: 23), que mais à frente veremos.

Facto é que o direito do trabalho, a partir da década de 1970, sofre uma inflexão na sua orientação protectiva tradicional, como atrás foi já identificado, seguindo a tendência de

desregulamentação. Sustenta-se que as relações laborais sofreram uma evolução que as conduziu, por um lado a um acréscimo de direitos, mas por outro lado, as colocou sobre influências externas dotadas de mecanismos que as pautam pela sua original e manipulativa regulação jurídica.

É sugestivo, por isso seguir a análise de Júlio Gomes acerca da actual complexidade das relações laborais, a partir das quais evidencia três dimensões.

A primeira decorre (Gomes, 2007: 20-24) da relativização da subordinação jurídica, na medida em que esta engloba situações de difícil determinação e muito diversas. No primeiro caso, está-se perante a indeterminação de saber se o trabalhador tem um contrato por termo indeterminado ou a termo, se trabalha a tempo completo ou parcial, se trabalha numa empresa e qual a dimensão desta, etc. (*idem*). No segundo caso, a heterogeneidade das relações laborais pressiona a fronteira anteriormente existente entre trabalhadores subordinados e trabalhadores autónomos, e pelo crescente tipo de trabalhadores e vínculos laborais (Gomes, 2007: 111-112).

A segunda dimensão está associada à crescente complexidade das fontes de direito do trabalho e na articulação entre estas, que se verifica na tentativa de atribuir à convenção colectiva o papel principal, a que se junta, em sentido contrário, a ideia de que o contrato de trabalho deve ter uma função e relevância muito maiores em relação ao que tradicionalmente lhe era atribuído.

Em terceiro lugar, a articulação entre o direito do trabalho e o direito civil. Esta última tem especial relevância neste trabalho por condensar a tensão entre a escolha ou não do direito do trabalho, dada a possibilidade de recurso ao direito civil. O recurso ao direito dos contratos civis no âmbito do direito do trabalho é, segundo Júlio Gomes, particularmente delicado “porque o direito civil parece ter tomado como paradigma, nos contratos onerosos, a compra e venda e o contrato de trabalho teria uma dimensão pessoal resultante da participação da própria pessoa do trabalhador na execução da sua prestação, de modo subordinado” (Gomes, 2007: 23). Segundo a sua análise, o direito do trabalho carece cada vez mais de coerência interna, tornando-se crescentemente opaco e perdendo consciência da sua própria diferença, pelo que regressa, gradualmente, ao seio do direito civil, com o qual, aliás, se assemelha em medida crescente. Uma das grandes questões na crise de identidade do direito do trabalho advém de outros ramos, como sejam o direito comercial ou o direito civil, conterem hoje regulamentação de situações tão ou mais carenciadas de tutela do ponto de vista social do que a de certos trabalhadores subordinados, mas recusarem-se a permitir que o direito do trabalho

as regulamente (*idem*). Surgem assim, universos paralelos onde coabitam os laços laborais precários.

Para além disso, a esfera laboral comporta em si as consequências de um mundo onde a repartição dos papéis entre lei e contrato transforma-se (Supiot, 2005: 128). Muitas das questões assumidas anteriormente pela lei, são agora remetidas para o contrato e para a negociação, conduzindo a um esvaziamento das leis de regras substanciais em benefício de regras de negociação. Este movimento (dito de processualização), segundo Alain Supiot transporta para a esfera contratual, as questões concretas e qualitativas que eram anteriormente reguladas pelo estado.

O problema reside no facto desta contratualização levar a uma diversificação do regime jurídico do contrato segundo o seu objecto, isto é, “a um pululamento de «contratos especiais»”, multiplicando as hipóteses de conflitos de interesse e levando à necessidade de uma deontologia contratual (Supiot, 2005: 128). É sob este patamar que se desenvolve a problemática dos falsos trabalhadores independentes, dado que o que está em jogo é a forma como os diferentes contratos colocam em cache a subordinação voluntária dos indivíduos, mas ao mesmo tempo, o modo como se adaptam às situações específicas, fazendo prever uma manipulação dos direitos que é aceite, visto que está ao abrigo deste “direito do trabalho”. A particularidade desta contratualização jaz no que Supiot denomina de “novos híbridos que organizam a enfeudação dos seus membros aos interesses de outrem”, contratos que subordinam as pessoas sem as privar da liberdade e da responsabilidade que constituem o essencial do seu valor (cf. Supiot, 2005: 130). A questão é que “combinando a liberdade com a servidão, a igualdade com a hierarquia, eles atacam de flanco o Direito do Trabalho e o Direito da Responsabilidade e abrem caminho a formas inéditas de poder sobre os homens” (Supiot, 2005: 130)³².

Logo, a contraposição entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviços ao ilustrar este “ataque de flanco” ao direito do trabalho de que nos fala Alain Supiot, constitui-se num indicador evidente de um novo híbrido que anula as fronteiras entre o direito do trabalho e o direito civil. Daí a relevância desta temática para o presente trabalho, pois os falsos trabalhadores independentes veem a sua relação laboral, a qual assenta nos pressupostos de um contrato de trabalho, transformada numa relação baseada num contrato de

³² Alain Supiot engloba esta análise partindo da concepção de dois tipos de contratos: os contratos de dependência e os contratos dirigidos. Os contratos de dependência sujeitam a actividade de uma pessoa aos interesses de uma outra (onde se inserem os “novos híbridos”). Os contratos dirigidos não visam unicamente a conciliação de interesses próprios das partes no contrato, como servem, igualmente, a realização de um interesse colectivo (cf. Supiot, 2005: 130-131).

prestação de serviços dado que preenche melhor as necessidades dos empregadores visto não estarem ao abrigo de quaisquer protecções.

Deste modo, e identificando a distinção entre os dois tipos de contrato, o “contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta”, lê-se no artigo 1152.º do Código Civil (*in* Amado, 2009: 11). Enquanto que o contrato de prestação de serviço é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”, pode ler-se no artigo 1154.º, admitindo-se, ainda, no artigo 1156.º, a existência de modalidades atípicas de prestação de serviço (*in* Amado, 2009: 63). Como refere João Leal Amado, o “verdadeiro critério distintivo reside, no fundo, na (in) existência de subordinação jurídica entre as partes da relação: se esta existir, aí teremos um contrato de trabalho; se esta não existir, aí teremos uma qualquer modalidade de contrato de prestação de serviço” (Amado, 2009:64). É aqui que reside o carácter dúbio da questão que auxilia a precariedade laboral, no sentido que do ponto de vista jurídico, a sua combinação com as normas do direito civil conferem outros contornos jurídicos ao fenómeno estabelecendo “zonas cinzentas de demarcação difícil” agravando-se por a subordinação jurídica ser uma “noção de geometria variável” que foi modificada ao sabor da flexibilização. A questão torna-se, ainda, mais complexa, por existir “um desiderato de mascarar a natureza subordinada da relação por parte dos respectivos sujeitos”, sendo este um dos grandes desafios colocados ao direito do trabalho (cf. Amado, 2009: 65).

O direito do trabalho vê-se confrontado com uma realidade onde de facto não actua legalmente, contudo, essa mesma realidade encontra-se camuflada por elementos jurídicos que encobrem uma relação de subordinação jurídica, dando origem a situações de semi-dependência submetidas a uma aplicação selectiva das regras ou princípios do direito do trabalho (cf. Supiot et al, 2003: 25). De certo modo, o que está verdadeiramente em causa é a fuga à aplicação da legislação laboral, pois se o direito do trabalho existe e protege os trabalhadores dependentes (por exemplo, proibindo os despedimentos sem justa causa), logo, do ponto de vista patronal o melhor é não haver vínculo de dependência. Daqui advém o fenómeno da chamada “fuga ao direito do trabalho” ou “fuga ilícita para o trabalho autónomo” através da dissimulação fraudulenta de uma relação de trabalho subordinado sob a capa de um falso trabalho independente, prestado ao abrigo de um suposto contrato de prestação de serviço. Sendo o único intuito o de contornar a legislação laboral, esta simulação

fraudulenta que por via do mecanismo de deslaboralização do contrato de trabalho força a “cooperação do trabalhador no acordo simulatório” (cf. Amado, 2009: 67-68).

É portanto, sob este ponto, que se desenvolve o debate central a este trabalho, pois o direito do trabalho vê-se substituído por princípios do direito civil, contudo, tal só é possível pela selectividade operada pelas entidades patronais, que optam assim, por um contrato de prestação de serviços, ao invés de honrar a o vínculo laboral baseado num contrato de trabalho. Daí a afirmação de estarmos perante um uso alternativo *ao* direito do trabalho, e não de um uso alternativo *do* direito do trabalho.

Esta relação reveste-se, ainda, de outras características particulares devido à ambiguidade do consentimento do trabalhador sobre a sua própria situação, um consentimento que não o é na realidade, visto resultar de pressões exteriores que o forçam. Este ponto é pertinente, pois na actualidade as relações laborais constroem-se, em muitos casos, tendo por base a falta de alternativa e o medo, elementos que iremos analisar de seguida.

3.2 “O falso consentimento”

De um ponto de vista sociológico, as relações laborais estabelecidas juridicamente de acordo com as regras do contrato de prestação de serviços, enquanto simulação de uma relação de facto de trabalho dependente, evidenciam uma capacidade de exercício do poder por parte dos empregadores muito intensa, na medida em que o trabalhador também participa no estabelecimento daquele vínculo contratual (Ferreira, 2012a).

Logo, são de extrema relevância as questões ligadas à qualificação dos contratos em causa, nomeadamente, a relativa à prova da existência de uma relação de trabalho subordinado por ser decisiva em matéria de efectividade do direito do trabalho (Amado, 2009:69). Apesar dos movimentos sociais como o FERVE e os *Precários Inflexíveis*, e da pressão dos sindicatos, o recurso a este expediente manipulatório e dissimulado visando a contratação de trabalhadores permanece bem institucionalizado entre nós. Ele é mais um exemplo de como as normas do direito do trabalho, neste caso, o princípio da subordinação, obediência a horários de trabalho regular, utilização de instrumentos e meios, propriedade de facto do beneficiário da prestação etc, são iludidos pela falsa figura da autonomia (Ferreira, 2012a). Trata-se de um fenómeno comum à generalidade das formas de trabalho precárias e de duração limitada que neste caso é mais grave, pois além de se verificar o poder normal de direcção do empregador, este tem ainda a possibilidade de dar ou não seguimento a uma

relação que pode ser, na verdade, de trabalho subordinado. Mediante esta prática o empregador dispõe de um instrumento para condicionar o comportamento dos trabalhadores que, assente num critério da subordinação jurídica fictício, pode criar a expectativa de contrato de trabalho (Rebelo, 2003: 16-17).

A maior especificidade desta relação laboral reside na cooperação do trabalhador face à manipulação do empregador no vínculo laboral, dado que o maior prejudicado com o “acordo simulatório” é o próprio trabalhador.

O consentimento³³ do trabalhador é, portanto, ponto que merece consideração na opção deste vínculo laboral dissimulatório. Quanto a esta questão, o autor Guy Standing (2000) elaborou um estudo sobre os modos de controlo³⁴. Colocando na linha da frente controlo como subordinação, se seguirmos o estudo do autor, este afirma que os modos de controlo atuam em vários níveis e que as reacções dos indivíduos que realizam o trabalho podem depender de diversos factores. O importante é que a negociação é resultado tanto do controlo como das reacções, mediadas pela consciência do trabalhador. Standing identifica quatro tipos de consciência: 1) a consciência subordinada; 2) a consciência dependente; 3) a consciência emancipatória; e 4) a consciência *bourgeois*. Neste ponto, destacam-se as duas primeiras. A consciência subordinada define-se pela aceitação do trabalhador da legitimação do poder pelos grupos dominantes, pensando que este controlo é socialmente justo ou necessário. Quanto à consciência dependente, esta caracteriza-se pela percepção da pessoa em ser dominada, mas que se adapta à situação, visto não ter outra alternativa possível. O seu argumento é que não seria realista postular que as relações laborais são meramente sistemas de comando ou que podem ser traduzidas em relações de mercado estandardizadas, a consciência é sempre a variável intermediária (Standing, 2000: 30). Portanto, parte-se do pressuposto que a consciência dependente é a que predomina na relação contratual de prestação de serviços. A questão de não haver alternativa opera, muitas vezes, através do medo. O conceito de medo aqui utilizado vai no mesmo sentido em que é formulado por António Casimiro Ferreira em *Sociedade da Austeridade e direito do trabalho de exceção* (2012). O autor argumenta que o medo se tornou numa questão de poder e de legitimação, transformando-se em mais um mecanismo de sublimação das questões públicas em problemas biográficos, ao interferir em contextos sociais marcados pelo individualismo neoliberal, onde

³³ Michael Burawoy (1979) analisou, igualmente, o consentimento na forma como a extracção da mais-valia se efectuava pela invisibilidade do controlo da organização do trabalho, permitindo legitimar o processo de trabalho e, assim, o consenso activo por parte dos trabalhadores na sua própria exploração.

³⁴ Conferir Guy Standing (2000) em *Modes of Control*.

se minimiza o peso da proteção social e maximiza a insegurança individual (Bauman *cit. in* Ferreira, 2012: 55). O medo torna-se instrumental para a prossecução dos interesses dos que procuram uma intensificação do controlo social e de uma legitimação da desigual distribuição do poder e do bem-estar (Ferreira, 2012: 55). Neste sentido, o medo transforma-se em formas de consentimento ativo ou passivo, intencional ou não intencional, assentes na gestão das motivações e expectativas dos indivíduos (Sciulli, 1992).

Não é irrelevante o facto do próprio livro ser acerca do contexto de austeridade e tudo aquilo que este produz direta ou indiretamente. Uma assunção é de que o medo³⁵, agora num cenário de crise, é cada vez mais um recurso na esfera laboral, em que o direito do trabalho se pauta, exatamente, pela sua “excepcionalidade”. Nesta medida, recorre-se ao direito do trabalho como um dos principais agentes na reabilitação constante de um modo de acção capitalista, tocando especificamente, nas suas funções.

Capítulo 4: As funções do direito do trabalho na actualidade

Introdução

Se o carácter do direito do trabalho se vai alterando com as transformações sociais e económicas, bem como, com a evolução da legislação laboral, fica claro que também as suas funções sofrem transformações. Partindo do princípio geral de que o direito do trabalho caracteriza-se pela protecção da parte mais fraca, este é também dotado de outras funções igualmente importantes para um equilíbrio justo entre trabalhador e empregador. Por isso mesmo, pontuam-se três questões nesta temática. A primeira é a de que as suas funções descaracterizam-se perante uma ideologia neoliberal que transforma o seu carácter protector, colectivo e institucionalizado em mais um mecanismo a favor dos mercados financeiros. O que nos conduz à segunda pela forma como estas três novas funções desvirtualizam a sua verdadeira essência, sendo neste ponto seminal o trabalho de António Casimiro Ferreira na

³⁵ Num dos vários blogs existentes a propósito dos falsos recibos verdes, tendo como objectivo a luta contra esta realidade precária, muitos dos testemunhos que se podem ler sintetizam-se neste excerto retirado de um deles: “estar a falsos recibos verdes é não poder falar com o patrão sobre as condições em que trabalhamos porque temos medo de sermos despedidos, é trabalhar mesmo quando estamos doentes ou quando temos de dar apoio à família, é não termos direito a férias, é não termos direito a seguro de trabalho pago pela entidade empregadora, e, se nos despedirem, não termos direito a subsídio de desemprego.” (<http://leicontraaprecariedade.blogspot.pt/p/artigo-2.html>)

identificação das mesmas: a função de organizar as relações de poder; a função simbólica; e a função económico-instrumental. Esta última conduz-nos à análise de uma concepção do “direito do trabalho subversivo” marcado não por uma forte dimensão social, mas por uma persistente dimensão económica.

4.1 As reais funções do direito do trabalho e a sua transformação

O direito e os seus princípios remetem para um imaginário jurídico onde se sublinha a previsibilidade, a segurança jurídica, a confiança e a estabilidade, todavia, o direito ao fazer parte do processo de transformação das sociedades, deixa-se embutir pela racionalidade instrumental das análises custo-benefício que diluem os objectivos sociais e as obrigações políticas do Estado social. Há autores que entendem a abertura do direito à sociedade como incorporação das transformações do Estado e da sociedade, conduzindo à constatação de que a institucionalização da sociedade precária (Paugam, Castel) ou líquida (Bauman), marcadas pela flexibilidade, atipicidade, insegurança e incerteza correspondem à institucionalização de um direito precário ou líquido (Ferreira, 2012a). Face a este contexto, o direito dificilmente pode assegurar ou reconstruir as fundações e a estabilidade dos factores políticos requeridos pela coesão social e pelos princípios da justiça distributiva e social pelas quais se pautou no quadro do Estado social. O direito, ao interiorizar a liquidez e a precariedade sociais na razão jurídica, recorre instrumentalmente a técnicas como as da desregulação, devolução e flexibilização, que o afastam, uma vez mais, da esfera política e da sociedade como um todo³⁶ (idem).

Logo, à luz destas considerações, o direito do trabalho pode ser definido como um ramo moderno do direito associado à revolução industrial, às lutas entre o capital e o trabalho, e à questão social com um propósito regulador da nova ordem económica, social e política (Leite, 1982: 40 e ss), pelo que fica claro a influência que sofre da sociedade e vice-versa. A sua especificidade levou Pierre Bourdieu a considerá-lo um “subcampo” do direito (1989: 234), afastando-o dos cânones civilísticos constitutivos do núcleo duro da estrutura jurídica. Sendo um “direito achado” na rua, as funções desempenhadas pelo direito do trabalho estão em estreita relação com as suas especificidades construídas através do distanciamento face ao modelo civilístico e positivista do direito.

³⁶ Acompanha-se parcialmente a argumentação de Jiri Priban (2007:1).

De um modo geral, o direito tem como funções a orientação social, no sentido que este não é somente uma regra como também uma orientação geral de conduta exercida através da influência recíproca entre os membros de um grupo coordenados institucionalmente, edificando uma certa estabilidade e segurança jurídicas; o tratamento de conflitos, dado que tem como objectivo tradicional dirigir os contrastes das partes institucionalmente predeterminadas, criando modelos e esquemas tanto materiais como processuais para a sua resolução; e por último, a função de legitimar o poder, significando que os que detêm capacidade de decisão fazem uso do direito para conseguir o consenso sobre a mesma, ou seja, trata-se de legitimar o poder de decisão dos que governam, e logo, possuem o poder político (cf. Ferrari, 1989: 111-116). Tendo presente estas funções, cabe ao direito do trabalho, desempenhar tarefas específicas sobre a área laboral.

Segundo António Monteiro Fernandes, ao direito do trabalho estão entregues três³⁷ funções básicas. A primeira decorre da necessidade de compensar a debilidade contratual originária do trabalhador no plano individual. Objectivo prosseguido pela limitação da autonomia privada individual do empregador, isto é, pelo condicionamento da liberdade contratual barrada pela definição normativa de condições mínimas de trabalho. A juridificação e a vontade do legislador suprem o défice de um dos contraentes (cf. Fernandes, 1999: 24-25). Ainda de acordo com o autor, tendo em conta a subordinação e a dependência económica do trabalhador susceptíveis de limitar ou eliminar a sua capacidade de exigir e fazer valer os seus direitos na dinâmica da relação laboral, o ordenamento laboral estrutura e delimita os poderes de direcção e organização do empregador submetendo-os ao controlo externo (administrativo, judicial e sindical). Trata-se da função tuitiva ou tutelar de protecção da parte mais débil da relação laboral, de obstáculo à ditadura contratual, identificada por João Leal Amado (2009: 16)³⁸. A segunda decorre da transferência do momento contratual fundamental do plano individual para o colectivo. O reconhecimento da liberdade sindical e da autonomia colectiva e o favorecimento da regulamentação do trabalho por via da contratação colectiva tendem a reconduzir o contrato individual a um papel restrito: o de simples facto gerador da relação de trabalho sem influência significativa nos termos em que

³⁷ O autor refere ainda outras duas funções desempenhadas pelo direito do trabalho: a de promover a específica realização no domínio das relações laborais de valores e interesses reconhecidos como fundamentais na ordem jurídica global e a de padronização das condições de uso da força de trabalho em relação ao funcionamento da economia.

³⁸ A função protectora decorre da tentativa de “impor” reciprocidade nas relações laborais, pressupondo a limitação da liberdade contratual associada ao livre jogo da concorrência no mercado de trabalho. Daí a sua estreita relação com a função de orientação social de condutas, atitudes e expectativas por parte dos trabalhadores, tendo por horizonte possível a justiça distributiva, a equidade, o respeito e a democraticidade.

ela se desenvolverá. A terceira identifica as instituições do mundo do trabalho. O direito do trabalho estrutura um complexo sistema de tutela dos direitos dos trabalhadores que tende a suprir a sua diminuída capacidade individual de exigir e reclamar. Dele fazem parte a inspecção-geral de trabalho, os tribunais de trabalho, o direito processual laboral e a acção sindical (cf. Fernandes, 1999: 23-28)³⁹.

Estas três funções básicas resultam, de modo geral, em três características do direito do trabalho, realçando o seu carácter protector, colectivo e institucionalizado. Todavia, a análise que aqui se segue acompanha a abordagem de António Casimiro Ferreira que identifica as funções do direito do trabalho numa lógica neoliberal, transformando a verdadeira essência destas três características⁴⁰. O seu argumento é que a correlação de forças sociais criou, desde a década de 70, condições para uma nova interdependência entre o direito e a sociedade capaz de subverter os princípios estruturadores do direito do trabalho (Ferreira, 2012: 88). Na lógica do seu raciocínio, o “campo jurídico” consagra agora a visão legítima do princípio do mercado, ao invés de estabelecer uma estreita relação com o “campo social”, ficando a cargo do “campo do poder” tornar-se intermediário deste ao “campo económico”. Em suma, “a ação do direito resultante desta conexão é a legitimidade do mercado sobre todas os componentes da sociedade” (Ferreira, 2012: 88). O autor identifica três principais funções: a função económico-instrumental; a função de organizar as relações de poder na esfera laboral; e a função simbólica. Iremos identificar as duas últimas, deixando para último a função económico-instrumental.

4.2 “A função de organizar as relações de poder”

Deste modo, a função de organizar as relações de poder, diz respeito, naturalmente, ao modo como o poder é gerido nas relações laborais. Como refere Otto Kahn-Freund, o direito é uma técnica de regulação do poder social, aquele que em todas as sociedades determina a subordinação e a obediência de alguns dos seus membros a outros (cf. Kahn-Freund, 1972: 4).

³⁹ O autor refere ainda outras duas funções desempenhadas pelo direito do trabalho: a de promover a específica realização no domínio das relações laborais de valores e interesses reconhecidos como fundamentais na ordem jurídica global e a de padronização das condições de uso da força de trabalho em relação ao funcionamento da economia.

⁴⁰ O autor parte destas três funções de forma a observar o modo como o direito do trabalho de excepção se assume, no contexto de austeridade, ele próprio um instrumento repercussor da ideologia neoliberal. Tendo presente este facto, tomamos de empréstimo o argumento de que as funções do direito do trabalho estão, de um modo geral, sob a influência das forças dos mercados financeiros, sendo visível no modo como este é “utilizado” nas relações laborais.

O que nos diz António Casimiro Ferreira é que através desta evidência sobre as questões do poder estarem no coração do direito do trabalho, estas manifestam-se de uma forma muito emblemática através das combinações entre subordinação e liberdade e entre subordinação jurídica e dependência económica (cf. Ferreira, 2012: 99). A questão de fundo centra-se na forma como, agora, o direito do trabalho contribui para o desequilíbrio do poder entre trabalhadores e empregadores, diminuindo a capacidade dos segundos, e acentuando os efeitos negativos da subordinação e submissão voluntária. Daqui se retiram duas notas caracterizadoras: a simultânea individualização e descolectivização das relações laborais (analisadas no ponto anterior), matéria particularmente delicada por ultrapassar o cânone de uma disputa jurídica acerca do estatuto civilista ou social do direito do trabalho, por ser num particular equilíbrio existente entre liberdade individual do trabalhador e liberdade coletiva dos trabalhadores que residem as potencialidades da vida democrática na esfera laboral, o que está em causa é a introdução do ponto de vista substantivo modificações que favorecem a transformação da estrutura de poder nas relações laborais, nelas introduzindo uma lógica de neoliberalização. O que corresponde à fragmentação dos coletivos laborais e à intensificação dos processos de diferenciação da contratação, da execução e extinção das relações laborais, orientadas por princípios mercantis (cf. Ferreira, 2012: 100-101).

A título ilustrativo, o *Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego* (2012) que contem as novas medidas em relação à esfera laboral, o ponto comum entre elas é o facto de ser dado ao empregador um maior poder de decisão nas matérias que dizem respeito à regulação das relações laborais. Vejamos o caso do despedimento e do “célebre” banco de horas de trabalho. Quanto ao primeiro, passa a ser mais fácil despedir, seja por extinção do posto de trabalho ou por inadaptação. Quanto à extinção do posto e trabalho, o empregador fica com a "possibilidade de fixar um critério relevante não discriminatório face aos objectivos subjacentes à extinção, que permita seleccionar o posto de trabalho a extinguir" (*Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego*, 2012: 43). No caso do despedimento por inadaptação, vão ser reduzidos os prazos de consulta e pode ocorrer mesmo sem modificações no posto de trabalho, basta que se verifique "uma modificação substancial da prestação realizada pelo trabalhador, de que resulte, nomeadamente, a redução continuada da produtividade ou de qualidade, avarias repetidas nos meios afectos ao posto de trabalho ou riscos para a segurança e saúde do trabalhador, dos trabalhadores ou de terceiros" (*idem*: 44). Acresce que tanto no despedimento por extinção do posto de trabalho como por inadaptação, fica eliminada a obrigação de colocação do trabalhador em posto compatível (*Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego*, 2012: 43).

Quanto ao segundo, a preocupação é dar “às empresas uma capacidade cada vez mais elevada de adaptação às necessidades” em termos de horários de trabalho, com vista a “uma melhor utilização dos recursos” (cf. *Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego*, 2012: 39). Mas o resultado prático será uma redução do custo da força de trabalho para a mesma produção. Os “bancos de horas” - horas de trabalho a mais compensadas de forma a acordar - passam a ser possíveis por mero acordo entre trabalhador e empregador, quando o Código do Trabalho o prevê apenas por contrato colectivo. Todas estas medidas têm, durante os próximos dois anos, “carácter imperativo” relativamente aos instrumentos de regulamentação colectiva ou contratos de trabalho afirmando ser necessário “eliminar, com carácter imperativo, relativamente a IRCT’s ou contratos de trabalho, o descanso compensatório, assegurando-se, em qualquer caso, o descanso diário e o descanso semanal obrigatório” (*Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego*, 2012: 40). Para além disso, haverá uma alteração no regime de feriados e férias. O número de feriados obrigatórios a acabar passou a ser entre "três a quatro". Acresce que, "sempre que os feriados coincidirem com os dias terça ou quinta-feira, o empregador pode decidir proceder ao encerramento, total ou parcial, do estabelecimento ou da empresa nos dias de ponte" e abate esses dias aos dias de férias dos trabalhadores ou a ser compensado pelo trabalhador (cf. *Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego*, 2012: 41).

4.3 “A função simbólica”

Por seu turno, a função simbólica do direito do trabalho é considerada a mais ampla porque se relaciona com todo o sistema social. Aqui se evidencia a capacidade de socialização que os valores e orientações do direito do trabalho exercem sobre as relações laborais, fixando critérios e atribuindo um conteúdo funcional ao trabalho, normativamente enquadrado. Em termos simbólicos, o direito do trabalho constitui-se num referencial simultaneamente de regulação e de confiança, enquanto fenómeno social, ele é marcado por dimensões estruturais e fenomenológicas, patentes, por exemplo, nas tensões que contrapõem a efetividade à inefetividade, e a segurança à insegurança. Questão interessante é que o direito assume-se, simultaneamente, como fonte de tranquilidade, mas também de medo e ansiedade (cf. Ferreira, 2012: 104-105). Como refere o autor “o direito do trabalho protagoniza esta forma tensa e inquietante de relacionamento entre os indivíduos e as normas, afirmando o valor simbólico da proteção dos trabalhadores face ao medo da exploração desenfreada” (Ferreira,

2012: 105). Além disso, a ansiedade gerada pela inefetividade das normas jurídicas é de particular relevância no domínio laboral, por este ser marcado pela enorme discrepância existente entre o *law in books* e o *law in action*. O que Casimiro Ferreira sugere é que as transformações a que se assiste no direito do trabalho produzem um medo crescente nos trabalhadores, quer por este gerar incerteza devido ao sentido liberalizante da sua reforma quer porque o tipo de regulação a que dá origem é ela própria fonte de incerteza (cf. *idem*).

Neste sentido, pode dar-se como exemplo o fenómeno recente do *mobbing* ou assédio moral. O *mobbing* define-se “como uma prática insana de perseguição, metodicamente organizada, temporalmente prolongada, dirigida normalmente contra um só trabalhador que, por consequência, se vê remetido para uma situação indefesa e desesperada, violentado e frequentemente constrangido a abandonar o seu emprego, seja por iniciativa própria ou não” (Redinha, 2003: 3). Segundo Maria Redinha (2003: 2) a presente configuração das relações laborais tem propiciado o aumento dos comportamentos assediantes motivados pela intensificação dos ritmos de trabalho, a gestão por objectivos, a pressão competitiva, a flexibilidade laboral, o distanciamento e anonimato da direcção da empresa e os vínculos precários. Ponto singular é que os trabalhadores mesmo estando inseridos num contrato de trabalho legal ao abrigo do direito do trabalho, vêm-se numa situação de extrema vulnerabilidade, dado à sua impotência face a valores supremos como a competitividade e a produtividade. A este propósito, um dos primeiros teorizadores sobre o fenómeno do *mobbing*, Heinz Leymann, afirma que o local de trabalho se constitui no “último campo de batalha no qual alguém pode aniquilar outrem sem qualquer risco de chegar, sequer, a ser processado” (Leymann cit. *in* Redinha, 2003: 1). Do mesmo modo, também Marie-France Hirigoyen, que se debruça especificamente sobre o fenómeno do *mobbing*, afirma que trata-se de uma guerra psicológica no local de trabalho que encerra o abuso de poder e a manipulação perversa (Hirigoyen, 1999:62). O que se associa ao facto de muitas vezes, o assédio acontecer quando a vítima reage ao autoritarismo de um chefe e recusa subjugar-se, significando por isso, que é a sua capacidade de resistência à autoridade apesar das pressões que a torna alvo do assédio (*idem*: 64). Existe, por isso, uma certa tensão entre a protecção do direito do trabalho e a realidade do indivíduo perante a sua situação de trabalho.

4.4 “A função económico-instrumental”

Resta-nos, portanto, a função económico-instrumental do direito do trabalho que este desenvolve ao proceder à regulação jurídica das relações laborais no quadro de uma economia de mercado. De um modo geral, está-se perante a função que legitima definitivamente o paradigma laboral de que o trabalho é uma mercadoria, e que, portanto, o trabalhador enquanto tal é uma pessoa sem direitos, uma coisa, uma coisa jurídica, um objeto de direitos sem direitos de pessoa (cf. Ferreira, 2012: 89-90). A análise coloca em confronto dois elementos que pontuam a relação laboral, *status* e contrato, que por serem antagónicos e marcarem entendimentos diferentes de sociedade, direitos e indivíduos, matizam historicamente a regulação jurídica do mundo do trabalho. O que acontece no momento actual, é que com o neocontratualismo laboral, a crise da conceção unitária de contrato de trabalho e a multiplicação de fórmulas legais híbridas entre trabalho dependente e independente têm, assim, materializado o “sonho de muitos empregadores de poderem dispor de uma força de trabalho sem trabalhadores assalariados” (Countouris cit. in Ferreira, 2012: 93). O equilíbrio outrora existente associado ao papel do direito do trabalho dá lugar a um direito do trabalho de feição contratual que privilegia o trabalho como mercadoria e minimiza os direitos a ele associado, existindo agora uma “balcanização das formas de emprego e uma promoção do contrato, em detrimento do estatuto adquirido pelos trabalhadores” (Supiot cit. in Ferreira, 2012: 93). O declínio deste modelo binário assenta na diluição ou recombinação das formas de trabalho dependente e independente ao longo de um *continuum* de categorias, como sejam o trabalho intermitente, a parassubordinação, “falsos autónomos”, trabalho à chamada, trabalho temporário, etc (cf. Countouris cit. in Ferreira, 2012: 93). De um modo geral, tal como nos diz António Hespanha, a negociação deve ser fomentada pelo direito (e não impedida, limitada ou dificultada, tornada onerosa), e a sua intervenção haveria de ser mínima e, nesse mínimo, imitando as normas do mercado (cf. Hespanha, 2007: 201).

A este respeito, e também como exemplo, Alain Supiot ao analisar a implosão dos mercados financeiros em 2008, evidencia um fenómeno que designa por *law shopping*, o qual coloca em estreita relação os custos dos direitos laborais ao identificar os custos de oportunidade ligados ao efeito de fungibilidade do próprio direito (Supiot, 2010). Sob o signo do “Mercado Total”, ao invés da competição estar sujeita à lei, a tendência é sujeitar o direito à concorrência. Na esfera económica, as liberdades associadas à livre troca, isto é, à liberdade de estabelecimento, liberdade em fornecer serviços e à livre circulação de capital e bens, são invocadas como fundamento que permitam aos investidores e às empresas contornar as leis

dos países onde operam, optando por outra jurisdição mais adequada aos seus interesses comerciais⁴¹. Na Europa, esta tendência é activamente promovida pelo Tribunal Europeu de Justiça confirmando o direito das empresas contornarem a lei do estado onde exercem o seu negócio registando-se em outro estado cuja lei é menos restritiva. Num dos seus mais recentes acórdãos a este propósito, o tribunal alegou que “os objectivos em proteger o poder de compra dos trabalhadores e boas relações laborais” não se constituem em políticas públicas suficientes para que justifiquem o comprometimento “da liberdade da prestação de serviços”⁴². o que se verifica é uma visão jurídica do mundo centrada num “mercado de produtos legislativos” aberto à escolha discricionária dos indivíduos, estando livres para recorrer a um qualquer sistema legislativo que seja mais rentável (Supiot, 2010: 156). Por exemplo, a fim de ajudar os “*law shoppers*” a escolherem os melhores produtos no “mercado das normas”, o Banco Mundial tem publicado desde 2004 um relatório anual que avalia a eficiência económica dos sistemas jurídicos nacionais no âmbito do programa *Doing Business*. Especificamente, contem, entre outros, indicadores da rigidez do direito laboral em cada país. Contem também uma tabela com a comparação dos sistemas jurídicos laborais ao nível mundial com base em índices destinados a medir: a dificuldade em contratar, a rigidez de horário, a dificuldade em despedir, a rigidez no emprego, e os custos de contratação e despedimento. Desta perspectiva, “dificuldade” e “rigidez” referem-se à regulação, enquanto o “custo” diz respeito aos direitos que protegem os trabalhadores. A “formalização deste mercado legislativo” é projectado gradualmente de modo a eliminar os sistemas regulatórios que falham quanto às expectativas dos investidores financeiros. Supiot vai mesmo mais longe, afirmando que a competição entre empresas pelos benefícios dos mercados financeiros não se restringe somente à esfera económica, como também se assume como princípio organizador da esfera jurídica (Supiot, 2010: 156-167).

Esta caracterização do mundo do trabalho pinta um cenário onde a mobilização, apropriação e utilização do direito do trabalho através das práticas sociais de muitos empregadores, assentes nos poderes fácticos e orientadas pela seletividade, dissimulação, simulação e fraude à lei, subvertem as funções do direito do trabalho criado para a protecção dos trabalhadores (cf. Ferreira, 2012: 94). Deste modo, o carácter do direito do trabalho altera-se passando à forma de direito do trabalho subversivo.

⁴¹ Os casos Viking, Laval e Ruffert são os exemplos mais claros quanto a esta “nova” política. A propósito, a análise destes casos pode ser consultada em: <http://www.lavalvikingruffert.eu/>.

⁴² Caso C-319/06, 19 Junho de 2008, *Comissão das Comunidades Europeias v. Grand Duchy of Luxembourg*, p. 53 (cit. in Supiot, 2010: 156).

4.5. Direito do trabalho subversivo

Quando se insiste na necessidade de prestarmos mais atenção à forma como o direito do trabalho é mobilizado, significa que não se trata simplesmente de se saber como o direito do trabalho alcança os seus objectivos previamente definidos, mas sim como as pessoas ajustam os seus comportamentos e práticas sociais, e convivem com ele. Por outro lado, deve também verificar-se as diferentes interações e impactos do direito do trabalho, em vários aspectos das relações laborais, dos mercados de trabalho e dos resultados organizacionais decorrentes da competitividade e produtividade. É neste sentido, que os autores Nelson, Berrey e Nielson fazem referência que em determinados contextos organizacionais o direito do trabalho fica comprometido pela *managerialização* e interesses económicos das próprias organizações (cf. Ferreira, 2012a). Neste caso, a mobilização do direito do trabalho é perspectivada na óptica dos interesses do empregador e orientada por objectivos sociais como sejam o do aumento da produtividade, da competitividade e adaptabilidade com os consequentes ajustamentos em domínios como o da contratação de mão-de-obra, horário de trabalho, salários etc. A interpretação reflexiva do conjunto de regras e recursos normativos por parte dos empregadores coloca a possibilidade do processo de mobilização do direito conduzir a uma reconfiguração entre normas sociais e jurídicas na esfera laboral. António Casimiro Ferreira evidencia que a “conjugação entre as tendências gerais de flexibilização jurídica do direito do trabalho e a especificidade dos contornos com que entre nós se institucionalizou um padrão de violação do mesmo coloca-nos perante um *back flip* normativo de liberalização do contrato de trabalho assente no modelo de aplicação do direito do trabalho subversivo que rompe com o pressuposto da existência de uma tendencial concordância entre expectativas e práticas sociais e jurídicas promovida pelo processo de socialização jurídica e por uma orientação valorativa dos atores sociais tendo por referência o direito” (Ferreira, 2012: 94). Esta longa citação serve para mostrar que o direito do trabalho subversivo, mais não é do que um “uso alternativo do direito” que regula positivamente os interesses do funcionamento dos mercados, à custa da protecção dos direitos dos trabalhadores. O autor define-o como um modelo de aplicação do direito por parte dos empregadores que assenta numa mobilização não-democrática e num uso alternativo do mesmo orientado pelos valores do mercado, de que resulta a inefetividade dos princípios protetores do direito do trabalho por relação aos trabalhadores (cf. Ferreira, 2012: 96; 2012a).

A este respeito torna-se pertinente fazer uma consideração, dado que este uso alternativo *do* direito do trabalho é diferente do uso alternativo *ao* direito do trabalho que tem sido destacado ao longo deste trabalho. A questão é que com o direito do trabalho subversivo está-se perante um novo padrão de dominação utilizando a trivialização do trabalho indigno e naturalização da inefectividade dos direitos laborais, actuando através de um modelo regulatório que combina a não aplicação do direito (cf. Ferreira, 2012: 96-97), daí tratar-se de um uso alternativo *do* direito do trabalho. Pode observar-se o direito do trabalho subversivo sob a forma da sucessão de contratos a termo, e de uma forma mais extensa, nas diferentes modalidades de precarização dos vínculos laborais como é o caso do trabalho a tempo parcial involuntário, do alargamento do horário de trabalho não remunerado, da assinatura de cláusulas contratuais desfavoráveis ao trabalhador etc. Enquanto que o uso alternativo *ao* direito do trabalho expressa-se pela aplicação selectiva do direito, simbolizado na problemática dos falsos trabalhadores independentes através da contraposição e tensão, entre o contrato de trabalho ao abrigo do direito do trabalho, e o contrato de prestação de serviços ao abrigo do direito civil.

O direito do trabalho subversivo chama a para as concepções legalistas do direito do trabalho poderem caucionar um modelo de regulação das relações laborais assente no princípio da concordância entre a legitimidade do direito estatal e a efectividade da ordem legal que dela emerge. Os processos de utilização do direito que permitem a universalização e generalização da violação massiva dos direitos laborais tornam-se numa interpretação sociojurídica acerca da naturalização de práticas ilegais como padrão normal de legitimidade, o que conduz a uma discussão dos princípios de legitimidade e de legalidade (Ferreira, 2012: 96). Fazendo recurso do que António Casimiro Ferreira designa de “efeito Al Capone”, faz com que os objectivos do sucesso, da livre iniciativa, da competitividade e produtividade se incompatibilizem com a finalidade protectora do direito do trabalho, e em seu lugar utiliza-se como meio uma aplicação ludibriante das suas normas por parte dos empregadores⁴³, e que é bem exemplificado pelos conceitos de simulação e de fraude à lei⁴⁴. No actual contexto, o desequilíbrio entre os fins e os meios culturais torna-se crescentemente instável devido à tendência para a mercantilização das relações laborais. Como refere Merton o triunfo da inteligência amoral sobre o “fracasso” que a moral prescreve quando se observam as regras do

⁴³ O exemplo de Al Capone é utilizado por Merton para ilustrar o desequilíbrio entre fins e meio culturalmente aceites (Merton, 1970:219).

⁴⁴ Joana Nunes Vicente em *A fuga à relação de trabalho (típica): em torno da simulação e da fraude à lei* (2008) desenvolve uma interessante análise do recurso à simulação jurídica e à fraude à lei no domínio laboral, vincando as suas consequências para a deslaboralização formal dos vínculos contratuais.

direito do trabalho premeia a “inovação” e o sucesso do desvio (Merton cit. in Ferreira, 2012a). Com efeito, a simulação e a fraude à lei assentam em processos de interações sociais onde de uma forma coerciva e manifesta se exige a publicidade e exteriorização da formulação da vontade e da motivação dos trabalhadores sob a forma de assinatura nos contratos. O direito do trabalho subversivo encontra, ainda, concordância na expressão do fascismo contratual de Boaventura de Sousa Santos (2006:311), situação que ocorre quando a diferença de poder entre as partes é de tal ordem que a parte mais fraca, vulnerabilizada por não ter alternativa ao contrato, aceita as condições que lhe são impostas pela parte mais poderosa, por mais onerosas e despóticas que sejam (cf. Ferreira, 2012a).

Este manto de alterações dá origem a desequilíbrios que se manifestam no modo como o indivíduo gere a sua vida, e por isso, espelha-se na importância do direito na vida dos indivíduos.

III Parte

Capítulo 5: Vulnerabilidade e Direito

Introdução

Pensar o direito e a vulnerabilidade como faces da mesma moeda pode causar espanto, mas se colocarmos em estreita ligação o carácter positivo do direito e a subjectividade da experiência individual, poderemos, então, desfazer tal impacto. Numa forma mais ampla, o conceito de vulnerabilidade pode ser apreendido sob diversas formas, seja pela redução da autonomia dos sujeitos sociais e da sua liberdade, seja em termos coletivos, podendo ser identificado com uma situação de exploração ou desigualdade, facto que está em confronto directo com o conceito de dignidade humana (cf. Soczek, 2008: 20). Enquanto seres humanos precisamos de proteção, e a ideia de vulnerabilidade desafia, continuamente, a ideia do direito como justiça social a ser materializada para a totalidade dos indivíduos. Sendo assim, pretende evidenciar-se em primeiro lugar a importante relação que se estabelece entre o direito e o indivíduo, que aqui identificamos como tendo três elementos marcantes: o reconhecimento; a (inter) subjectividade; e o poder. A pertinência deste ponto recai sobre a demonstração de que os efeitos objectivos produzidos pelo direito, somente se tornam efectivos se estiverem directamente relacionados com a própria subjectividade do indivíduo. Em segundo lugar, neste sentido mais amplo, a vulnerabilidade pode ser determinada sobre diferentes mas complementares perspectivas, aqui apresentadas sob o ângulo teórico de três autores: Martha Fineman, Bryan Turner e Stuart White.

5.1 A subjectividade dos direitos

A relação entre o direito e os indivíduos estabelece a ponte entre a realidade concreta e a experiência subjectiva dos indivíduos. O direito é aqui conceptualizado como imanente aos indivíduos, no sentido que os dota de direitos e os dignifica como pessoa em relação aos outros. Partindo da concepção de que o direito emana da sociedade, este pode definir-se da seguinte forma: “o direito é a relação da pessoa no seu comportamento com os outros, o

elemento geral do seu ser livre ou a determinação, a limitação da sua liberdade vazia. Eu não tenho de forjar ou gizar para mim esta relação ou limitação, pois o próprio objecto é esta criação do direito em geral, isto é, a relação de reconhecimento” (Hegel cit. in Honneth, 2011: 63).

Esta definição permite identificar três elementos constitutivos da relação direito-indivíduo: o reconhecimento; a (inter) subjectividade; e o poder.

Quanto ao reconhecimento, o trabalho de Axel Honneth é o que mais se destaca quanto ao conceito. Na sua ambição de dar fundamento empírico à ideia hegeliana de luta pelo reconhecimento, o autor através da psicologia de G. H Mead parte de um conceito intersubjectivo de pessoa no seio da qual se comprova a possibilidade de uma auto-relação não ser perturbada se corresponder a três formas de reconhecimento: amor, direito e valorização (cf. Honneth, 2011: 8). Dando destaque ao direito, este configura-se como um mecanismo de reconhecimento recíproco fornecendo um quadro analítico a partir do qual é possível estabelecer dois nexos sociológicos fundamentais: o primeiro, o do reconhecimento do direito e do quadro normativo enquanto elementos fulcrais da compreensão de nós próprios e dos outros; o segundo, o da relevância das diferentes combinações existentes entre reconhecimento jurídico e reconhecimento social dos indivíduos. Neste sentido, a invocação de Hegel demonstra que a autonomia individual do particular se deve a um modo de reconhecimento recíproco particular corporizado no direito positivo, enquanto que a de Mead com o conceito do “outro generalizado” sublinha a lógica do reconhecimento jurídico enquanto tal (cf. Honneth, 2011: 149). O direito está inevitavelmente ligado ao reconhecimento dos indivíduos enquanto tal. Uma leitura possível que daqui se pode retirar, é o facto do direito exercer a sua objectividade no reconhecimento da subjectividade dos indivíduos. Os direitos existem quando conseguimos observar nos outros, os mesmos direitos que nos são reconhecidos, generalizando tanto os direitos como os deveres face a essa atribuição.

Uma vez que o conceito de reconhecimento, já por si, pressupõe intersubjectividade, este segundo elemento permeia inevitavelmente, os restantes. Por isso mesmo, Alain Renaut afirma que o direito não é simplesmente produto de condições históricas ou sociais, mas que é, em última análise, pressuposto pela própria estrutura da subjectividade (Renaut, 2005: 560). O autor identifica como característica mais evidente da nossa subjectividade, a consciência de si, significando, assim, que o sujeito tem consciência de si mesmo como dotado de uma actividade ao mesmo tempo livre e limitada precisamente no que ela tem de livre. Estamos

perante a ideia de uma liberdade que assume o seu próprio limite, sendo esta noção de auto-limitação que vai fazer surgir o conceito de direito (idem: 561-562). Explica que um sujeito quando se opõe a outro sujeito (uma outra consciência) que eu apresento ao mesmo tempo a minha liberdade e (através da percepção de que ela ainda não chegou) a sua limitação. Em suma, o sujeito só se afirma como tal ao reconhecer outros sujeitos fora dele, isto é, através do facto de manter com outros uma relação de «livre causalidade recíproca»: uma relação onde os parceiros são igualmente capazes de agir por liberdade. Sendo esta, a relação intersubjectiva, a relação entre subjectividades que se reconhecem como tais, que permite a cada sujeito apresentar-se ele mesmo como tal, ou seja, apresentar-se a si mesmo como uma consciência. Logo, trata-se de apresentar duas esferas de actividade (a sua e a do outro), assim como a sua delimitação. Esta operação, conjunta supõe obviamente que exista uma lei comum que os obrigue um para com o outro e que tenha por conteúdo mínimo o reconhecimento partilhado desse limite. Pelo que, é com esta lei que emerge o direito, como delimitação ou distribuição das diferentes esferas de actividade. Assim, é o direito que funda a comunidade, logo a livre acção recíproca, logo a intersubjectividade, logo a própria subjectividade (cf. Renaut, 2005: 564).

Em particular, o direito do trabalho tem como principal função proteger a parte mais vulnerável da relação laboral, o trabalhador, tornando claro que o poder é também elemento constante na intersubjectividade dos indivíduos. O terceiro elemento que constitui a relação direito-indivíduo, o poder, é marcado por um jogo de espelhos entre equilíbrios e desequilíbrios sustentado através da manifestação da intersubjectividade no direito.

A questão do poder na relação de intersubjectividade é estudada por Nick Crossley, o qual através dos direitos de cidadania, demonstra como o direito e o poder são factores indissociáveis na manifestação da subjectividade. A sua análise evidencia que, a título de exemplo, o “poder liberal” faz uso da relação de intersubjectividade e do desejo de reconhecimento, acabando por subordinar o outro à vontade do que detém mais poder (cf. Crossley, 1996: 147). Ao invés de negar a subjectividade do outro, a aceitação da mesma pretende torna-se num mecanismo de utilização dos direitos, como forma de atingir outros objectivos. O reconhecimento de direitos pode, nesta medida, funcionar como objecto de submissão à vontade do mais forte. O poder opera através da lógica das relações humanas, de partilhas e interdependências, sendo produto de propriedades específicas da intersubjectividade (Crossley, 1996: 148). O autor ao classificar a cidadania como uma forma

de intersubjectividade⁴⁵ afirma que a propósito da mesma, os direitos formais a ela associados podem ser interpretados como um *embodiment* institucional de uma relação intersubjectiva de reconhecimento. Trata-se de ligar os diferentes níveis de organização sob a base do reconhecimento de direitos, e simultaneamente, colocar o indivíduo em diferentes papéis. Daí que de acordo com esta perspectiva, as pessoas que vejam negada a dignidade de reconhecimento, a qualquer nível, mas principalmente ao nível institucional, a sua situação seja sempre de instabilidade (cf. *idem*: 155).

Este efeito de desequilíbrio permite-nos admitir que seria ingénuo pensar que se trata de uma relação perfeita. Importa, mesmo, contrariar a tendência para conceber o direito de uma forma não problemática e consensual na qual assenta o entendimento de se um direito legal é protegido pela lei, a interferência de outro actor no exercício desse direito, será constrangido pelas autoridades. A lógica social não suscita, neste caso, qualquer problema ou conflito (Coleman, 1990: 49), de onde resulta que “ a detenção de um direito é a concretização de uma reivindicação realizada perante outros e por eles aceite (...) os direitos consubstanciam-se em capacidades e possibilidades particulares das pessoas” (Barbalet, 1998: 187). A sociologia do consenso subjacente a esta perspectiva acaba por resultar na pouca relevância sociológica atribuída aos direitos, justamente por estes surgirem como “sociologicamente não problemáticos” por serem reivindicados entre iguais ou entre pessoas que tenham um mesmo acesso aos meios de os assegurarem (*idem*), assentando numa dinâmica identificada como “consenso de ponderação de poder” (Coleman *in* Barbalet, 1998: 187).

O conceito de vulnerabilidade surge, portanto, numa tentativa de ultrapassar esta visão limitada da relação entre o direito e a sociedade defendendo que o direito ao estar directamente conectado à subjectividade do indivíduo, actua sobre ele de forma determinante, alimentando ou destruindo a sua conduta enquanto sujeito de direito. Existem equilíbrios e desequilíbrios constantes que podem, ou não, ser corrigidos pelo direito, daí afirmar-se que esta dinâmica não é permeada por um consenso de poder mas sim pela falta de reconhecimento (ou não reconhecimento) de direitos que provocam situações de vulnerabilidade.

Num modo amplo, e segundo o *Dicionário da Língua Portuguesa*, a vulnerabilidade (ser vulnerável) diz-se do ponto fraco de uma pessoa, coisa ou questão. No fundo, diz respeito

⁴⁵ Segundo o autor, a cidadania detém um estatuto político e um sistema institucional que garante os direitos e deveres relativos a esse mesmo estatuto, sendo ela própria uma forma de identidade social através de símbolos, identificações e orientações, e possuindo uma base contratual social, cultural e política (cf. Crossley, 1996: 150-152).

a uma condição carente com recursos limitados, sendo deste ponto de partida que se coloca o conceito a par de diferentes mas complementares perspectivas.

5.2 A amplitude da vulnerabilidade

A vulnerabilidade não é uma temática nova entre os teóricos das ciências sociais, existem vários autores que tratam a vulnerabilidade como hipótese de se tornar cada vez mais num reflexo das modificações nos vínculos laborais. A desestruturação do mundo do trabalho ao ser captada por grandes descritores sociológicos, como sejam “sociedade de risco” (Beck, 1992), “sociedade precária” (Castel, 2003; Paugam, 2007; Sennett, 2001; 2006) e “modernidade líquida” (Bauman, 2000) colocam em evidência o tema da vulnerabilidade, alertando para as consequências negativas das transformações contínuas da sociedade sob uma ideologia capitalista.

Entre os autores, destacamos as teses de Bryan Turner (2006) e Martha Fineman (2010) os quais conectam as noções de igualdade material e vulnerabilidade, Stuart White (2003) o qual emprega o conceito de vulnerabilidade de mercado e, finalmente, Robert Castel (2003) que associa o conceito de insegurança social à vulnerabilidade. Em comum, estes autores partilham uma concepção não dicotómica da relação entre o direito e a sociedade e entre o individual e o colectivo assente numa fina observação da realidade social, nos termos da qual princípios normativos e formais são interpretados a partir da experiência concreta dos indivíduos atendendo às relações que se estabelecem entre os referidos princípios e categorias substantivas emergentes do reconhecimento, da dignidade, do respeito, da auto-estima, da capacitação, do desenvolvimento pessoal e da protecção.

Deste modo, três autores são neste ponto privilegiados: Martha Fineman, Bryan Turner e Stuart White. Estes autores fornecem-nos perspectivas bastante interessantes ao demonstrarem que os indivíduos são muito mais vulneráveis devido à estrutura social, económica e política que os rodeia.

A primeira autora, Martha Fineman, encara a noção de vulnerabilidade como algo que não se refere somente ao corpo, isto é, pode também ser produto da economia, das instituições ou de outro dano social (cf. Fineman in Satz, 2008: 524). A vulnerabilidade é um aspecto universal, inevitável e duradouro, inerente à condição humana, e sendo dotado de complexidade pode manifestar-se de múltiplas formas (cf. Fineman 2010: 268-269). Contudo,

apesar de universal, Fineman sustenta que a vulnerabilidade é vivida de forma única, até porque a experiência é influenciada pela qualidade e quantidade de recursos que podemos mobilizar, o que nos conduz à sua proposta de substituição do sujeito liberal autónomo em torno do qual se constrói tradicionalmente o direito e a política, pelo sujeito vulnerável que considera mais em sintonia com a experiência humana (2010: 269). Em suma, a tese da autora assenta no estado como resposta às vulnerabilidades universais e às dependências por elas criadas, depositando no direito a capacidade de instrumentalizar esta função (cf. Fineman in Satz, 2008: 527). Fineman alerta para o facto de o Estado necessitar fazer uma leitura da vulnerabilidade e da dependência humanas, reconhecendo que a autonomia não é uma característica da condição humana, e sim, produto de políticas sociais (Fineman, 2008: 23).

Por seu turno, o autor Bryan Turner elabora a teoria da vulnerabilidade sobre o papel das instituições e a sua influência sobre os indivíduos, colocando em estreita relação a vulnerabilidade de natureza humana e a precariedade institucional (Turner, 2006). Esta precariedade institucional deve-se em grande medida ao poder que as instituições detêm e ao seu papel em garantir a segurança⁴⁶ necessária para os indivíduos poderem viver em sociedade. Segundo Turner, são os direitos sociais, os direitos humanos e as suas respectivas expressões jurídicas que assentam na experiência comum de vulnerabilidade e de precariedade (2006: 26-27). As instituições assumem-se como “mecanismos” para reduzir a vulnerabilidade e obter segurança, porém, são simultaneamente padrões institucionais imperfeitos, inadequados e precários. Aprender a viver em sociedade significa aprender como essas instituições funcionam ou não funcionam, pelo que a discussão da vulnerabilidade e dos direitos deve, na sua perspectiva, situar-se no sistema global mais amplo onde a hibridização e fragmentação da cultura conduz à questão da nossa capacidade para manter a solidariedade no dia-a-dia (Turner, 2006: 27-28). A questão é que a precariedade social e política inclui a incapacidade das instituições em proteger e assegurar os interesses dos indivíduos; a sua falha em gerir a mudança social; a inaptidão das instituições sociais em conciliar os conflitos de interesses; e finalmente, a dificuldade da troca de valores entre gerações (Turner, 2006: 31). No fundo, a sua perspectiva recai sobre as estratégias sociais e políticas em proteger a sociedade civil, identificando as instituições como o principal agente na protecção social, combatendo a vulnerabilidade. Contudo, é ingénuo pensar que estas instituições cumprem o seu papel exemplarmente, quando elas próprias assumem-se frágeis e precárias. A segurança

⁴⁶ A este propósito conferir o relatório *Economic Security for a better world* (2004) onde se identificam sete formas de segurança básica e liberdade real associadas ao trabalho: (1) segurança no mercado de trabalho; (2) segurança no emprego; (3) segurança na carreira profissional; (4) segurança no trabalho; (5) segurança na reprodução de competências; (6) segurança no salário; e (7) segurança representativa (ILO, 2004: 14-15).

não é garantida pelas instituições, tornando a vulnerabilidade cada vez mais evidente. Turner alia vulnerabilidade e precariedade pois cada uma deriva da outra, no sentido que um indivíduo é vulnerável pela reprodução da precariedade institucional da sociedade (cf. Turner, 2006: 43-44).

Quanto ao autor Stuart White, a sua concepção de vulnerabilidade assenta na importância do papel das instituições na protecção aos indivíduos, isto é, as instituições que governam a vida económica deveriam proteger os cidadãos contra formas moralmente censuráveis de discriminação e prevenir, reparar e compensar certos tipos de “*brute luck*”⁴⁷, expressos através da desvantagem em aceder a um salário e riqueza devido às desigualdades sociais (cf. White, 2008: 26). No seu entendimento, os indivíduos podem, por vezes, nas relações económicas, colocar-se em situações de vulnerabilidade e dependência que comportam riscos de exploração e abuso. Esta vulnerabilidade ameaça tanto a integridade como a oportunidade de interesses, bem como a sua segurança (cf. White, 2008: 26-27). Deste modo, a sua preocupação deposita-se no mercado e nas consequências da troca em circunstâncias de vulnerabilidade (White, 2008: 44).

O conceito de vulnerabilidade de mercado manifesta-se quando a parte mais forte se identifica pelo controlo e monopólio sobre a outra parte. Contudo, a vulnerabilidade de mercado pressupõe graus de vulnerabilidade dependendo da sua abrangência que conduz à realização destas três condições em simultâneo. Deste modo, para o autor, o reverso da vulnerabilidade de mercado é o poder (cf. White, 2008: 44). Os indivíduos do lado mais forte podem utilizar o poder em vantagem pessoal de formas moralmente censuráveis, nomeadamente, podem usar o seu poder para explorar ou abusar da parte mais fraca, criando o que o autor classifica de trocas de dependência, visto a parte mais fraca depender fortemente da boa vontade da parte mais forte (White, 2008: 45).

Em comum, os autores evidenciam a presença da vulnerabilidade nas relações sociais, vincada quer pelo estado, pelas instituições e pelo mercado, opondo-se sempre a uma situação de protecção, segurança e igualdade. A vulnerabilidade como fenómeno não é novidade, sendo uma constante da própria condição humana e da própria sociedade, o problema é que os mecanismos que contribuem para a sua diminuição vão sofrendo um desgaste, colocando-se

⁴⁷ A *brute luck* assume-se como a má sorte formulada por autores como Ronald Dworkin. O autor formula uma distinção entre “má sorte” e “sorte opcional”. A diferença entre estas duas é explicada da seguinte forma: a sorte opcional refere-se ao modo deliberado e calculado como se actua, sejam quais forem os ganhos ou as perdas, ao aceitarem um risco isolado os indivíduos deveriam tê-lo antecipado e neutralizado; a má sorte consiste em riscos que não podem ser calculados. Dworkin defende que os indivíduos não deveriam ter a responsabilidade, nem sofrer as consequências, de acontecimentos inesperados marcados pela má sorte, todavia devem ser responsabilizados sim por aqueles que resultam das suas próprias escolhas (cf. Dworkin, 2000).

ao dispor não do bem-estar dos indivíduos, mas do bem-estar de uma ordem económica que tomou de assalto, desde a década de 1980, valores, direitos e instituições sociais fundamentais. Se prestarmos atenção às análises destes autores estamos perante três características da vulnerabilidade: Martha Fineman encara a vulnerabilidade como inerente à condição humana; Bryan Turner aponta para a vulnerabilidade não só dos sujeitos como também das instituições; e Stuart White que identifica a vulnerabilidade como resultado das desigualdades económicas e sociais em relação ao outro. Por sua vez, na esfera laboral é possível identificar estas três características.

Capítulo 6: Vulnerabilidade e precariedade no mercado de trabalho

Introdução

Neste ponto, iremos destacar a vulnerabilidade que advém da situação no mercado de trabalho⁴⁸. Nesta medida, afirmar que a vulnerabilidade é uma face da precariedade permite reflectir sobre o modo como esta se manifesta na vida dos indivíduos. Dando-se relevância, num primeiro ponto, ao conceito de precariedade laboral, elabora-se uma conceptualização sobre o mesmo uma vez que este é transversal a toda esta temática. Pelo que, num segundo ponto estabelece-se uma ténue ligação entre precariedade e vulnerabilidade, definindo esta segunda como uma consequência direta da precariedade no mercado de trabalho. Utiliza-se, por isso, a definição de emprego vulnerável proposto pela OIT, já que este se constitui numa combinação entre os dois conceitos, permitindo ver a sua conjunção em indicadores reais, como é o caso do emprego vulnerável.

Sendo indutiva a contraposição entre objectividade e subjectividade, traçamos de seguida um paralelismo com a dupla precarização de Serge Paugam identificada como precariedade do emprego e precariedade do trabalho, podendo observar-se uma relação com a experiência de uma vulnerabilidade objectiva e de uma vulnerabilidade subjectiva. Por último, e tendo presente que “caminhamos sobre os ombros de gigantes”, numa tentativa de valorizar

⁴⁸ Em relação à esfera laboral, a vulnerabilidade pode ser observada a partir de outras duas situações distintas: o desemprego e o sistema de reparação dos acidentes de trabalho. A respeito desta última, o projecto desenvolvido pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra intitulado *Acidentes de Trabalho e Narrativas do Risco Laboral no Contexto Português* coloca o conceito de vulnerabilidade em estreita relação com as lacunas observadas pelas entrevistas realizadas quanto ao sistema de reparação dos acidentes de trabalho.

o exímio trabalho de Robert Castel nesta temática, identifica-se na sua perspectiva uma explicação para a reprodução da vulnerabilidade nas sociedades contemporâneas.

6.1 Precariedade laboral

Nesta medida, a precariedade surge-nos como fenómeno que potencia e deixa a claro a vulnerabilidade dos indivíduos. Como já referido, existe uma dupla reciprocidade entre o que se passa na sociedade, e a forma como o direito do trabalho é influenciado por factores externos, moldando noções e conceitos legais (Countoris, 2007: 2-5). Neste sentido, a precariedade laboral é produto, mas também produtora de transformações na esfera laboral.

Abordando a temática da precariedade, esta transformou-se numa nova garantia de submissão, abandonando as pessoas aos seus próprios recursos (cf. Bauman, 2009: 20). A precariedade laboral caminhando par a par com a flexibilidade, vai assumindo uma importante visibilidade, e constitui nas sociedades contemporâneas um dos aspectos mais relevantes da condição e da experiência dos indivíduos. Pode dizer-se que a precarização do emprego há muito que segue “a curva da actividade das empresas e não a das reformas do direito do trabalho” (cf. Supiot, 2005a). Há autores que afirmam, mesmo, que o emprego tem um efeito metamórfico sobre a razão normativa do direito do trabalho, levando a temer, inclusive, o esgotamento do seu sentido (Redinha, 1998: 4). A precariedade traduz-se, portanto, numa debilidade de vínculo jurídico-laboral, relativamente aos parâmetros que definem o trabalho estável ou permanente, pelo que são as variantes de trabalho consideradas “atípicas”, todas elas mais ou menos precárias, que desafiam o direito do trabalho, ao minarem a uniformidade do estatuto dependente (Redinha, 1998: 7; 9). O resultado é um direito do trabalho a duas velocidades ou com uma dualidade de estatutos - o preço da sobrevivência de uma ordem jurídicolaboral actuante (idem:14). Dito de um outro modo, a precariedade da actividade laboral “resulta de um conjunto de circunstâncias que fragilizam o vínculo contratual de trabalho, em termos de possibilidades jurídicas de resposta” (Rebelo, 1999: 19).

Se levarmos em consideração este quadro da precariedade, o que a evolução da realidade demonstra é que a inefectividade do direito do trabalho funciona como instrumento a favor de uma ordem neoliberal, onde os “os grandes e poderosos dos nossos tempos [...] elevaram ao mais alto grau os atributos de mobilidade e flexibilidade: tendo à disposição um volume de recursos compatível com o número de escolhas [...] Quando traduzidas como não-

escolha, cânones obrigatórios do comportamento universal, os mesmíssimos atributos geram muita miséria humana” (Bauman, 2009: 20-21). Numa afirmação (infeliz) do Banco Mundial no relatório do desenvolvimento mundial, “os pobres não podem dar-se ao luxo de ficar desempregados; eles são obrigados a aceitar o subemprego” (*World Bank*, 1997). A questão de não ter alternativa é de grande relevância, já que a precariedade e a TINA⁴⁹ (“*There Is No Alternative*”) são indissociáveis, como afirma Bauman “entram na vida juntos, e dela só podem sair juntos também” (Bauman, 2009: 21). A precariedade, em boa verdade, assenta, principalmente, nesta “não-escolha”, dado que correspondendo às formas atípicas de emprego, muitas vezes, estas são exercidas com um carácter não voluntário, ou seja, as pessoas têm que se lhes sujeitar por falta de outras alternativas (cf. Duarte, 2004: 11). Deste modo, a precariedade laboral passa a constituir-se como denominador comum das políticas neoliberais em nome das exigências do mercado e dos conceitos de competitividade e de produtividade (cf. Silva, 2009: 122).

De facto, a fácil conexão entre precariedade e a designação de “formas atípicas de emprego”, deve-se, em parte, pelas novas formas de emprego terem surgido num contexto onde o mercado de trabalho se torna cada vez mais flexível, onde a regulamentação laboral enfraquece e onde as empresas procuram estrategicamente reduzir os custos da mão-de-obra. Desta forma, associa-se a estes novos tipos de emprego uma degradação das condições laborais. Há também que considerar que, quando se fala em empregos atípicos ou novas formas de emprego, se toma por referência a *norma* de emprego associada ao contrato de trabalho por tempo indeterminado, a qual ainda implica (sobretudo no plano das representações) a ideia de uma certa estabilidade e segurança (Duarte, 2004: 11). Neste sentido, a precariedade laboral segundo a autora Teresa Sá que se tem debruçado sobre estas questões, está associada à instabilidade (impossibilidade de programar o futuro – situação dos jovens que ficam até mais tarde em casa dos pais); à incapacidade económica (impossibilidade de fazer face aos “riscos sociais” e de assegurar as despesas económicas do quotidiano – o surgimento dos “novos pobres”); e à alteração dos ritmos de vida (alteração nos horários de trabalho e da relação entre trabalho/desemprego) (Sá, 2010: 2). Tomemos então, de forma mais linear, esta relação entre trabalho e vulnerabilidade.

⁴⁹ “*There is no alternative*” com a sigla TINA foi um slogan utilizado por Margaret Thatcher, com o objectivo de vincar que na economia, na política e na política-económica não existe alternativa ao liberalismo económico, identificando os mercados, a troca livre e a globalização capitalista como a melhor forma de desenvolvimento das sociedades.

6.2 Trabalho e vulnerabilidade

Neste ponto, iremos adotar a posição do relatório elaborado pelo Ministério do Trabalho e do Emprego do Brasil intitulado *Aspectos Conceituais da Vulnerabilidade Social* (2007), o qual parte do conceito de vulnerabilidade social para moldar a sua perspectiva de vulnerabilidade no mundo do trabalho. Este ponto de vista é pertinente, pois, paralelamente, pode dizer-se que parte de uma análise da vulnerabilidade no mundo do trabalho como uma extensão da precariedade instaurada.

Associando as situações de vulnerabilidade social à capacidade de enfrentar determinadas situações de risco, referindo-se, portanto, à maior ou menor capacidade de um indivíduo, família ou grupos sociais controlarem as forças que afetam seu bem-estar, ou seja, de controlarem os recursos requeridos para o aproveitamento das oportunidades propiciadas pelo Estado, mercado ou sociedade (Katzman cit. in MTE/SPPE/CODEFAT, 2007: 16), a perspectiva quanto à questão da vulnerabilidade no mundo do trabalho vai no mesmo sentido. Ou seja, são considerados em situação de vulnerabilidade no mundo do trabalho os indivíduos, famílias, ou grupos cuja posição vulnerável dificulta a obtenção de um trabalho socialmente reconhecido como minimamente aceitável e/ou adequado, proporcionado pelos mecanismos de mercado, pelo estado ou pela sociedade. No fundo, trata-se de indivíduos que não conseguem obter um “emprego digno”, sujeitando-se a qualquer tipo de trabalho, visto que esta definição toma em consideração a dimensão e os problemas relacionadas à quantidade e à qualidade da oferta de oportunidades de trabalho, o que parece permitir tratar a questão da vulnerabilidade no mundo do trabalho considerando também os determinantes da oferta de emprego (cf. MTE/SPPE/CODEFAT, 2007: 16-17).

Neste sentido, o estudo menciona que à luz do trabalho digno formulado pela OIT, destacam-se como indicadores de vulnerabilidade no mercado de trabalho os seguintes aspectos: 1) instabilidade – quando há tendência de substituição dos trabalhadores com contratos por tempo indeterminado por trabalhadores temporários ou terceirizado; 2) flexibilização da remuneração – quando há redução da parte fixa do salário e o aumento da proporção variável vinculada a produção; 3) baixos salários – presença de níveis salariais mínimos ou abaixo do mínimo estabelecido por lei; 4) relação com o empregador – quando não há uma relação com um só e identificável empregador; 5) atividades volantes – trabalhos que não se realizam necessariamente nas instalações da empresa; 6) integridade – quando há pouca proteção a integridade física e psicológica; e a 7) restrição sindical – quando há pouca

ou nenhuma possibilidade de se exercer direitos sindicais e realizar negociações coletivas (MTE/SPPE/CODEFAT, 2007: 19 npp-9)⁵⁰. Como características de vulnerabilidade na esfera laboral, estes indicadores encontram ilustração através da concepção de emprego vulnerável formulado pela OIT, o qual se define pela soma dos trabalhadores por conta própria e trabalhadores familiares não assalariados, caracterizado pelos baixos salários e más condições de trabalho, onde se verifica uma violação massiva dos direitos dos trabalhadores.

O emprego vulnerável tem vindo a aumentar desde 2009, em termos globais, contabilizando-se mais 23 milhões de trabalhadores nesta situação em 2012. Tal evidencia a tendência de perda de qualidade do emprego, demonstrando um nítido aumento do trabalho informal, no qual os trabalhadores não têm qualquer protecção social adequada, nem cobertura de acordos de concertação social (cf. ILO, 2012a: 42). Em grosso modo, o emprego vulnerável compreende todas as situações em que a insegurança na continuidade do trabalho e a falta de direitos sociais, designadamente ausência de descontos para a reforma, ausência do salário quando se está doente, horários irregulares, excesso de horas de trabalho, ausência de subsídio de desemprego e de subsídio de férias, tornando-se cada vez mais como regras de contratação e que se afiguram profundamente negativas para a construção do modo de vida dos indivíduos mais fragilizados (cf. Sá, 2010: 5). A este respeito, há autores que definem a precariedade operando uma distinção entre precariedade do trabalho e precariedade do emprego.

6.3 Vulnerabilidade objectiva e subjectiva na esfera laboral

Pode, pois, dizer-se que, embora recobrando um conjunto diversificado de situações, a precariedade remete para um amplo e variado processo de vulnerabilidade material (objectiva) e existencial (subjectiva) e constitui o cerne da “nova questão social” numa sociedade em que o acesso ao mercado de trabalho se tornou um problema social, gerando diferenciações suplementares entre os assalariados e fragmentando os suportes jurídicos e identitários (cf. Duarte, 2004: 12-13). Há autores que afirmam para os que têm emprego, persistem as velhas desigualdades de salário, de estatuto, de conteúdo do trabalho, de autonomia, de progressão na

⁵⁰ Este estudo encontra concordância com o relatório *Economic Security for a better world* (2004) onde se identificam sete formas de segurança básica e liberdade real associadas ao trabalho: (1) segurança no mercado de trabalho⁵⁰; (2) segurança no emprego⁵⁰; (3) segurança na carreira profissional⁵⁰; (4) segurança no trabalho⁵⁰; (5) segurança na reprodução de competências⁵⁰; (6) segurança no salário⁵⁰; e (7) segurança representativa⁵⁰ (OIT, 2004: 14-15).

carreira, de reconhecimento profissional e, transversal a todas elas, os problemas de género; ao que acrescem agora, as novas desigualdades decorrentes das situações de precariedade de emprego que criaram uma dualidade no colectivo de trabalhadores, ressaltando os que têm um futuro profissional incerto e que tendo um emprego precário, não são reconhecidos profissionalmente, têm salários relativos mais baixos, uma falsa autonomia, uma ausência de estatuto, e não têm carreira profissional nem condições para formular um projecto de futuro para a vida (cf. Oliveira e Carvalho, 2010: 191). Nesta perspectiva, a precariedade gera incerteza e medo, estando fortemente associada ao risco de perder o emprego, sendo, segundo uma expressão de José Madureira Pinto, uma forma de expropriação dos direitos sociais que marcaram o progresso social.

A vulnerabilidade compõe-se, assim, por uma componente objectiva, que coloca os trabalhadores em categorias profissionais precárias motivadas pela incerteza do seu vínculo profissional; e uma componente subjectiva que se revela através da insegurança e fragilidade quanto a si próprio e às condições de satisfação com o seu trabalho. Daí encontrar semelhanças com a análise de Serge Paugam acerca da precariedade no emprego e precariedade no trabalho⁵¹. Embora o conceito esteja subjacente a estas duas tipificações, o certo é que a integração social que advém da esfera laboral pode resultar de várias combinações que revelam diferentes formas de vulnerabilidade. Sendo assim, Paugam considera que precariedade no trabalho é a desqualificação das competências do trabalhador e o não reconhecimento do seu verdadeiro valor enquanto tal, pairando um sentimento de inutilidade e desilusão dado que o trabalhador subvalorizado no desempenho das suas funções. Por outro lado, a precariedade no emprego surge da incerteza quanto ao seu vínculo contratual com a empresa, os trabalhadores cujo contrato de trabalho é de duração determinada e que correm o risco de ser desempregados, sendo nesta óptica sujeitos a uma forte vulnerabilidade económica e por uma restrição, pelo menos potencial, dos direitos sociais, dado que estes são fundados em grande parte pela estabilidade do emprego (cf. Paugam, 2007: 380). O efeito geral é que a incerteza crescente estende-se a todos os trabalhadores, mesmo os com contratos estáveis, experienciando uma degradação das

⁵¹No mesmo sentido, também Glória Rebelo elabora uma análise entre precariedade objectiva e subjectiva. A precariedade subjectiva deriva da precarização do estatuto do emprego, quer constitua para um determinado indivíduo uma situação temporária de instabilidade, quer uma situação duradoura que o acompanhe ao longo da vida trabalhadores precários são, assim, todos aqueles que não têm um contrato implícito ou explícito de carácter permanente e que sofrem diversas vicissitudes. A precariedade objectiva relaciona-se com a questão da estabilidade das empresas, sobre aspectos económicos (competição e concorrência a que estão submetidas as empresas empregadoras) e sociais (as suas consequências no plano familiar). A autora realça que importa considerar não só a fragilidade gerada pela proliferação de contratos de trabalho de carácter provisório, mas tomar também a precariedade como criadora de incerteza e fragilidade das empresas (cf. Rebelo, 2004: 47-56).

condições do exercício do trabalho e um agravamento dos sentimentos insegurança, medo e angústia. Os trabalhadores defrontam-se na actualidade com o risco permanente de perda do emprego, o que os constrange, desmotiva e coloca numa posição de incerteza e insegurança, podendo tal ser aproveitado pelos empregadores para enfraquecerem ainda mais a sua condição. Em suma, não se receia só o despedimento, receia-se também a perda ou erosão de um conjunto de características associadas ao emprego, tais como o aumento de salários e as oportunidades de promoção e de carreira (cf. Duarte, 2009: 45-46).

Como diagnóstico existe um número crescente de pessoas, enredadas nas malhas da precariedade com claras dificuldades de inserção e integração profissional (cf. Duarte, 2009: 45). O modelo de análise elaborado por Serge Paugam quanto aos tipos ideais de integração profissional e seus desvios permite-nos perceber que podem existir, contudo, diferentes percepções de integração profissional, que por hipótese, corresponde a graus diferenciados de vulnerabilidade. Para além disso, não nos devemos esquecer que é plausível sustentar que não existe uma relação directa entre empregos atípicos e empregos precários, ou seja, nem todos os empregos “atípicos” são necessariamente empregos “precários”, não sendo estas expressões equivalentes, mesmo se os dois atributos geralmente se conjugam. Pode admitir-se que estas novas formas de trabalho possam ser uma escolha para alguns assalariados e, portanto, destituídas do carácter de imposição e constrangimento inerentes à noção de precariedade (cf. Duarte, 2004: 11 *npp* 3)

Nesta perspectiva, verificar-se-á uma integração laboral plena na situação ideal-típica em que estejam garantidos quer o reconhecimento material e simbólico do trabalho realizado, quer um vínculo contratual estável e seguro do emprego, designada de integração assegurada. A integração assegurada compreende situações em que os indivíduos se sentem satisfeitos no trabalho e estáveis no emprego. Poderíamos afirmar que estamos perante uma situação onde a vulnerabilidade não existe, e por isso mesmo, percebe-se que este tipo de situações é cada vez mais raro na esfera laboral do mundo contemporâneo.

Os outros três grandes tipos corresponderão a situações profissionais em que estão ausentes um ou dois dos atributos considerados. A integração incerta reflecte uma situação de satisfação no trabalho e de instabilidade no emprego, englobando casos em que os indivíduos se sentem satisfeitos no trabalho e com o ambiente laboral, possuindo, todavia, uma relação contratual frágil e instável, e a integração laboriosa que remete para a existência de sujeitos globalmente insatisfeitos com o seu trabalho, mas com situações contratuais seguras. Nesta modalidade, os trabalhadores desempenham tarefas que são fonte de sofrimento físico e psicológico. Em ambos os casos, estão presentes situações de vulnerabilidade quer objectiva

através da insegurança e incerteza quanto ao vínculo contratual, quer subjectiva quanto ao entendimento da realização e satisfação com o trabalho. No pólo oposto à integração assegurada, deparamo-nos com a integração desqualificante a qual conjuga insatisfação no trabalho e instabilidade de emprego correspondendo a uma situação de vulnerabilidade e precariedade totais quanto ao trabalho e ao emprego. A insegurança e a insatisfação dá-se tanto ao nível de realização profissional como ao nível de estabilidade do vínculo contratual (cf. Paugam, 2007: 386-390).

Deste modo, a vulnerabilidade está patente quer perante a incerteza do vínculo contratual, quer perante a desilusão das funções desempenhadas face ao mercado de trabalho. De um modo ou de outro, é potenciada pela precariedade crescente que envolve as sociedades e vulnerabiliza os indivíduos. O que nos conduz à constatação de que as dinâmicas de vulnerabilização reforçam-se, portanto, através da desarticulação entre produção económica e reprodução social.

6.4 Dupla Vulnerabilização

A questão da vulnerabilidade não é nova, e vem pautando há algum tempo os diagnósticos das sociedades. Autores como Robert Castel e Zygmunt Bauman formulam teorias em que fazem recurso do conceito como enquadrador do mundo contemporâneo. Um ponto importante que ambos os autores ressaltam, é a importância da complexidade das sociedades que deixa a nu a interconexão de conceitos diferentes como trabalho, mercado, insegurança e vulnerabilidade, se mesclam e dão origem a um quadro de reprodução social com origem em várias fontes. Ponto definido, é o que existia antes torna-se no oposto do que existe agora. Tal percebe-se tanto pela oposição entre modernidade sólida e modernidade líquida de Zygmunt Bauman, como pelas metamorfoses da questão social de Robert Castel por referência à estabilidade da sociedade salarial anterior à década de 70.

A este propósito Robert Castel parte de uma análise fundada sobre o trabalho e a sua importância nas sociedades. Por comparação à sociedade salarial que brotou da consolidação da “civilização do trabalho” e que primava pela integração social, a partir do final dos anos 1960, esta foi desvirtualizada pelas exigências tecno-económicas da evolução do capitalismo moderno, transformação que descreve na sua obra *Les Métamorphoses de la Question Social- Une chronique du salariat* (1999). O seu argumento geral é que o aumento do desemprego, da

precarização do trabalho, da dificuldade crescente dos sistemas clássicos de protecção para cobrir os riscos sociais etc, empurram para primeiro plano questões vinculadas à precariedade, à vulnerabilidade, à exclusão, ou, na denominação por ele preferida, a processos de desfiliação em relação a situações de trabalho (cf. Castel, 1999; 2004). Deste modo, evidencia dois eixos onde se verifica o aumento da vulnerabilidade: o trabalho e as relações sociais.

No que diz respeito ao eixo do trabalho, encontra-se, inevitavelmente o aumento do desemprego, a par com o aumento da precarização do trabalho e os chamados empregos atípicos: trabalhos temporários, intermitentes, de duração limitada etc. Segundo o autor “[...] a precariedade do trabalho revela processos de desestabilização que estão na origem do aumento da vulnerabilidade, e permite compreender como as pessoas oscilam, caindo na instabilidade” (Castel, 2000: 23). Para Castel, a nova questão social encontra-se associada ao questionamento da função integradora do trabalho na sociedade, ampliando vulnerabilidades fundadas no enfraquecimento das protecções historicamente tecidas em torno do trabalho (Castel, 1999). O outro eixo, o da sociabilidade, o autor identifica igualmente, situações como: o aumento do número de pessoas socialmente isoladas; a degradação dos modos de vida e do tecido urbano; o enfraquecimento das redes de protecção mais próxima etc. A temática da exclusão exprime esta ameaça de dissociação social, ser excluído é encontrar-se simultaneamente fora da ordem de trabalho e fora das redes concretas de solidariedade, “é encontrar-se sem um lugar determinado na sociedade”. A vulnerabilidade para Castel difunde-se, assim, em dois tipos: a vulnerabilidade actual que surge após um período de anterior estabilização; e uma vulnerabilidade de massa anterior à implementação das protecções. A diferença a ressaltar, face aos primórdios da industrialização, é que se configura uma vulnerabilidade após protecções (Castel, 1999; 2000).

Do seu ponto de vista de interpretação sociológica, e ao contrário de outros autores que sublinharam o carácter absolutamente original desta situação afirmando que a sociedade industrial acabara, que a classe operária estava decomposta, que os sistemas clássicos de protecção social estavam em crise etc, Castel argumenta, por seu turno, que estes discursos não sublinham a continuidade da dinâmica histórica em que estes problemas se inserem. De maneira paradoxal, a exclusão tornou-se o centro da reflexão acerca do laço social. Partindo da hipótese de que se corre o risco de esquecer que a sociedade continua a ter um centro e que é a partir deste centro que se produz a exclusão (Castel, 2000).

Embora o autor utiliza o termo exclusão, é legítimo usar, igualmente, o termo vulnerabilidade, já que uma deriva da outra. Sendo assim, pode afirmar-se que a

vulnerabilidade é um resultado que se deve relacionar com o que acontece antes: ao nível da organização do trabalho, da competitividade das empresas etc, isto é, em relação ao centro da vida económica e social, ao que produz a riqueza e o poder. A tese é que o que acontece nas zonas periféricas da vida social é resultado do que ocorre no coração da estrutura social no sentido que “[...] são sempre as orientações definidas nos centros de decisão - em matéria de política económica e social, de gestão das empresas, de readaptações industriais, de busca de competitividade, etc. - que repercutem como uma onda de choque nas diferentes esferas da vida social” (Castel, 1999:34). Logo estamos perante um processo de dupla vulnerabilização.

A dupla vulnerabilização tem como base o reconhecimento de que a solidez deu lugar à modernidade líquida marcada por cinco características: as instituições e as estruturas sociais estão num processo de decomposição; o poder e a política estão a separar-se, na medida em que o poder é regulado pelos interesses do mercado, inutilizando as organizações políticas na função de o regular; as redes de segurança social estão a dissolver-se; o pensamento a longo-prazo quanto a padrões sociais e comunitários deram lugar às rápidas intervenções e lucros imediatos; e finalmente, os riscos políticos e económicos gerados pelo poder global transferem os impactos dos mercados para os ombros dos indivíduos (cf. Bauman, 2007). A incerteza, a insegurança e a vulnerabilidade gerada nos indivíduos são resultado das estruturas, das instituições e dos padrões de regulação moldados à luz de transformações que seguem a evolução dos mercados contribuindo para a corrosão dos vínculos sociais. A comprovar este diagnóstico Sandra Monteiro ressalta que estamos perante “desigualdades sólidas, capitalismo líquido e vidas gasosas”, pois devido à centralidade que o trabalho tem nas sociedades contemporâneas, e à centralidade que o trabalho precário, a par com o desemprego, tem para o êxito da exploração capitalista, é fácil verificar como a dissolução de vínculos tende a alastrar do mundo do trabalho para as outras áreas (saúde, segurança social, educação etc). As dificuldades ao nível dos rendimentos (instabilidade, incerteza, insuficiência, inexistência) e a insegurança ou incapacidade para assegurarem uma vida digna “como que «metastizam»: espalham-se, debilitam, corroem” (Monteiro, 2009: 54).

Por isso, estamos perante um efeito de dupla vulnerabilização, já que o incremento das desigualdades sociais tem por base uma fragilização dos vínculos sociais acumulada à experiência da precarização. Claus Offe (2010) evidencia este mesmo efeito através da forma como os mercados de trabalho se combinam com as desigualdades de rendimento e de status (cf. Ferreira, 2012a). De acordo com a abordagem do autor, os mercados de trabalho são padrões distributivos que, por essa razão, devem ser analisados do ponto de vista das opções político-normativas que legitimam a existência de diferentes manifestações de desigualdade.

Os mercados de trabalho podem ser entendidos como “máquinas de triagem” desempenhando uma função catalisadora de padrões de distribuição de desigualdades, existentes antes da troca de mercado ter início e do contrato de trabalho estar firmado (Offe, 2010:19). A segurança contrapõe-se à vulnerabilidade na esfera laboral, vincando vulnerabilidades já existentes e que apenas são reforçadas na esfera laboral, dado que a desigualdade de oportunidades de emprego e a ausência de pleno emprego, encontra-se, na maior parte das vezes, em estreita relação com a ausência de oportunidades de formação e mão-de-obra pouco qualificada (e vice-versa). Tese convergente também, com a análise de Checchi *et al* (2010) acerca dos níveis de desigualdade, a qual relaciona a situação dos indivíduos antes e depois da sua entrada no mercado de trabalho. O estudo salienta que níveis elevados de desigualdade em termos de oportunidades oferecidas aos cidadãos reflectem, em grande medida, a desigualdade de rendimentos resultante de problemas institucionais (e não tanto do baixo esforço dos mais desfavorecidos) (cf. Checchi et al, 2010). Os próprios mercados de trabalho reflectem a vulnerabilidade existente por funcionarem como elementos reprodutores das mesmas, logo as vulnerabilidades dos indivíduos e grupos sociais fora do mercado de trabalho são por este potenciadas. Numa linha de raciocínio semelhante, outros estudos afirmam, igualmente, que o funcionamento dos mecanismos de mercado, inclusive no mercado de trabalho, dá origem a situações de vulnerabilidade no mundo do trabalho movidas pela competição, fundadas na desigualdade e guiadas por uma lógica que reproduz a desigualdade social e, portanto, a repartição desigual da posse de recursos físicos, pessoais e sociais (cf. MTE/SPPE/CODEFAT, 2007:22). A existência de segmentos da força de trabalho que têm menor capacidade de enfrentar situações de risco e de controlar as forças que afetam as possibilidades de aproveitar as oportunidades de uma boa inserção profissional propiciadas pelo Estado, mercado ou sociedade, deixam claro que a vulnerabilidade é também resultado de dinâmicas de oportunidades muito diferenciadas (cf. MTE/SPPE/CODEFAT, 2007: 22).

IV Parte

Capítulo 7. Da aplicação do direito às situações laborais vulneráveis

Introdução

Chegados a este ponto, o principal objectivo é demonstrar a pertinência da escolha da metodologia da análise de jurisprudência. Por isso, relaciona-se a temática dos falsos trabalhadores independentes e a relevância da análise de jurisprudência neste caso específico, dado que através da argumentação jurídica, conseguimos obter a informação necessária que revela a forma como se desenvolve o uso alternativo *ao* direito do trabalho, contrapondo a este uma utilização(?) de contratos de base civilista ou regulados pelo código civil. Através da exposição do método de análise do discurso jurídico, do qual advém a metodologia de análise de jurisprudência, analisa-se cinco sentenças emitidas pelos Tribunais de Trabalho de 1ª Instância, nas quais a temática dominante é a contraposição entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviços.

7.1 Análise do discurso jurídico: análise de jurisprudência

A realidade laboral da actualidade pressupõe, por tudo o que atrás foi dito, uma complexidade crescente devido ao aparecimento de novos vínculos laborais que fogem cada vez mais ao clássico modo de prestação do contrato de trabalho como forma de se adaptarem às exigências dos mercados, o que significa que se em termos teóricos a maior parte das vezes não há qualquer dificuldade na delimitação das fronteiras, na prática a delimitação precisa torna-se mais difícil. Relativamente ao trabalho independente, a questão coloca-se sobre a dúvida de estarmos perante um contrato de trabalho ou um contrato de prestação de serviços.

Deste modo, a metodologia escolhida para este estudo recai sobre a análise de jurisprudência. Torna-se, por isso, pertinente delinear um breve enquadramento quanto a esta metodologia, a qual se enquadra no método de análise do discurso jurídico.

De acordo com a análise de António Hespanha acerca das *Metodologias da Análise do Direito* (2009)⁵², inserida num módulo da disciplina *Análise do Discurso Jurídico*, as metodologias de análise do direito enquanto linguagem, ganham destaque ao tomarem o direito sobretudo como um texto – um conjunto de proposições normativas, de natureza legal, jurisprudencial ou doutrinal. Nesta medida, existem diversos roteiros quanto ao método de análise do discurso, desde a filosofia analítica à crítica normativa. Esta última, como crítica, denota que a filosofia analítica não pondera suficientemente a acção do discurso sobre o mundo, não sendo suficientemente teorizados pela escola analítica as questões relativas às relações entre o discurso e o seu ambiente, entre o discurso e os seus efeitos (cf. Hespanha, 2009:1-2).

Assim, várias correntes da análise linguística, para além da semiótica que construiu uma teoria linguística que valoriza a pluralidade dos níveis de relações de que depende o sentido, tentaram preencher as lacunas que algumas perspectivas apresentam. Entre outras, e mais recentemente, a *sociological jurisprudence*_norte-americana renovou bastante as antigas técnicas de análise sociológico-política do discurso, a ponto de se falar de um neo-realismo jurídico, simbolizado, por exemplo, pela obra de Cass Sunstein⁵³. Estes autores aproximam-se claramente da sociologia do discurso, identificando como objecto das análises os discursos em si mesmos (os seus temas, os seus modelos narrativos, os seus destinatários, o estatuto que atribuem aos seus autores, o consumo social a que convidam). Os autores, as instituições jurídicas em que eles circulam, as funções sócio-políticas dos juristas produtores de textos, o seu auditório, aparecem, assim, como entidades *derivadas*, construídas pelos textos (mais do que construtoras destes) (idem:3).

Por sua vez, as inconsistências sintáticas foram abordadas por outras perspectivas analíticas, a crítica do realismo (construtivismo linguístico ou discursivo) e a crítica do intencionalismo. Quanto à primeira, a ideia é a de que o discurso é muito mais do que narrativo ou denotativo, abrindo um campo de pesquisa sobre as dimensões *poiéticas*, ou seja, sobre o modo como ele constrói o mundo (também o mundo social) à sua volta. Quanto à segunda, remete para teorias do discurso em que o factor decisivo da modelização do discurso (da escolha dos temas, das figuras do discurso, das estratégias de argumentação, do estilo, da atribuição de sentido) não é o autor, mas sim a gramática (ordem) autónoma dos textos; a recepção do discurso; as tradições de leitura que envolvem o texto; os suportes da

⁵² Disponível em: www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_MA_9532.doc

⁵³Cf: Cass R. Sunstein em *Political Conflict and Legal Agreement* (disponível em: <http://www.tannerlectures.utah.edu/lectures/documents/Sunstein96.pdf>)

comunicação; e as condições institucionais ou sociais da relação comunicativa (cf. Hespanha, 2009: 4-5).

Para além disso, um método de análise do discurso largamente usado no tratamento de informação, é análise de conteúdo⁵⁴, tendo como objectivo o de por meios tendencialmente objectivos, captar os sentidos dos textos - incluindo as suas dimensões performativas e as suas relações com o ambiente cultural em que são produzidos - utilizando elementos do próprio texto (cf. Hespanha, 2009: 7).

Mas a questão que se coloca, é a de que forma se pode utilizar a análise do discurso jurídico? De acordo com o estudo clássico de Jerzy Wroblewski *Les Langages Juridiques: une typologie* (1988)⁵⁵, o autor explora uma tipologia da linguagem jurídica, na qual identifica três tipos diferentes na forma como cada uma se projeta através do direito: a linguagem jurídica jurisprudencial a partir da qual são aplicadas as decisões legais; a linguagem jurídica científica própria do discurso das ciências legais em geral; e a linguagem jurídica comum utilizada em outros discursos do direito, como a linguagem especializada dos advogados etc (cf. Wroblewski, 1988: 15). Para efeito deste trabalho, privilegia-se a linguagem jurídica jurisprudencial, uma vez que esta é o objecto de análise empírica da presente tese. Neste sentido, prosseguindo com a exposição do autor, na sua perspectiva o discurso jurídico é o discurso a partir do qual se formulam as leis, ou um meio para falarmos das leis, designando-se portanto, de linguagem legal. Indo directos à linguagem jurídica jurisprudencial, esta constitui-se na aplicação judicial do direito, como também de outros órgãos do estado que aplicam igualmente o direito. A linguagem jurídica jurisprudencial é uma metalinguagem da linguagem legal na medida em que lhe fornece descrições e/ou avaliações de textos normativos em geral, e dos critérios aplicados em particular, citando-se os textos e actos normativos utilizados. Esta é bastante heterogénea e a sua estrutura semântica é mais complexa em relação à linguagem legal por quatro razões. A primeira, é que a normatividade da linguagem jurídica jurisprudencial apresenta alguns problemas, nomeadamente, na formulação da aplicação das decisões do direito plasmadas como “normas concretas individuais”. A segunda, o discurso da aplicação do direito engloba também as motivações dessas decisões. As decisões têm um carácter normativo, mas são justificadas com argumentos complexos, incluindo a distinção entre a avaliação e as propostas. A riqueza das

⁵⁴ Cf. *The Content Analysis Guidebook on-line* disponível em: <http://academic.csuohio.edu/kneuendorf/content/index.htm>

⁵⁵ Este artigo integra um conjunto de textos reunidos num número da conhecida revista *Droit et Société* acerca do discurso jurídico intitulado *Le discours juridique: langage, signification et valeurs* (1988). Disponível em: <http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds008/ds008-00.htm>.

expressões linguísticas dependem da formulação das normas legais que são aplicadas, como também do estilo das decisões e de pontos específicos agregados a cada caso da aplicação do direito em função do desempenho das partes. A decisão apresenta-se, assim, como uma narrativa complexa articulando vários argumentos que a justificam como conclusão. A terceira, é que as decisões aplicadas pelo direito têm um estilo próprio, que determina o vocabulário e as propriedades semânticas das expressões que são utilizadas. E por último, uma consideração em relação às suas traduções linguísticas, seja a partir da língua de origem ou de uma língua estrangeira, quando não são evidentes à linguagem legal, estas devem incluir uma testemunha ou a opinião de um *expert* (cf. Wroblewski, 1988: 20-21). Por conseguinte, como objecto de análise empírico, a jurisprudência tem certas particularidades quanto ao seu conteúdo que a tornam rica como fonte de informação.

Logo, esta metodologia constitui-se bastante adequada ao objecto de estudo, pois permite observar a alternância de argumentos que contrapõem questões fora do âmbito do direito do trabalho e ao abrigo do código civil (contrato de prestação de serviços), e por outro lado, a intervenção do direito do trabalho na prova em como existe um contrato de trabalho. A problemática da subordinação jurídica é plasmada através dos acórdãos, os quais demonstram que a realidade do mercado laboral é marcada pela seletividade de princípios e normas do direito do trabalho, reflectindo de modo claro a tal “fuga ao direito do trabalho” através da dissimulação fraudulenta de uma relação de trabalho subordinado sob a capa de um falso trabalho independente (Amado, 2009).

No recurso a esta metodologia, o produto mais visível do processo judicial é a sentença (Fonseca, 2010: 19), assim, far-se-á uma análise crítica dos factos considerados relevantes, combinando uma análise descritiva com uma análise de argumentação jurídica tomadas em consideração por António Hespanha quanto à aplicação da análise do discurso jurídico. O autor define a primeira como uma análise e estabelecimento de regras de argumentação podendo ser predominantemente descritivo ou também normativo⁵⁶, enquanto que a análise descritiva visa apenas a descrição, a explicitação e, eventualmente, a avaliação crítica dos discursos jurídicos (cf. Hespanha, 2009: 8).

Pretende-se que através da linguagem jurídica se possa observar como os elementos jurídicos se contrapõem, e simultaneamente, se identificam os factos que contribuem para vulnerabilizar os indivíduos. Existem autores que definem a abordagem da análise jurisprudencial como um método de caso de estudo que se constitui numa tentativa de

⁵⁶ O autor dá como exemplo, entre outros, Marie-Francine Moens em *Summarizing Court Decisions. Information Processing & Management* (2007).

clarificar diferentes pontos de vista, examinando não só os factos do caso, mas também valores e estratégias argumentativas⁵⁷ (Newman e Oliver, 1970). Em concordância, chama-se de análise de jurisprudência à metodologia que consiste em coletar as decisões de um ou diversos decisores sobre um determinado problema jurídico com o objetivo de identificar um momento⁵⁸ decisório, realizar um retrato do “estado da arte” sobre o assunto. A análise de jurisprudência permite a identificação da posição dos decisores em relação ao problema e/ou a suas eventuais inclinações em relação às demais possibilidades de solução que porventura não tenham sido adotadas (Freitas Filho e Lima, 2010: 5238-5239).

Realizou-se, assim, uma amostra por natureza de litígio que se caracterizasse pela problemática do contrato de trabalho versus contrato de prestação de serviços, confinando a mesma a um horizonte temporal entre 2008 e 2012, e em que as sentenças pertencessem a diferentes Tribunais de Trabalho de 1ª Instância. Seguindo a proposta de Luly Fischer (2007) que se baseia no ensino jurídico utilizado nas universidades americanas, a análise de jurisprudência tem um seguimento lógico, no sentido de sistematizar os elementos da argumentação judicial empregada e entender a significância da decisão. Não existe um método pré-estabelecido para fazer tal análise, mas em geral, a sinopse segue os seguintes pontos: resumo dos fatos (*facts*); objeto do litígio (*issue*); decisão (*holding*); justificativa da decisão (*reasoning*); e posicionamento ideológico (*policy*). Quanto ao resumo dos factos (*facts*), esta parte descreve os eventos entre as partes que conduziram ao litígio, devendo incluir outras informações relevantes ao entendimento da questão, como quem são o autor e o réu, o que originou a demanda judicial e o que o recorrente deseja ver reformado na decisão. O objecto do litígio (*issue*) é a questão (o problema) sobre o qual o tribunal deve decidir para solucionar a disputa entre as partes no caso. Para identificar o objeto do litígio identificamos a questão legal que regula o caso, isto é, a legislação aplicável. É relevante denotar, que numa decisão pode haver mais de uma questão a ser analisada, pois um recurso pode conter vários pontos que são objeto de litígio. A justificativa da decisão (*reasoning*), por sua vez, explica, fundamenta e dá suporte à decisão apresentada, na qual o tribunal deve justificar, explicar o porquê de ter interpretado a legislação de uma determinada forma ou aplicado determinado dispositivo legal ao fato concreto. E por último, o posicionamento ideológico (*policy*), que segundo a autora, quando o juiz decide, ele não é neutro, e distante dos fatos sociais em

⁵⁷ Conferir: <http://www2.maxwell.syr.edu/plegal/crit3/a14.html>

⁵⁸ Os autores identificam como “momento” a situação em que se encontra a questão-problema jurídica em um recorte determinado no tempo e no espaço, o momento indica que há um estado atual em que a questão se encontra e que a identificação desse estado pressupõe a consideração das variáveis relevantes nele envolvidas (Freitas Filho e Lima, 2010: 5238).

litígio, este possui uma carga moral, valorativa e ideológica que influenciam a decisão. Algumas vezes, estes fatores são explicitamente demonstrados na justificativa, todavia, nem sempre claros. Assim, deve ler-se nas “entre as linhas”, tentando classificar o posicionamento do juiz.

A nossa análise segue em parte a exposição da autora, sintetizando o conteúdo dos acórdãos sobretudo pelos seguintes elementos: intervenientes; objecto de litígio com a identificação da perspectiva do autor e factos, e a perspectiva do réu e factos; e por último, a decisão. Segue-se, depois, uma interpretação da mesma, focando somente os pontos mais importantes na nossa perspectiva e tendo em mente o nosso objecto de estudo.

7.1.2 Casos de estudo:

Caso 1:

O caso presente (Processo 1071/08.7 de 11/03/2010)⁵⁹ reúne o autor-A, desenhador, medidor e orçamentista da construção civil, e a Ré, uma empresa de construção que contratou os seus serviços desde 1993, e que findou em 2007, dado que segundo o autor-A um dos gerentes da ré lhe vinha infligindo reiterados actos de intimidação e humilhações despropositados desde 2006, desestabilizando-o emocional e psicologicamente, rescindindo, por isso, o contrato de trabalho com justa causa, em 9/11/2007. O caso tem por base o pedido de condenação da ré a reconhecer a cessação do contrato de trabalho, por iniciativa do trabalhador, com justa causa e, assim, a pagar ao autor a quantia devida. Contudo, o que é necessário provar, é a existência do vínculo laboral por contrato de trabalho. A ré, por sua vez, contestou alegando, em resumo, que o autor nunca foi empregado da ré, antes realizou trabalhos da sua especialidade para esta, como profissional independente, sendo pago como tal pelas tarefas que realizava, mediante a contabilização feita através de um mapa do qual constavam as horas efectivamente despendidas e de acordo com um valor/hora previamente estabelecido. Segundo a Ré, o contrato foi celebrado verbalmente, tendo o autor-A ficado condicionado ao chamado regime de “recibos verdes”, como se de um profissional liberal se

⁵⁹ Retirado de: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/0/8be1f2f38c993e53802576ee00406017?OpenDocument>

tratasse, relacionamento profissional que perdurou até Novembro de 2007, através de um contrato de prestação de serviços. Todavia, acontece que este mesmo argumento não encontra consenso em diversos factores, nomeadamente: o autor-A tinha como local do exercício da sua actividade a sede da Ré; recebia destas orientações e incumbências através dos seus gerentes; desenvolvia a sua actividade de desenhador/medidor/orçamentista de 2.ª a 6.ª-feira, durante 28 a 43 horas por semana; e realizava períodos de férias, durante algumas semanas por ano. Acresce que apesar de tudo isto ser matéria de facto, a Ré nunca efectuou descontos para a segurança social nem pagou ao autor os legais subsídios de férias e de Natal. Com efeito, a relação contratual, que perdurou por cerca de 14 anos, pressupunha a prestação da actividade qualificada do autor-A no âmbito do desenho, medição e elaboração de orçamentos relacionados com a construção civil sob ordens da Ré. Deste modo, a decisão foi a de qualificar o vínculo jurídico em causa como sendo um típico contrato de trabalho, pelo que a Ré foi condenada a pagar uma indemnização ao autor-A. Quanto à questão do despedimento por justa causa por parte do autor-A, fica por apurar dado que da parte do autor não houve o certo procedimento na matéria, no sentido que o fez apenas verbalmente e não por escrito.

Do presente acórdão podemos retirar os seguintes elementos que nos parecem relevantes. Primeiro estamos perante uma relação laboral de 14 anos, em que, e apesar de se ter provado que estamos perante um contrato de trabalho e não um contrato de prestação de serviços, a verdade é que para o autor, a sua situação laboral sempre foi precária. Em segundo, o autor decidiu cessar o vínculo laboral por sentir que estava a ser intimidado e humilhado por um dos gerentes da empresa para quem trabalhava, facto que o desestabilizou emocional e psicologicamente como pode ler-se acima. Quer isto dizer, que unido à precariedade do vínculo laboral, o autor nunca desfrutou de uma verdadeira protecção social, e ainda sofreu pressões da entidade patronal, a qual desvaloriza tal acontecimento e tenta ainda provar que não tinha quaisquer obrigações perante o trabalhador, já que este era trabalhador a prestação de serviços. Mais uma vez realçamos, facto, é que a relação laboral nestes termos, perdurou desde 1993 a 2007.

Caso 2

O caso presente (Processo n.º. 285/10.4 de 09-05-2011)⁶⁰ reúne o autora-B, que tinha como função a coordenação e a fiscalização de obras, e a Ré, uma companhia Lda. Trata-se de uma apelação de recurso por parte da autora pois não ficou provado o seu despedimento ilícito, mesmo que o reconhecimento do vínculo laboral tenha sido o de um contrato de trabalho.

A autora alega que foi admitida ao serviço pela Ré em 27-02-2007, por contrato verbal e por tempo indeterminado para trabalhar sob a autoridade, direcção e fiscalização desta, mediante retribuição mensal, acrescida de subsídio de refeição, liquidação das contribuições para a segurança social e seguro de acidentes de trabalho. A autora utilizava, ainda, os instrumentos fornecidos pela Ré, tais como computador, telemóvel, material de escritório e, por vezes, viatura. Tinha horário fixo com intervalo para almoço, e assim, no desempenho do seu trabalho cumpria ordens e directrizes da Ré. A Ré fixou o horário de trabalho das 08h30m às 18h30m, com intervalo para almoço, cumprindo ordens e sendo avaliada pela ré no exercício das suas funções, principalmente, no que se referia à pontualidade e assiduidade. Porém, a autora foi despedida pela Ré em 29/05/2009, que segundo a mesma foi sem invocação de justa causa e sem realização de qualquer processo de despedimento, tendo sido forçada a assinar um documento a que foi dado o nome de “Cessação do Contrato de Prestação de Serviços”. A autora diz ter sido coagida a assinar o documento, como única forma de receber a quantia em dinheiro que lhe pertencia. Tendo o tribunal reconhecido que se trata de um contrato de trabalho e não de um contrato de prestação de serviços, por seu turno, a Ré reafirma que não é mais que um contrato de prestação de serviços e que ambas as partes assinaram livremente um documento onde puseram termo por mútuo acordo à relação laboral, acrescentando que a autora litiga de má fé pelo que deverá ser condenada no pagamento de uma indemnização. A autora pediu depois uma anulação desse contrato, visto ter sido assinado sobre coação. Mesmo sendo óbvio que se tratava de um contrato de trabalho, facto é foi assinado uma rescisão por mútuo acordo e comprovado pelo tribunal, acordo esse que por dizer respeito a um contrato de prestação de serviços, conforme o próprio documento indica, não lhe são aplicáveis as normas do código de Trabalho. Nesta medida, o recurso interposto pela autora foi negado, independentemente

⁶⁰ Retirado de: http://www.trp.pt/jurisprudenciasocial/social_285/10.4ttgdm.p1.html

da apreciação de saber se os motivos invocados pela recorrente seriam ou não susceptíveis de integrarem a coacção moral. A verdade é que os mesmos não constam do elenco dos factos dados como provados. A decisão final é que o contrato em causa teve o seu fim através do acordo revogatório por mútuo acordo, inexistindo qualquer despedimento ilícito e não havendo, assim, motivos para alterar a decisão da alegação do recurso, mantendo-se a sentença recorrida.

Perante o exposto, pode retirar-se duas conclusões. A primeira é que mesmo tratando-se de um contrato de trabalho, a trabalhadora foi coagida a assinar uma revogação de contrato, não de trabalho, mas sim de prestação de serviços. Fica patente, que perante o medo de se perder os poucos direitos a que se tem direito, os indivíduos sujeitam-se a condições, na realidade falsas e ruminadas pelos empregadores, na esperança de não “perder tudo”. A segunda, é que neste caso específico, mesmo sendo reconhecida a existência de subordinação jurídica, não fica provada a coacção, por em termos legais tratar-se de uma rescisão de mútuo acordo que se deposita sob a assinatura da trabalhadora. Logo, os empregadores ficam em vantagem, dado que é através do próprio direito do trabalho que se sustenta a validade do contrato cessado. Em oposição, a trabalhadora vê reduzido os seus direitos, que foram cedidos sobre ameaça.

Caso 3

O caso em questão (Processo n.º. 4438/04.6 de 24-03-2010)⁶¹ reúne o Autor-A, jurista, o qual instaurou uma acção declarativa contra o Estado, nomeadamente, a Direcção-Geral de Viação (DGV), a Ré, no sentido de ver reconhecida a existência de uma relação de trabalho, titulada pelo contrato, e assim, se declare ilícita a cessação da relação laboral, por iniciativa da Direcção-Geral de Viação e que seja condenado a pagar-lhe as quantias devidas a título de subsídios de férias. Tal foi comprovado, e assim, a Ré apelou ao recurso.

⁶¹Retirado

de:

<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/339f4e4a33a8bdc8025770c00580b08?OpenDocument>

O caso envolve o autor-A argumenta que celebrou com a Direcção-Geral de Viação [DGV] um contrato escrito denominado de “Contrato de Prestação de Serviços em Regime de Avença” efectuando trabalho de consultadorias e de formulação de pareceres nos processos de contra-ordenação no âmbito do Código da Estrada, com início em 1999 e término em 30-10-2003. Porém, embora o contrato previsse o exercício de funções em condições de total autonomia, por imposição da DGV ao longo da relação contratual, a sua definição mudou, uma vez que esteve sempre sujeita às suas ordens e instruções, acabando por vigorar entre ambas um verdadeiro contrato de trabalho. O contrato foi terminado unilateralmente pela DGV, sem conhecimento por parte do autor-A, afirmando este, por isso, tratar-se de um despedimento ilícito. O despedimento causou segundo o autor-A desequilíbrio financeiro, e desgaste psicológico, devido à preocupação causada pela acentuada diminuição dos seus rendimentos. Porém, quanto a esta situação, o tribunal entende que apesar de ser um contrato de trabalho este deve ser declarado nulo, não impedindo que produzisse efeitos como se fosse válido durante o tempo em que esteve em execução. E assim, daqui deriva a grande questão deste processo, a qual se prende com o facto do autor-A nunca ter gozado férias, dado que a DGV não permitiu afirmando que caso o autor-A entendesse gozar os 22 dias úteis de férias a que teria direito, quando regressasse de férias teria cerca de 660 processos distribuídos para despachar, mais aqueles em que tinha sido interposto recurso ou requerimento de pagamento da coima em prestações, com a inerente consequência da suspensão da remuneração mensal, até à recuperação do atraso, isto se conseguisse recuperá-lo. Por seu turno, a Ré apela, pois que houve violação do direito a férias, alegando na relação de trabalho que mantinham, atento o contexto em que a mesma se desenrolou, não era exigível ao Estado, após a celebração de um contrato de prestação de serviços de boa-fé, que tivesse consciência de que no âmbito dessa relação contratual o autor-A tivesse direito a férias, pelo que não tendo agido com culpa não se pode concluir que obstou ao gozo de férias e que exista obrigação de indemnizar.

Todavia, mais uma vez foi reafirmada a sentença, e deste modo, negado o recurso. Vinca-se o facto de o direito a férias periódicas estar consagrado a nível internacional no art. 24º da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 10/12/1948 (publicada em Portugal no DR, 1ª série, de 9/03/1978). Evidencia-se que o direito a férias visa “possibilitar a recuperação física e psíquica dos trabalhadores e assegurar-lhes condições mínimas de disponibilidade pessoal, de integração na vida familiar e de participação social e cultural” (art. 2º, n.º 3 do DL 874/76), e nos fundamentos de direito pode ler-se que “não se

compreende nem se aceita que a DGV, onde trabalhavam juristas respeitáveis, venha sustentar, nestes casos, em que os elementos de facto integradores de uma relação de trabalho subordinado são evidentes, que não concedia férias, por entender que a relação que mantinha com a autora era uma relação de prestação de serviços [...] Sustentar, neste caso, em que a subordinação jurídica era manifesta, que não concedeu férias à autora por entender que a relação contratual consubstanciava um contrato de prestação de serviços, não tem, com o devido respeito, o menor cabimento [...] Aliás, a prática seguida pela DGV, mesmo que se admitisse, contra todas as evidências, que pudesse estar convencida que a relação contratual configurava um contrato de prestação de serviços, afigura-se nos inadmissível e pouco dignificante. É que os profissionais liberais também são pessoas e também necessitam de gozar dias de férias para descansar e recuperar energias e para assegurar condições mínimas de disponibilidade pessoal, de integração na vida familiar e de participação social e cultural, pelo que não se compreende que a DGV distribuísse processos à apelada todos os dias úteis do ano”.

Este acórdão tem particular relevância por três factores. O primeiro prende-se com a questão da entidade patronal ser efectivamente o Estado. De facto, existem muitos profissionais liberais a trabalhar para o estado em regime de prestação de serviços, que acabam por se constituir em casos gravosos com desenvolvimentos difíceis, como é o caso das amas da Segurança Social⁶² e dos músicos da Orquestra do Norte⁶³. O segundo, que advém do primeiro, é a inacreditável falta de conhecimento por parte da entidade patronal sobre o direito de férias conferido ao trabalhador, podendo ler-se na defesa exposta que não seria exigível ao Estado que no âmbito desta relação laboral, que “tivesse consciência” de saber que o trabalhador tinha direito a férias. Em terceiro lugar, o próprio acórdão condena esta situação, bem como as condições que foram impostas ao trabalhador se este de facto quisesse gozar férias, que de modo manipulativo seria aumentar a carga de tarefas e mesmo a suspensão do seu rendimento mensal, fazendo um certo tipo de chantagem com o trabalhador. Evidenciando a importância do direito a férias, que em muitos casos é banido, o acórdão recorre ao conceito de dignidade, afirmando a importância de integração na vida familiar e de participação social e cultural através dos direitos laborais.

⁶² Conferir em: <http://www.precariosinflexiveis.org/2011/12/testemunho-amas-da-seguranca-social.html>

⁶³ Conferir em: <http://www.precariosinflexiveis.org/2011/08/orquestra-do-norte-precariiedade-com-19.html>

Caso 4

O caso presente (Processo nº 435/09.3 de 15-12-2010)⁶⁴ junta o autor, um auxiliar técnico de laboratório, e a Ré, uma instituição que contratou os seus serviços. O autor alega que foi admitido ao serviço da ré, no início do mês de Dezembro de 1996 até final de Agosto de 1999, para exercer a actividade de auxiliar técnico de laboratório, através de acordo que as partes denominaram de contrato de prestação de serviços. A partir de 1 de Setembro de 1999, o autor afirma que celebrou com a ré um contrato de trabalho a termo certo pelo período de um ano, renovável. Acontece que em 27 de Outubro de 2008 foi despedido, o que segundo o acórdão “lhe causou a alteração profunda da sua vida e frustrou as expectativas que tinha de prosseguir a sua carreira ao serviço da ré, assistindo-lhe o direito aos créditos que peticionou”, dado que desde o início do mês de Dezembro de 1996 e até 27 de Outubro de 2008, sempre se manteve ao serviço da ré. A questão é que foi aberto novo concurso para contratação de um funcionário para exercer as funções que até à data vinha a desempenhar, porém, nesse concurso, a Ré estipulou requisitos de admissão que o autor não reunia, motivo pelo qual foi excluído do mesmo. O autor pretende que seja dado como válido o contrato de trabalho, e assim, considerar-se um despedimento ilícito. Este exercia as suas funções em instalações da ré, no Departamento de Engenharia ou em local por ela designado, efectuando o autor diversas deslocações ao exterior, em veículo propriedade da ré, a fim de realizar ensaios de materiais, a mando e com o conhecimento e autorização dos seus responsáveis. Para além disso, as ferramentas de trabalho utilizadas pelo autor no seu dia-a-dia pertenciam à ré, e o autor cumpria o horário de trabalho comum a todos os trabalhadores da ré - das 09h00 as 12h30 e das 14h00 as 17h30, “picando” o cartão de ponto (até 2005) ou «passando» o cartão de banda magnética (consoante os sistemas que foram sendo utilizados) como os demais trabalhadores da ré. E ainda, gozava 25 dias úteis de férias e não 22, fruto da antiguidade ao serviço da ré e da assiduidade, e recebia remuneração certa e periódica. Num momento inesperado, o autor “aos 34 anos, [...] viu-se privado da sua principal fonte de rendimentos”. Todavia, a Ré contestou a acção alegando que o autor, entre Dezembro de 1996 e Agosto de 1999, esteve a desempenhar tarefas nos laboratórios

⁶⁴Retirado

de:

<http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/8fe0e606d8f56b22802576c0005637dc/ffe8884722c227e08025781b004e66de?OpenDocument>

por ordem e contra o pagamento do Instituto e não da própria ré, acrescentado que os contratos celebrados em 27 de Maio de 2002 e 28 de Outubro de 2002 são contratos de prestação de serviços, exercendo o autor actividade com autonomia, e por isso, caso se considere que o contrato de trabalho em análise configura um verdadeiro contrato de trabalho, este deve ser nulo. Contudo, a decisão vem favorecer o autor, uma vez que a jurisprudência entende que se trata de um contrato de trabalho que produz efeitos como se fosse válido em relação ao tempo durante o qual esteve em execução. Deste modo, conclui-se que se tratando de um contrato de trabalho por tempo indeterminado, a cessação unilateral da relação laboral estabelecida com o autor representa um tipo de despedimento ilícito. Sendo assim, o autor deve receber uma indemnização pela honra dos seus direitos em substituição da reintegração, condenando a Ré.

O presente acórdão vinca essencialmente dois aspectos. O primeiro prende-se, novamente à questão do tempo. O autor, neste caso, esteve sempre vinculado à empresa desde 1996, pelo que o despedimento súbito para além de frustrar as suas expectativas de progressão enquanto trabalhador, incidiu também sobre a sua vida financeira gerando desequilíbrios. O segundo, que deriva do primeiro, é o facto da sua “lealdade à empresa” ser desvalorizada, tornando o trabalhador num bem descartável quando já não necessário. Porém, ficam por terra os direitos do trabalhador, o mesmo que sempre honrou os seus deveres quanto à empresa. Como assinalado pelo autor, o despedimento neste período da sua vida coloca-o numa situação bastante vulnerável.

Caso5

O caso em questão (Processo 6/08.1 de 10/12/2009)⁶⁵ reúne a autora, uma psicóloga, e o réu, o Instituto de Reinserção Social, a quem prestava o seu trabalho. A autora alega que em 7 de Janeiro de 2002, celebrou com o Instituto de Reinserção Social um contrato de prestação de serviços em regime de avença, o qual, após sucessivas prorrogações, vigorou até 31 de Dezembro de 2006, data a partir da qual o réu operou a respectiva cessação, mediante comunicação datada de 16 de Outubro de 2006, sendo que, pese embora a

⁶⁵Retirado de:

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bee3e11c1ff92d8380257689003eb01d?OpenDocument>

designação adoptada, atenta a forma de execução, a relação estabelecida deve ser considerada como um contrato de trabalho, daí que se tenha verificado um despedimento ilícito, com todas as consequências legais. A autora exerceu funções de técnica superior de reinserção social, efectuando a realização de perícias sobre a personalidade e avaliações psicológicas, acompanhamentos no âmbito da Lei Tutelar Educativa e dos casos de incumprimento do exercício do poder paternal e avaliações das condições socioeconómicas no âmbito tutelar cível. O local de trabalho da autora era onde funcionava a equipa de Portalegre do Instituto de Reinserção Social, tendo no mesmo local um gabinete com uma secretária para seu uso exclusivo, onde também se encontrava a documentação necessária ao exercício da sua actividade, designadamente Manuais de Procedimento do IRS, códigos e legislação avulsa. A autora tinha horário fixo, exercendo as suas funções entre as 9,00 horas e as 12,30 horas e as 14 horas e as 17,30 horas, e o seu serviço era distribuído pela “coordenadora”, estando adstrita ao cumprimento dos prazos que lhe eram fixados, os mesmos que vigoravam para todos os técnicos e para todo o território nacional os mesmos Manuais de Procedimentos. Acontece que em 16/10/2006, o réu comunicou à autora que o contrato, referido «foi considerado desnecessário, cessando em 31 de Dezembro» desse ano, acrescentando que “com base na consideração respeitosa pelos serviços prestados e para evitar eventuais surpresas com a fria comunicação por escrito foi informada por telefone pelo Director Regional do Sul do IRS, em finais de Setembro de 2006 que iria terminar o contrato”. Nesta mesma altura, a autora encontrava-se grávida e a cessação do contrato provocou na autora sentimentos de desânimo, ansiedade e angústia, ficando ainda registado, que esta para fazer face às despesas do seu agregado familiar, visto que esta era a sua segunda gravidez, recorreu a um empréstimo de pessoa amiga. Por seu turno, o réu discorda alegando que não se configura um contrato de trabalho, mas sim de prestação de serviço, dado que a trabalhadora elaborava o seu trabalho (as avaliações psicológicas) segundo a sua autonomia técnica, derivada dos seus conhecimentos técnicos e intelectuais», reafirmando que esta foi contratada pelo Instituto de Reinserção Social através de uma carta/convite para prestação de serviços de técnico superior, convite que a mesma aceitou, com prestação de serviços. Contudo, dado o exposto, ficou como provada a subordinação jurídica uma vez que “verificando-se uma relação de dependência da conduta do trabalhador na execução da prestação laboral em relação às ordens ou orientações determinadas pelo empregador, impõe-se concluir que a relação contratual entre eles estabelecida preenche os requisitos de um contrato de trabalho, sendo certo que, nos contratos por tempo indeterminado, como é o caso, havendo contradição entre o tipo contratual inicialmente

acordado e o realmente executado, prevalece a execução efectivamente assumida, e assim, a existência de um contrato de trabalho”. É assim, negada a revisão do processo ao réu e procedida a sentença do acórdão na qual o réu fazendo cessar unilateralmente a relação laboral estabelecida com a autora sem precedência de processo disciplinar, trata-se de um despedimento ilícito. Deste modo, a autora tem direito a receber, nos termos definidos pelas instâncias, salários intercalares e indemnização substitutiva da reintegração.

Do presente acórdão, duas notas se podem retirar. A primeira é a de que estamos perante o caso típico de contrato de prestação de serviços versus contrato de trabalho, o centro da questão é esta mesma, no sentido que foi assinado um contrato de prestação de serviços que agora se quer provar como contrato de trabalho. O que, por sua vez, fica facilmente provado pelo vínculo de subordinação existente. A segunda, e esta constitui-se na mais pertinente, é a forma como se efectua o despedimento, já por si ilícito. A autora foi informada pelo telefone de que os seus serviços não seriam mais necessários, como forma de a poupar perante a formalização do despedimento por escrito. Acresce que foi ignorado (ou não) o facto da autora se encontrar grávida, tornando mais difícil ainda o acontecimento inesperado. Para além disso, como é inevitável criou igualmente dificuldades a nível financeiro, tendo em consideração o seu agregado familiar, visto já ter um outro filho a seu encargo.

Considerações finais:

Como anteriormente dito, de um modo geral a problemática dos falsos trabalhadores independentes contempla como principal característica o argumento que coloca em contraposição a existência de um contrato de trabalho ou um contrato de prestação de serviços. Da análise efectuada, é possível articular entre as diferentes sentenças, os elementos que as constituem.

Logo, como contra-argumentos comuns verificados em todas as sentenças registam-se aspectos estruturais que comprovam a subordinação jurídica, como sejam: um horário de trabalho que é estabelecido pela pessoa a quem se presta a actividade; o trabalho é prestado nas instalações do empregador ou em local por este designado; existe um controlo externo do modo de prestação da actividade; o indivíduo está sob a obediência de ordens da empresa; existe uma retribuição certa, à hora, ao dia, à semana ou ao mês; os instrumentos de trabalho utilizados pelo indivíduo pertencem ao empregador; e a sua actividade laborativa é exclusiva a uma só entidade. Todos estes argumentos são mencionados como factos provados, e constituem a fonte principal na prova de que se está perante, efectivamente, um contrato de trabalho. Outro elemento comum a todas, e não menos importante, é que o facto se constituir na situação (limite) que desencadeia toda a acção. À partida, só existiu a denúncia destas situações por ter havido um despedimento, pelos trabalhadores afirmado, como ilícito. O que faz crer que de outro modo, a precariedade laboral que se verifica, tinha-se prolongado.

De um modo ou de outro, mais evidente, como é exemplo o caso nº3, uma protecção e segurança social dignas, o subsídio de férias, o subsídio de Natal, são elementos referidos como inexistentes no decurso da relação laboral. A singularidade do caso nº 3 recai sobre a importância atribuída ao direito a férias, onde na própria sentença se faz referência à *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, pela forma displicente como é negado pela entidade patronal. A entidade patronal, que por sua vez é o estado, apresentou contrapartidas ao trabalhador se este gozasse as suas férias, ameaçando-o com uma sobrecarga de trabalho, pagamento de uma coima, e ainda com a suspensão do seu salário. Este tipo de coacção ou constrangimentos, é também comum ao caso nº1 e ao caso nº 2. Quanto ao primeiro, foi o próprio trabalhador que decidiu cessar o vínculo de trabalho por ser intimidado e humilhado de modo contínuo por um dos seus empregadores, enquanto que no caso nº 2, a trabalhadora foi coagida a assinar uma revogação de um falso contrato de prestação de serviços, à qual cedeu por medo. Este caso é também o único das sentenças apresentadas em que não é dada razão ao trabalhador, isto é, o recurso é favorável ao réu dado não ter sido provada a

existência de coacção. É notório, que a precariedade se desenvolve, igualmente, por meios de pressão psicológica, demarcando o grau de insegurança subjacente desde logo à situação laboral do trabalhador. Os efeitos produzidos no indivíduo, recuperando o que foi analisado no ponto 6.3 a propósito da vulnerabilidade objectiva e subjectiva, é que relativamente à vulnerabilidade subjectiva, esta é visível no caso nº 1 pela desestabilização emocional e psicológica advinda da humilhação a que foi sujeito pela entidade patronal no exercício do seu trabalho, e ainda no caso nº4, pela frustração causada em termos das suas expectativas de progressão na carreira profissional. Por seu turno, a vulnerabilidade objectiva é evidenciada no caso nº 3, nº5, e igualmente no caso nº4, através dos efeitos do cessamento (neste caso) do vínculo contratual. No caso nº3, o desequilíbrio financeiro causou desgaste psicológico devido à preocupação causada pela quebra de rendimentos; no caso nº5 o impacto das dificuldades financeiras acentuadas pelo despedimento foi ainda maior, pelo caso da trabalhadora se encontrar grávida, colocando-a numa situação ainda mais vulnerável; no caso nº4, a quebra do vínculo provocou insegurança e incerteza quanto ao futuro, sobretudo em termos de perspectiva de novo emprego.

Um outro elemento que ressalta dos factos constantes nas sentenças, é o elemento temporal, isto é, o tempo da relação laboral em causa. O tal “consentimento forçado” ou “aceitação tácita” por parte dos trabalhadores de que falámos no capítulo 3 no âmbito da discussão acerca da subordinação jurídica, revê-se aqui tanto no caso nº1 patente no exemplo de uma relação laboral de 14 anos sob as condições que já referimos (fora do âmbito da protecção conferida pelo direito do trabalho), como no caso nº 4 que se encontra vinculado à empresa há 12 anos e à qual sempre foi leal na esperança de ver o seu bom trabalho recompensado, acabando por ser despedido. Quanto ao despedimento, queremos ainda deixar registada uma nota relativa ao caso nº5, pelo facto desta trabalhadora ter sido despedida pelo telefone como forma de “a poupar” perante a formalização do despedimento por escrito, vincando a precariedade existente no mundo do trabalho.

Acresce ainda, mais dois factos que merecem destaque. O primeiro, a propósito das qualificações profissionais e mesmo académicas dos autores das sentenças analisadas. O caso nº 1 diz respeito a um desenhador, medidor e orçamentista da construção civil, o caso nº 3 é relativo a um consultador jurídico, o caso nº 4 trata de um auxiliar técnico de laboratório, e o caso nº 5 é relativo a uma psicóloga. Todos detêm qualificação profissional deixando perceber que este tipo de relação laboral com base numa falsa prestação de serviços, não está ligada exclusivamente a níveis mais baixos de qualificação profissional e académica, como parece

proliferar pelos que se encontram bem qualificados⁶⁶. Para além disso, as entidades patronais que optam por este uso alternativo *ao* direito do trabalho, incluem instituições tanto do sector privado como do sector público, como é exemplo o caso nº 3, em que o trabalhador se encontra ao serviço do estado.

Em suma, como lugar-comum, o modo como o contrato de prestação de serviços é utilizado representa uma forma de libertar uma das partes do contrato da obrigação que legitima a relação de dependência, a provisão da segurança. Nestas “dissimulações” caem por terra as obrigações dos empregadores face aos trabalhadores, esvaziando o direito do trabalho dos seus princípios, e ratificando a assimetria de poder.

⁶⁶ A este propósito consultar a tese de Mestrado de Alfredo Campos intitulada *O Trabalho qualificado escapa à precariedade? Um estudo de caso da profissão científica* (2011) com a conclusão de que o trabalho qualificado “não escapa à precariedade”.

Conclusões

Ao longo deste trabalho, esteve sempre presente a intuição de que a relação entre a sociedade e o direito do trabalho é o um dos principais motores de transformação das relações laborais. Do mesmo modo, através de toda esta análise, fica patente que se estabelece um uso alternativo *ao* direito do trabalho não democrático e que este é resultado da dupla reciprocidade estabelecida entre a sociedade e o direito do trabalho, concretizando-se uma das hipóteses de partida. Tal observa-se pelo curso que o direito do trabalho e as relações laborais tomaram, e que a partir de 1980 fixou valores de pendor neoliberal que viriam a predominar até à actualidade. A flexibilidade, sobretudo, tornou-se solução para todos os problemas estruturais dando maior destaque ao económico e financeiro, minimizando a importância do social.

Desde logo, a flexibilidade contribuiu para que o contrato de trabalho clássico deixasse de preencher os requisitos necessários à adaptabilidade do emprego, dando origem ao aparecimento de contratos de trabalho atípicos, os quais se encaixavam com as novas formas de trabalho. Os vínculos laborais sofreram uma espécie de revolução, e com eles o conceito de subordinação jurídica tornou-se complexo dado o desenvolvimento das relações laborais e sociais.

Daí que a noção de subordinação jurídica se assuma como fundamental na presente tese, dado que é a partir desta que se formula a problemática que contrapõe o contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviços, caso empírico deste trabalho consignado através dos falsos trabalhadores independentes. O que está em causa é a fronteira entre o trabalho dependente e o trabalho autónomo e a sua difícil delimitação, pelo que esta questão é muito mais complexa do que aparenta, como procurarei demonstrar pela enumeração de três factores. Em primeiro lugar, a possibilidade de escolha em poder celebrar-se um contrato de trabalho ou contrato de prestação de serviços, não esclarece o tipo de relação contratual que se vai estabelecer. No sentido, que de facto pode existir subordinação jurídica, isto é, o trabalhador ter um horário de trabalho fixado pelo empregador, estar sob as suas ordens, o local de trabalho pertencer à entidade empregadora, enfim prestar o seu trabalho sob estas condições a um só empregador, e mesmo assim, poder ter sido celebrado um contrato de prestação de serviços que exclui o empregador de quaisquer obrigações no âmbito da protecção e segurança social. Em segundo lugar, o próprio mercado de trabalho proporciona a existência destes vínculos laborais dissimulados por contar com uma preferência dos

empregadores (pelas “vantagens” referidos em termos de custos), e por conseguinte, com um “consentimento forçado” dos trabalhadores que veem na aceitação destas condições o único meio de estarem inseridos no mercado de trabalho. E em terceiro lugar, este uso alternativo ao direito do trabalho deixa prever que embora existam situações onde de facto se realiza a prestação de serviços, a maior parte do recurso a este tipo de relação laboral surge apenas como uma forma de contornar as obrigações impostas pelo direito do trabalho, pelo que ao existir esta seletividade de direitos, o próprio direito do trabalho perde terreno e, até relevância, na sua existência, já que deixa de cobrir uma grande parte das relações de trabalho que se estabelecem. Neste sentido, é importante perceber que estamos perante formas de trabalho sem qualquer proteção jurídica, nas quais a falsa independência se traduz, em grosso modo, em dependência económica, deixando os trabalhadores fora do alcance do direito do trabalho e embutidos num quadro de precariedade laboral.

Como tal, o risco associado a esta “cultura do incumprimento” e de “dissimulação do paradigma laboral” (Fernandes cit. in Rebelo, 2008: 10) evidencia ainda mais o efeito de dupla reciprocidade entre o trabalho e os seus direitos, e a sociedade e os seus valores. É também por isso, que tendo como base as observações feitas acerca da subordinação jurídica ao longo deste trabalho, se dá alguma relevância ao processo de individualização na esferal. O facto de se assistir a uma contínua descolectivização das relações laborais e a uma crescente individualização dos conflitos laborais, evidencia que paralelamente existe uma valorização dada ao indivíduo que o faz prosseguir objectivos que sustentem não o seu bem-estar, mas o equilíbrio de uma força bem maior que são os mercados financeiros. Não nos podemos esquecer que vivemos sob uma ideologia capitalista neoliberal, e que de um modo ou de outro, estamos assentes nos seus pilares. O que pretendemos demonstrar ao longo deste trabalho, é que para além de permitir e potenciar a precariedade laboral, o neoliberalismo contribui ainda, para o enfraquecimento da força colectiva laboral fazendo-o através da valorização do indivíduo e da sua falsa autonomia (ou autonomia dependente como designada anteriormente no segundo capítulo). O indivíduo passa a ser instrumental na sustentabilidade do sistema neoliberal, que o vai flexibilizando perante necessidades afirmadas como individuais, mas que na realidade, se tornam nos requisitos necessários ao equilíbrio dos mercados financeiros. Como procurei ilustrar, a existência de fenómenos como o caso dos falsos trabalhadores independentes é, de um certo modo, resultado de valores como a competitividade e a produtividade fomentados por um discurso neoliberal, e que assim ao envolver o indivíduo através das suas ambições e expectativas, consegue com que os direitos associados ao trabalho sejam continuamente desvalorizados. E é por esta mesma razão, que o

conceito de vulnerabilidade é utilizado em estreita relação com o direito neste mesmo trabalho. A sua pertinência advém do facto de conseguir unir uma perspetiva subjetiva (a satisfação pessoal que advém do trabalho) a uma situação objetiva (resultado da natureza dos vínculos contratuais). Com efeito, a vulnerabilidade é uma noção polivalente que tanto qualifica os indivíduos como as instituições.

É claro do nosso ponto de vista, que a precariedade produz efeitos no indivíduo, e que esses mesmos efeitos são visíveis pela sua posição no mercado de trabalho. Quer isto dizer, que por exemplo, ser um falso trabalhador independente não significa somente estar fora da alçada do direito do trabalho, significa também insegurança, instabilidade e insatisfação. Os efeitos associados à precariedade da situação laboral podem, portanto, ser categorizados através de uma vulnerabilidade objectiva e uma vulnerabilidade subjectiva que em tudo dependem da segurança prevista pelo direito. O autor Serge Paugam (2007) elabora o seu modelo de análise tomando como objectiva a situação no emprego e como subjectiva a situação perante o trabalho, logo, é possível identificar uma componente objectiva, que coloca os trabalhadores em categorias profissionais precárias motivadas pela incerteza do seu vínculo profissional; e uma componente subjectiva que se revela através da insegurança e fragilidade quanto a si próprio e às condições de satisfação com o seu trabalho. Trata-se de evidenciar que por um lado, vínculos precários produzem insegurança e incerteza, e por outro lado, que a precariedade do trabalho frustra o trabalhador pelo reconhecimento da mesma. Daí a importância do direito do trabalho e a forma como este gere as relações laborais, pois de uma forma generalizada o direito garante/solidifica expectativas ao impor normas desincentivadoras (punitivas) dos factos que frustrem as expectativas ou ao promover por meio de vantagens, os comportamentos correspondentes ao esperado (Hespanha, 2007: 187).

A precariedade laboral e a ausência do direito do trabalho é o ponto comum nesta perspectiva, pelo que as funções do direito do trabalho são igualmente factor muito importante na temática deste trabalho. Através da análise das “novas” funções do direito do trabalho, o nosso ponto de chegada foi o direito do trabalho subversivo. A este respeito, duas considerações são indispensáveis. A primeira é que se reconhece a feição neoliberal no uso instrumentalizado do direito do trabalho. Este parece ser recurso privilegiado quanto à implementação de objectivos como a flexibilidade, a produtividade e a competitividade. A função de organizar as relações de poder, a função simbólica e a função económico-instrumental e os exemplos a elas associadas neste trabalho pretendem demonstrar isso mesmo, que actos como o aumento do poder patronal a fim de criar emprego, como é exemplo o *Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego* (função de

organizar as relações de poder); o fenómeno recente do *mobbing* ou assédio moral (função simbólica) que demonstra a pressão a que os trabalhadores estão sujeitos; e ainda, fenómenos como o *law shopping* (função económico-instrumental) que mercadorizam as leis laborais e o próprio direito do trabalho, evidenciam que o direito do trabalho é moldado segundo os interesses do mercado. A segunda é, portanto, a demonstração que existe um uso alternativo *ao* direito do trabalho verificado através dos falsos trabalhadores independentes, mas existe também, um uso alternativo *do* direito do trabalho, expresso na designação do direito do trabalho subversivo. Em boa verdade, o direito do trabalho subversivo pode observar-se sob a forma da sucessão de contratos a termo, e de uma forma mais extensa nas diferentes modalidades de precarização dos vínculos laborais como é o caso do trabalho a tempo parcial involuntário, do alargamento do horário de trabalho não remunerado, da assinatura de cláusulas contratuais desfavoráveis ao trabalhador etc. De acordo com António Casimiro Ferreira, a sua particularidade é o facto do processo de aplicação do direito por parte dos empregadores assentar numa mobilização não-democrática e num uso alternativo do mesmo orientado pelos valores do mercado, de que resulta a inefetividade dos princípios protetores do direito do trabalho por relação aos trabalhadores (Ferreira, 2012: 96; 2012a). Pelo contrário, os falsos trabalhadores independentes estão ao abrigo do direito civil, o que os exclui desta manipulação, mas os coloca numa posição ténue entre as fronteiras de um contrato de prestação de serviços e um contrato de trabalho, sendo igualmente excluídos da protecção jurídica conferida pelo direito do trabalho. É sob esta premissa que a metodologia utilizada, a análise de jurisprudência, faz todo o sentido.

Esta problemática, como se viu no trabalho de investigação empírica, ganha expressão na argumentação jurídica patente nas sentenças que têm como pano de fundo a oposição entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviços. A análise da jurisprudência operada através da síntese dos acórdãos e descrição dos argumentos, deixa a claro na nossa perspectiva três elementos que caracterizam o mercado de trabalho português. O primeiro é que o contrato de prestação de serviços é recorrentemente utilizado por facilitar as obrigações jurídico-laborais dos empregadores aos trabalhadores, ou seja, é muito mais fácil despedir um trabalhador com contrato de prestação de serviços dado que não se aplica a obrigatoriedade de honrar os direitos laborais como constam num contrato de trabalho. O acto é simples, o contrato cessa, a relação acaba. O segundo, é que de facto face a um tribunal de trabalho é relativamente fácil demonstrar que se trata de uma relação de trabalho por todos os factores já referidos (horário, comando, local de trabalho etc), porém pela duração das relações laborais observadas nos acórdãos, algumas de duração de 14 anos, denota-se a tal aceitação tácita, na

qual a resignação dá lugar à reprodução da precariedade. Do mesmo modo, verifica-se igualmente a tensão entre o domínio do direito do trabalho nas questões de domínio do direito civil, que por vezes dificulta a própria intervenção do direito do trabalho na questão central. Por último, mesmo que seja reposta a justiça em cada caso concreto (o que por vezes não acontece), a indemnização atribuída torna-se mais simbólica do que real, ao que acresce o desemprego como etapa seguinte, uma vez que a reintegração profissional nunca é a decisão suprema. Quer isto dizer, que no desempenho do trabalho e os direitos a ele anexados, são subsumidos, fazendo do trabalho actual uma sombra do que deveria ser. Embora possa ser uma consideração de senso comum, o trabalho perde a sua componente de dignificação por entre esquemas contratuais que destroem a sua importância.

Sendo assim, existem, contudo, algumas propostas face ao caso dos falsos recibos verdes. Uma delas resulta numa crítica ao estado. A autora Glória Rebelo critica o facto da erradicação da precariedade ilegal não merecer suficiente atenção do poder político, em especial o combate ao recurso do falso trabalho independente ou ao trabalho clandestino, matéria que há muito se encontra identificada pela Autoridade para as Condições de Trabalho – ACT como objecto central e regular de fiscalização (Rebelo, 2008: 9). Tal deve-se ao facto, arriscamos nós, do estado admitir que o recurso ao falso trabalho independente seja uma variável de ajustamento do mercado, no sentido que a sua utilização apenas promove a flexibilidade no seio das relações laborais. Na perspectiva da autora, torna-se necessário conceber novas metodologias de fiscalização com o objectivo de sustentar uma efectiva acção continuada capaz de mudar mentalidades e de influenciar novas práticas de gestão (cf. Rebelo, 2008: 10). De facto, o estado é sempre uma entidade ausente quanto o assunto é a precariedade laboral, a taxa de desemprego é importante, porém os vínculos contratuais que dão origem às suas variações raramente são tema de debate público. Como diria Zygmunt Bauman, a combinação entre o princípio de cooperação entre o estado e a economia é um dos pilares fundamentais do regime neoliberal (Bauman e Roviroza-Madrazo, 2009).

Uma outra proposta parte da análise Alain Supiot quanto ao alargamento da subordinação jurídica, e assim, das fronteiras da condição de trabalhador assalariado. O autor identifica duas tendências neste novo debate: a primeira consiste em restringir o âmbito da aplicação do direito do trabalho; a segunda, pelo contrário, consiste em alargar o âmbito de aplicação do direito do trabalho. Quanto à primeira, trata-se do corolário das políticas legislativas e jurisprudenciais desenvolvidas para alargar o espaço do trabalho independente. Quanto à segunda, e que na nossa modesta opinião consideramos a mais apropriada, recorre-se a outros critérios para além da subordinação jurídica, como é o caso de se começar a

substituir o critério de subordinação jurídica pelo da dependência económica. Nesta perspectiva, a submissão técnica às ordens de outrem na execução do trabalho é menos importante do que o de receber de outrem o seu ganha-pão. Segundo o autor, este critério poderia ter conduzido a alargar o âmbito de aplicação do direito social a todos aqueles que estejam na condição de parte mais fraca numa relação de trabalho (Supiot *et al*, 2003: 34-36).

Como reflexão final, o que esperar do futuro do trabalho? Do direito do trabalho? Até mesmo da sociedade? As respostas são cada vez mais difíceis de encontrar, porém arriscamos a premissa de que andando par a par, estes três elementos retomam a problemática de Émile Durkheim (1977) acerca do contrato, isto é, das relações contratuais e não contratuais que se desenvolvem simultaneamente, e que actuando conjuntamente marcam as relações sociais demonstrando que o mesmo está submetido a “uma regulamentação que é obra da sociedade e não dos particulares, e que se torna sempre mais volumosa e mais completa” (Durkheim, 1977: 243). O que se pretende dizer com isto? Que é importante não esquecer que embora hajam padrões normativos e regulamentação específica, são também os valores e as regras sociais que delineiam as escolhas e opções que sustentam as relações que se estabelecem entre os indivíduos, seja na esfera laboral ou fora dela. Tal como nos diz Durkheim na sua obra incomparável *A Divisão do Trabalho social* o contrato não se basta a si próprio, não é possível senão graças a uma regulamentação que é de origem social, o acordo das partes não pode tornar justa uma cláusula que por si mesma não o é, pelo que há normas de justiça cuja violação social deve prevenir, mesmo sendo consentida pelos interessados (cf. Durkheim, 1977: 248). A este respeito, o conceito de trabalho digno proposto pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), indissociável da ideia de justiça social, só poderá existir à partida for sustentado por uma sociedade que assuma os mesmos ideais. Estamos pois, perante a ideia de um trabalho seguro, dotado de sentido, inserido como exigência racional nas estruturas da própria reprodução social, tal como concebido por Axel Honneth. O autor condensa sucintamente, e de modo brilhante, esta questão na seguinte afirmação: “as reações daqueles que povoam os mercados de trabalho capitalistas contemporâneos somente podem ser explicadas apropriadamente se, ao invés da perspectiva da integração sistémica, for assumida a da integração social, pois o fato de que nas condições dadas há sofrimento e não apenas predomínio da indiferença, que há luta e exigências e não apenas reações de apatia estratégica, só pode ser compreendido se o mercado seguir sendo analisado como parte do mundo social da vida” (Honneth, 2008: 65).

Bibliografia

Aquino, Cassio (2008), “O Processo de precarização laboral e a produção subjetiva: um olhar desde a psicologia social” in *O público e o privado - Nº 11 - Janeiro/Junho*. Pp.169-178

Amado, João Leal (2009), *Contrato de trabalho*. Coimbra Editora

Barbalet, J. M. (1998), *Emoção, Teoria Social e Estrutura Social – Uma abordagem macrosocial*. Lisboa, Instituto Piaget.

Bauman, Zygmunt e Roviroso-Madrazo, Citlali (2010), *Living on Borrowed Time: Conversations with Citlali Roviroso-Madrazo*. Cambridge: Polity Press.

Bauman, Zygmunt (2007), *Modernidade e Ambivalência*. Lisboa: Relógio D’Água Editores

Bauman, Zygmunt (2002), *A sociedade sitiada*. Lisboa: Instituto Piaget

Bauman, Zygmunt (2001), *The individualized Society*. Cambridge, Polity Press

Bauman, Zygmunt (2000), *Liquid Modernity*. Polity Press

Beck, Ulrich (1992), *The risk society: Towards a new modernity*. Londres: Sage

Boltanski, Luc e Chiapello, Ève (2009), *O Novo Espírito do Capitalismo*. São Paulo

Bourdieu, Pierre (1989), *O Poder simbólico*. Lisboa: Difel.

Burawoy, M. (1979), *Manufacturing Consent : Changes in the Labor Process Under Monopoly Capitalism*. University of Chicago Press

Campos, Alfredo (2011), *O Trabalho qualificado escapa à precariedade? Um estudo de caso da profissão científica*. Tese de Mestrado em Relações de Trabalho, Desigualdades Sociais e Sindicalismo pela Faculdade de economia da Universidade de Coimbra. Coimbra: Faculdade de Economia

Carmo, Renato Miguel (org.) (2010), *Desigualdades Sociais 2010, Estudos e Indicadores*. Lisboa: Editores Mundos Sociais

Castel, Robert (2003), *L'insecurité sociale Qu'est qu'être protégé?*. Éditions du Seuil et La République des Idées

Castel, Robert. A Precariedade: transformação históricas e tratamento social. In: Da não-integração. Soulet, Marc-Henry (org). (2000)

Castel, Robert (1999). *Les Métamorphoses de la Question Social- Une chronique du salariat*. Librairie Arthème Fayard,

Castells, Manuel, (1998), *La Societé en Réseaux*. Fayard

Checchi, Daniele et al. (2011) *Fair and unfair Income Inequalities in Europe*. IZA Discussion Paper Series

Chung, Heejung e Oorschot, Wim van (2010), *Employment insecurity of European individuals during the financial crisis. A multilevel approach*. Edinburgh, RECOWE Publication, Dissemination and Dialogue Centre.

Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego (2012), Conselho Económico e Social – Comissão Permanente de Concertação Social

Costa, Hermes Augusto (2009), "A flexigurança em Portugal: desafios e dilemas da sua aplicação", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 86. pp.123-144

Countoris, Nicola (2007), *The changing law of the employment relationship*. Ashgate

Crossley, Nick (1996), *Intersubjectivity – The Fabric of Social Becoming*. London, Sage Publications

Dahrendorf, Ralf (1996), *A quadratura do círculo*. Lisboa, Edições 70

Dicionário da Língua Portuguesa – 6ª Edição. Porto, Porto Editora

Dornelas, António (coord.) et al (2011), *Emprego, Contratação Colectiva de Trabalho e Protecção da Mobilidade Profissional em Portugal*. Gabinete de Estratégia e Planeamento (GEP), Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social (MTSS)

Duarte, Ana Maria (2009), “Significados e Contornos Sociais da Precariedade” in FERVE- *Fartos d’ estes Recibos Verdes, Dois Anos a Ferver – Retratos da Luta, balanço da precariedade*. Pp.43-47

Duarte, Ana Maria (2004), “Precariedade e identidades. Questões para uma problemática” in *Actas dos ateliers do Vº Congresso Português de Sociologia - Sociedades Contemporâneas: Reflexividade e Acção; Atelier: Mercados, Emprego e Trabalho*.pp.11-17

Durkheim, Émile (1977), *A Divisão do Trabalho Social I*. Lisboa, Editorial Presença

Dworkin, Ronald (2000), *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge, MA: Harvard University Press,

Employment in Europe 2010. European Commission. Luxembourg: Publications Office of the European Union (Disponível em: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=119&langId=en>)

Estanque, Elísio (2007), "Recomposições no mundo laboral e desafios para a ação sindical", in *Ariús - João Pressoa, PBA - Brasil, vol. 13, nº 1*, pp.10-20.

Ferrari, Vincenzo (1989), *Funciones del derecho*. Madrid, Editorial Debate

Ferreira, António Casimiro Ferreira (2012a), *O Trabalho e os seus Direitos: perspectivas da sociologia do direito do trabalho* (prelo). Coimbra: Almedina.

Ferreira, António Casimiro (2012), *Sociedade de austeridade e o direito do trabalho de exceção*. Porto, Vida Económica

Ferreira, António Casimiro et. Al (2009), *Da sociedade Digna à sociedade precária – Balanço da Evolução Social em Portugal 2003- 2008*. UGT

Ferreira, António Casimiro (2008), "Trabalho digno e flexigurança", *Janus*, 11, 200-201

Ferreira, António (2006), *Impacto da Negociação Colectiva na Regulamentação do Mercado de Trabalho*. Lisboa, Colecção Cogitum, DGEEP-MTSS

Ferreira, António Casimiro (2005), *Trabalho procura justiça: os tribunais de trabalho na sociedade portuguesa*. Coimbra: Almedina.

Ferreira, António Casimiro (2003) *Trabalho procura justiça: a resolução dos conflitos laborais na sociedade portuguesa*. Tese de Doutoramento em Sociologia pela Faculdade de economia da Universidade de Coimbra. Coimbra: Faculdade de Economia

Ferreira, António Casimiro (2001), "Para uma concepção decente e democrática do trabalho e dos seus direitos", in B. S. Santos (org.), *Globalização: Fatalidade ou Utopia?* Porto: Edições Afrontamento.

Fernandes, António Monteiro (1999). *Direito do Trabalho 11ª Edição*. Coimbra, Almedina

Fineman, Martha (2010), "The Vulnerable Subject and the responsive State" in *Emory Law Journal*, Vol. 60. pp.251-275

Fischer, Lully (2007), "Proposta para análise jurisprudencial utilizando a Metodologia do Caso de Estudo Americano". Pp.1-11

Fonseca, Graça (2010) *Percursos Estrangeiros no sistema de justiça penal*. Lisboa, ACIDI

Freitas Filho, Roberto e Lima, Thalita Moraes (2010), “Metodologia de análise de Decisões”. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI - em Fortaleza. Pp. 5238-5247

Gomes, Júlio (2007), *Direito do Trabalho*. Coimbra Editora

Green, Francis (2009), “Subjective employment insecurity around the world”, in *Cambridge Journal of Regions, Economy and Society*, nº 2, pp. 343-363.

Harvey, David (2011), *O Enigma do Capital e as crises do capitalismo*. Lisboa, Editorial Bizâncio

Hepple, Bob e Veneziani eds.(2009), *The Transformation of Labour Law in Europe. A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*. Hart Publishing

Hespanha, António Manuel (2009), *Metodologias de Análise do Direito*. Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Pp.1-10 Disponível em: www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/amh_MA_9532.doc

Hespanha, António (2007), *O caleidoscópio do direito. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina

Hirigoyen, Marie-France (1999). *Assédio, Coacção e Violência no Quotidiano*. Editora Pergaminho, Lisboa

Honneth, Axel (2011), *Luta pelo reconhecimento – Para uma gramática moral dos conflitos sociais*. Lisboa, Edições 70

Honneth, Axel (2008), “Trabalho e reconhecimento – Tentativa de uma redefinição”, in *Civitas*, vol. 8. nº 1, pp. 46-67.

ILO (2012), *World of Work Report 2012 - Better jobs for a better economy*. Genebra: International Institute for Labour Studies

ILO, (2012a), *Global Employment Trends 2012*. Geneva, International Labour Office

ILO (2004), *Economic Security for a better world. Programme on Socioeconomic Security*. Geneva: International Labour Office

Kahn-Freund (1972), *Labour and the Law*. London, Stevens & Sons

Kovács, Ilona et al., (2006) “Flexibilidade e crise de emprego: tendências e controvérsias”. *Working Paper SOCIUS N° 8* - Centro de Investigação em Sociologia Económica e das Organizações Instituto Superior de Economia e Gestã Universidade Técnica de Lisboa

Kovács, Ilona (2005), *Flexibilidade de emprego, riscos e oportunidades*. Oeiras celta editora

Kovács, Ilona (1998), “Participação e competitividade” in Ilona Kovács e Juan José Castillo *Novos Modelos de Produção – Trabalho e Pessoas*. Oeiras, Celta Editora. Pp. 115-129

Livro Branco das Relações Laborais (2007), Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social.

Livro Verde das Relações Laborais (2006), Ministério do Trabalho e da Solidariedade Social.

Monteiro, Sandra (2009), “Desigualdades sólidas, capitalismo líquido, vidas gasosas” in FERVE- *Fartos d’ estes Recibos Verdes, Dois Anos a Ferver – Retratos da Luta, balanço da precariedade*. Pp. 53-56

MTE/SPPE/CODEFAT (2007), *Aspectos Conceituais da Vulnerabilidade Social*. Ministério do Trabalho e Emprego e DIEESE Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos

Offe, Claus (2010), *Inequality and the Labor Market: Theories, opinions, models, and practices of unequal distribution and how they can be justified*. Paper presented at Center for European Studies, Harvard University, March 26. Pp.1-33

Oliveira, Luísa e Carvalho, Helena (2010), “Desigualdades Geracionais: os jovens e a precariedade de emprego na UE) in Renato Miguel Carmo (org.) , *Desigualdades Sociais 2010, Estudos e Indicadores*. Pp.191-198

Paugam, Serge (2007), *Repenser la solidarité. L'ápport des sciences sociales*. Paris, Press Universitaires de France

Priban, Jiri (ed.) (2007), *Liquid Society and Its Law*. Ashgate.

Ramalho, Maria do Rosário Palma (2009). *Direito do trabalho. Parte I - Dogmática Geral*. Coimbra Almedina

Rebelo, Glória (2008), “A Revisão do Código de Trabalho”, *Working Paper nº70*.
DINÂMIA – CENTRO DE ESTUDOS SOBRE A MUDANÇA SOCIOECONÓMICA

Rebelo, Glória (2004), *Flexibilidade e Precariedade no Trabalho. Análise e diagnóstico*. Fundação para a Ciência e Tecnologia. Ministério da Ciência e do Ensino Superior

Rebelo, Glória (2003), *Trabalho Independente em Portugal, Working Paper nº 32*Dinâmia, Lisboa, Dinâmia/ISCTE.

Rebelo, Glória (2002), “Nova Cultura do Trabalho e do Emprego: Que desafios para os actores sociais?” *Working Paper nº23*. DINÂMIA – CENTRO DE ESTUDOS SOBRE A MUDANÇA SOCIOECONÓMICA

Redinha, Maria Regina Gomes (2003). *Assédio Moral ou Mobbing no trabalho in Estudos em Homenagem ao Professor Raul Ventura*. http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/24358/2/Assedio_moral_ou_mobbing_no_trabalho.pdf

Redinha, Maria Regina Gomes (1998), “A precariedade do emprego — uma interpelação ao Direito do Trabalho”. in *Texto da comunicação publicada no I Congresso Nacional de Direito do Trabalho –Memórias*. Coimbra, Almedina

Renaut, Alain (2005), *A Filosofia*. Lisboa, Instituto Piaget

Rosanvallon Pierre; Fitoussi Jean-Claude (1997). *A Nova Era das Desigualdades*. Editora Celta. Oeiras,

Sá, Teresa (2010), “Precariedade” e “trabalho precário”: consequências sociais da precarização laboral” in *Configurações* [Online], 7 (Disponível: <http://configuracoes.revues.org/203>)

Santos, Boaventura de Sousa (2006), *A gramática do tempo. Para uma nova cultura política*. Porto: Afrontamento

Santos, Boaventura de Sousa (1994), *Pela Mão de Alice: O Social e o Político na Pós-Modernidade*. Porto: Afrontamento

Satz, Ani B. (2008), “Disability, Vulnerability and the limits of antidiscrimination” in *Washington Law Review Association*. pp. 513-568

Sennett, Richard (2001), *A corrosão do carácter: As consequências pessoais do trabalho no novo capitalismo*. Editora Terramar

Serrano, Melisa; Xhafa, Edlira; Fichter, Michael (eds) (2011), *Trade unions and the global crisis: Labour’s visions, strategies and responses*. International Labour Office, Geneva.

Silva, Manuel Carvalho da (2007). *Trabalho e Sindicalismo em Tempo de Globalização – Reflexões e Propostas*. Mafra, Círculo de Leitores – Temas e Debates

Soczek, Daniel (2008), “Vulnerabilidade social e Novos direitos: reflexões e perspectivas” in *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 9, n. 1, jan./jun. Pp. 19-30

Somers, Margaret (2008), *Genealogies of Citizenship: Markets, Statelessness, and the right to have rights*. Cambridge: University Press.

Standing, Guy (2000), *Modes of Control: A Labour-Status Approach to Decent Work*. Geneva, International Labour Office.

Supiot, Alain (2010), *A Legal Perspective on the economic crisis of 2008* in *International Labour Review*, Vol. 149, Nº2, pp. 151-162

Supiot, Alain (2005), *Homo Juridicus – Ensaio sobre a função antropológica do Direito*. Lisboa, Instituto Piaget

Supiot, Alain (2005a), “O direito do trabalho ao desbarato no «mercado das normas»” in *Questões Laborais*. - Lisboa. Vol. 12, nº 26. pp. 121-144

Supiot, Alain et. Al (2003), *Transformações do Trabalho e Futuro do Direito do Trabalho na Europa*. Coimbra, Coimbra Editora

Supiot, Alain (1999). “Transformations du travail et devenir du droit du travail: une prospective européenne”, *Revue Internationale du Travail*, vol. 138, nº 1, pp. 33-52.

Turner, Bryan (2006), *Vulnerability and Human Rights*. The Pennsylvania State University Press

Vicente, Joana Nunes (2008), *A fuga à relação de trabalho (típica): em torno da simulação e da fraude à lei*. Coimbra Editora

White, Stuart (2003), *The Civic Minimum*. Oxford University Press

Wroblewski, Jerzy (1988), “Les Langages Juridiques: une typologie” in *Droit et Société* nº 8 *Le discours juridique: langage, signification et valeurs*. Pp. 15-30