

DA SITUAÇÃO JURÍDICA LABORAL; PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS DO DIREITO DO TRABALHO

Pelo Dr. António Menezes Cordeiro

I. Situação jurídica laboral, Direito do Trabalho e dogmática

I. Na situação jurídica laboral, uma pessoa está adstrita a desenvolver, em benefício e sob a direcção de outra, uma actividade, mediante remuneração. Trata-se, à partida, de uma situação duradoura e de serviço: duradoura porque vocacionada a prolongar-se no tempo, não se extinguindo automaticamente com o seu exercício e de serviço por postular uma apropriação jurídica de prestações de *facere*, por oposição a prestações de *dare*, de *non facere* ou de *pati*.

O posicionamento da situação laboral no seio da Ordem Jurídica, com uma subsequente e eventual classificação como patrimonial, obrigacional, relativa e sinalagmática, implica a apreciação crítica da evolução da Ciência do Direito, desde o princípio do século, na área do trabalho e uma tomada de posição face a algumas das polémicas fundamentais que animam o Direito do Trabalho.

II. A regulação das situações jurídicas laborais é assegurada por princípios e normas que, no momento histórico actual, integram o Direito do Trabalho. Não assim anteriormente (1): o contrato de trabalho ou a sua antecedente *locatio-conductio operarum* surgia, com os seus pares, na parte especial do Direito das Obrigações, subordinando-se aos princípios e normas gerais desse ramo do Direito Civil.

É sabido como, no rescaldo das revoluções industriais, uma percentagem sempre crescente das populações veio retirar a sua sobrevivência da celebração formal de contratos de trabalho (2). As grandes disponibilidades do mercado de trabalho, o êxodo rural conjugado com o não apetrechamento material e social dos centros urbanos, a incipiência técnica dos meios produtivos industriais já existentes, a concurrenciabilidade extrema da economia e a busca intensa de maiores lucros, seja para viabilizar novos investimentos produtivos, requeridos por uma evolução técnica contínua, seja para quaisquer outros fins, conduziram, ao longo do século passado, a grave confrontação social: salários baixos, alongamento do período de trabalho, instabilidade no emprego, más condições de trabalho e falta de protecção social na infância, na maternidade, nos acidentes, na doença e na velhice. Neste cenário constatou-se a insuficiência dos princípios da liberdade e da igualdade formais, impostos pelas revoluções liberais para

(1) Cabe referir, nomeadamente, a pandectística; assim, VANGOROW, *Pandekten*⁷, III (1869), § 645 (pp. 460-461); WÄCHTER, *Pandekten* II (1881), § 209, II (pp. 477 e ss.); ARNDTS, *Pandekten*¹³ (1886), § 314 (pp. 619-620); WENDT, *Pandekten* (1888), § 260, (p. 627); DERNBURG, *Pandekten*⁵, II (1897), § 122 (pp. 310-312); WINDSCHEID/KIPP, *Pandekten*⁹, II (1906), § 401 (pp. 744 e ss.).

(2) SCHNEIDER/GROSSMANN, *ArbeitsR*⁵ (1980), p. 40 chamam, assim, ao Direito do Trabalho, «filho da revolução industrial». Uma referência histórica a esta matéria pode ser confrontada em ULRICH LUHMANN, *ArbeitsR*² (1977), p. 17 e ss.; uma ponderação da temática laboral face ao sistema económico de base consta do n.º inicial de HANAU/ADOMEIT, *ArbeitsR*⁶ (1981).

encontrar quaisquer saídas que não implicassem roturas profundas no sistema económico e social. Pelo contrário: a própria actuação desses princípios, necessária para, sobre as ruínas do sistema anterior, propiciar a consolidação do novo tipo de sociedade, agravava a chamada «questão social». No trabalho como noutros sectores, o tratamento formalmente igual de realidades desiguais favorece o mais forte em detrimento do mais fraco (3). A nível jurídico, este estado de coisas traduziu a insuficiência do Direito das Obrigações de base romanista, tal como resultava dos Códigos Civis liberais, para solucionar o problema posto pelo desenvolvimento das relações de trabalho (4).

III. As necessidades político-sociais levaram à autonomização do Direito do Trabalho. Por iniciativa dos Estados ou na sequência da actuação das recém-formadas organizações laborais (5), foram sendo introduzidas normas destinadas à protecção dos trabalhadores (6); essas normas podem ser repar-tidas por três áreas, núcleos de outros tantos vectores do desenvolvimento futuro do Direito:

- a nível do contrato de trabalho;
- a nível das condições de trabalho e das condições sociais;

(3) HERSHEL, *Vom Arbeiterschutz zum ArbeitsR*, Fest. 100 DJT, I (1960), p. 312.

(4) Fala ISELE, *Das Arbeitsverhältnis in der Zivilrechtsordnung*, JuJb 8 (1967/68), p. 63, em «revolta contra o BGB», a propósito do surgimento, do Direito do Trabalho, mencionando RICHARDI, *ArbeitsR und ZivilR*, ZfA 1974, p. 11, um «descuido da relação de trabalho através da dogmática do BGB».

(5) BRECHER, *Das ArbeitsR als Kritik des bürgerlichen Rechts*, Fest. Molitor (1962), p. 35 entende, pois, o Direito do Trabalho como filho da «romântica social» e também do «levantamento das massas».

(6) A tónica da protecção dos trabalhadores constitui o lugar comum de argumentação mais frequente em todo o juslaboralismo. Cf. HERSHEL, *Vom Arbeiterschutz zum ArbeitsR* cit., pp. 305-308.

— a nível das organizações de trabalhadores e das suas atribuições e competência.

A nível de contrato de trabalho procedeu-se à introdução de normas, o mais das vezes injuntivas, destinadas a proporcionar o aparecimento de cláusulas equilibradas e a evitar outras indesejáveis; as condições de trabalho foram, progressivamente, objecto de intervenção pública — com a subsequente criação de serviços administrativos especializados — e de regulamentação legislativa, surgindo, concomitantemente, todo um sector de Direito da protecção social; as organizações laborais foram aceites, acabando por se lhes reconhecer atribuições gerais em defesa dos trabalhadores e competência para negociar as condições contratuais gerais de trabalho e para recorrer a procedimentos de luta laboral colectiva.

IV. A regulação da fenomenologia laboral carece, em consequência, de unidade sistemática: encontra-se, lado a lado, o Direito do Trabalho Individual, o Direito das Condições de Trabalho acompanhado por um jovem Direito Social, e o Direito do Trabalho Colectivo. O Direito do Trabalho Individual é o Direito do contrato de trabalho; normalmente é considerado Direito Privado (7) aparecendo, ainda nessa qua-

(7) O primeiro tratamento global do Direito do Trabalho Individual pertence, na Alemanha, a LOTMAR (1902-1908) ob. cit. infra nota (24). Quanto à natureza explicitamente privada da relação patrão-trabalhador, cf. HERSCHEL (1976), *ArbeitsR*, p. 7, HANAU/ADOMEIT, *ArbeitsR*⁶ cit., p. 35 e SCHMID, *Grundzüge des ArbeitsR* (1981) p. 2. Estes autores nas ob. e loc. cit. não deixam de fazer notar a natureza pública das relações que se estabeleçam entre os intervenientes na relação de trabalho e o Estado. Muitas vezes os juslaboralistas limitam-se a chamar a atenção para a natureza pública e privada do Direito do Trabalho tratado como um todo; assim MAUS, *Das Deutsche Arbeits- und SozialR*, I — *Das Arbeitsverhältnis* (1948), p. 28, SCHNORR v. CAROLSFELD, *ArbeitsR*² (1954), p. 10, ETZEL, *ArbeitsR der BRD* (1971), p. 35, SCHAUB, *Arbeitsrechts-handbuch*⁴ (1980) § 5, I e SCHNEIDER/GROSSMANN, *ArbeitsR*⁵ cit., p. 39. Os autores referem sempre, porém, a natureza privada do contrato

lidade, mencionado no art. 1152.º do Código Civil. O Direito das Condições de Trabalho e dos serviços estaduais conexos aparece como Direito Administrativo e logo Público (8), tendo o chamado Direito Social natureza híbrida pouco clara (9). O Direito do Trabalho Colectivo — Direito Sindical, Direito

de trabalho em si — p. ex., SCHAUB, *ArbeitsR*⁴ cit., § 29, I, 1 (p. 101) — focando a inexistência de uma estrutura unitária do Direito do Trabalho globalmente considerado — p. ex., SCHNEIDER/GROSSMANN, ob. e loc. cit.. É de mencionar ainda a opinião de GAMILLSCHEG, *Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des Individualarbeitsrechts* / *Zum Verhältnis von Arbeitsrecht und BGB*, AcP 176 (1976): este autor, depois de referenciar íntimas ligações entre o Direito do Trabalho e o Direito Civil (p. 197), considera quer o Direito do Trabalho Individual quer o Colectivo como Direito Privado, acrescentando: «Isto é evidente para um sistema económico que se baseie na propriedade privada dos meios de produção e na liberdade de indústria e de associação e com isso remete o Estado para o papel de um terceiro apartidário». Esta natureza privada seria, porém, apenas uma questão de «conveniência», de «urgência» ou de «caso histórico»: os mesmos efeitos teriam sido conseguidos em países política e socialmente similares com recurso ao Direito Público (p. 198).

(8) A WALTER KASKEL em *Die rechtliche Natur des Arbeiterschutzes* (1914) o mérito do tratamento geral desta área do Direito do Trabalho; quanto à sua natureza cf., p. ex., KASKEL, ob. cit., p. 15 e ainda, HERSCHEL, HANAU/ADOMEIT e SCHMID, ob. e loc. cit. supra nota (7). Num plano que transcende a bipartição clássica do Direito em Público e Privado é de notar a referência constante nos livros da especialidade ao Direito Internacional do Trabalho; este pode tocar todos os aspectos do fenómeno laboral, distinguindo-se não pelo seu conteúdo, mas pela sua forma de produção.

(9) Embora com raízes anteriores, surgiram, nos últimos anos, vários livros dedicados ao Direito Social; assim: HENKE, *Grundzüge des SozialR* (1977), RÜFNER, *Einführung in das SozialR* (1977), BRANDENBURG/HAHN, *Grundzüge des SozialR* (1978) e BLEY, *SozialR*³ (1980). O Direito Social tem vários sentidos — pode, nomeadamente, compreender o próprio Direito do Trabalho — sendo, em sentido estrito, o Direito da Segurança Social, integrado por alguns no Direito Público (p. ex. BLEY, *SozialR*³ cit., p. 25). O compulsar dos livros acima referidos indicia contudo uma mera exegese de textos legais, situação normal num sector jurídico ainda em formação doutrinária.

da Luta Laboral Colectiva — tem, também natureza indefinida: privada quando haja total liberdade de actuação laboral sem intervenção do Estado e pública sempre que, a qualquer título, as organizações laborais sejam integradas na orgânica estadual, havendo, naturalmente, uma graduação intermédia infinita, de acordo com coordenadas espaciais e temporais (10).

Esta fragmentação do Direito do Trabalho por vários ramos projecta-se na doutrina por forma radical: exceptuando referências comuns ao condicionalismo que propiciou o Direito do Trabalho, faltam, na literatura do sector, construções globais unitárias. Para além deste parâmetro, há ainda a apontar a dispersão assistemática das normas laborais dentro de cada um dos próprios três sectores acima referenciados. Fruto da resolução de problemas concretos, seja pela jurisprudência (11), seja pelo legislador (12), as normas laborais acumulam-se muitas vezes sem concatenação entre si, chegando ao extremo de corresponder a sistemas políticos diferentes ou antagónicos, dentro da mesma Ordem Jurídica formal.

As dificuldades postas por estes condicionalismos são fáceis de antever: descursa-se o tratamento científico da matéria juslaboral, a favor da descrição exegética de institutos posi-

(10) Já se viu como GAMILLSCHEG coloca este sector no Direito Privado (supra nota 7); já DAUBLER/HEGE, *TarifvertragsR²* (1981) p. 11, chamam a atenção para as dificuldades da integração das «convenções colectivas» no BGB. Porém, significativamente, a obra de HUGO SINZHEIMER que costuma ser apontada como o início do Direito do Trabalho Colectivo intitula-se *Der korporative Arbeitsnormenvertrag. Eine privatrechtliche Untersuchung*, I (1907) e II (1908).

(11) A importância da jurisprudência é determinante para países em que faltem textos legais; assim, U. LUHMANN, *ArbeitsR²* cit., p. 21 e HANAU/ADOMEIT, *ArbeitsR⁶* cit., p. 36. Sem deixar de reconhecer essa importância, mas protestando contra o que considerou certo exagero, HENNER WOLTER, *Arbeitskampf — Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung*, AuR, 1979, 333-341.

(12) A legislação laboral portuguesa é um exemplo claro neste sentido.

tivos díspares; agrava-se, por carência de apoio doutrinário, a posição dos legisladores e dos tribunais, num círculo vicioso de que não se antevê o fim. No limite, acaba-se por, em negação da Ciência, desconhecer o porquê das soluções encontradas.

V. Uma dogmática juslaboral é problemática. As dificuldades não se limitam à dispersão dupla das normas laborais, já sumariada. O próprio facto de o Direito do Trabalho se situar, nos países Ocidentais, em área de conflitos sociais por excelência, que oscilam entre a tenção latente e a luta aberta, põe a questão da sua sujeitabilidade real a esquemas jurídicos e logo convencionais (13). O fenómeno surge claro no sector do Direito do Trabalho Colectivo: é conhecida a inaplicabilidade prática de normas destinadas a regular as lutas laborais colectivas. E não se recorra à distinção verbal entre a validade de norma e a sua eficácia: a norma que, sistematicamente, seja ineficaz por não ser reconhecida pelos seus destinatários ou cuja eficácia dependa de conjunturas políticas ou de correlações de forças temporárias estranhas à normatividade, não tem peso social próprio e logo validade.

Os debates travados em torno da noção de dogmática ameaçam, por seu turno, novas complicações.

VI. Como hipótese de trabalho vai partir-se das bases que seguem. Dogmática é a recondução de normas e princípios aos valores que informam e justificam o seu conteúdo jurídico (14). Utiliza-se a expressão em sentido actualista e não

(13) Para a temática que segue é fundamental KURT BALLERSTEDT, *Probleme einer Dogmatik des Arbeitsrechts*, RdA 1976, 5 e ss.

(14) BALLERSTEDT, ob. cit., p. 6. Não é objecto deste estudo uma pesquisa metodológica sobre a dogmática jurídica actual e as suas perspectivas. Fique no entanto expresso que a possibilidade de questionar a noção de dogmática apontada no texto é mais terminológica do que de fundo. Um apanhado geral do problema pode ser conseguido nas obras referidas nas notas subsequentes.

para designar a tão criticada⁽¹⁵⁾ quanto aplicada dedução logicista de proposições a partir de conceitos pré-estabelecidos; não há, pois, limitação à mera interpretação e aplicação de normas⁽¹⁶⁾, antes surgindo como actividade aberta a valores, à propositura de questões inductíveis e à argumentação. A possibilidade de uma dogmática assim entendida advém pelo menos, seguramente, da unidade conferida a um sistema jurídico pela sua pertença a certa ordem social⁽¹⁷⁾; como diz LUHMANN há dogmática jurídica porque há Direito positivo. Assim entendida, a dogmática distingue-se da sistemática, que traduz a ordenação de princípios, regras jurídicas e institutos sob um ou mais pontos de vista ordenadores⁽¹⁸⁾.

VII. Assentes estas considerações, a possibilidade de integrar o Direito do Trabalho numa dogmática jurídica depende da positividade das suas normas, isto é, da sua validade-eficácia. A viabilidade de, por seu turno, descobrir uma dogmática laboral específica emerge da existência de valores pro-

(15) Cf. MEYER-CORDING, *Kann der Jurist Heute noch Dogmatik sein?* (1973) pp. 47-49.

(16) Como se vê em MEYER-CORDING, ob. cit., p. 23. Em geral, KARL LARENZ, *Metbodenlehre der Rechtswissenschaft*⁴ (1979), pp. 204 e ss. (p. 210).

(17) N. LUHMANN, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (1974), pp. 15 e ss. (20-21). Cf., deste mesmo autor, *Rechtssoziologie*² (1972), p. 205.

(18) BALLERSTEDT, ob. cit., 6. Cf. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts* (1968), p. ex., p. 11. Embora CANARIS não critique expressamente aquilo que viria a ser a opinião de BALLERSTEDT, pode-se esclarecer que ele não aceita a distinção que figura no texto entre a sistemática e a dogmática. Dada, porém, a possibilidade de, para as duas expressões, encontrar significados diferentes, a recondução de CANARIS apenas obrigaria a encontrar uma nova designação para o que no texto se diz de dogmática. O que é dispensável e logo inútil.

priamente laborais que, traduzindo porventura um sistema social especial próprio na área do trabalho, não possam ser imediatamente reconduzidos a valores próprios de outros ramos jurídicos.

A demonstração teórica da integrabilidade do Direito do Trabalho numa dogmática jurídica não é a sua demonstração prática: a sistemática é um apoio importante para a dogmática; uma situação normativa caótica veda o conhecimento do sector e logo a sua dogmatização. E numa sociedade de compromisso podem mesmo surgir várias dogmáticas: tantas quantos os sistemas sociais em presença que lograram a tradução de valores próprios a nível normativo.

No campo do Direito do Trabalho Individual — da situação jurídica laboral — mais estudado e menos sensível às tensões sociais — ficam minoradas as dúvidas quanto à efectiva validade e eficácia das normas e à possibilidade de conhecimento sistemático. Torna-se aí possível indagar a presença de valores propriamente laborais. O Direito do Trabalho Individual está, também, sujeito às influências dos demais ramos do Direito do Trabalho; a existência eventual duma dogmática laboral não pode, a todos os títulos, deixar de, nele, ser reconhecível.

Vai proceder-se a esse reconhecimento.

§ 1.º — A AUTONOMIA DO DIREITO DO TRABALHO

2. A emancipação: a relação comunitário-pessoal

I. As primeiras tentativas de emancipar a situação jurídica laboral do Direito das Obrigações resultaram dos estudos

de MENGER⁽¹⁹⁾ e de von GIERKE⁽²⁰⁾. Estes autores vieram, no essencial, defender a irreductibilidade da relação de trabalho à clássica relação obrigacional. Recorrendo ao velho Direito Germânico, pretenderam demonstrar a insuficiência da *locatio-conductio operarum* e dos outros contratos aparentados, para traduzir a realidade laboral: entre o empregador e o trabalhador estabelecer-se-ia uma ligação pessoal, baseada em lealdade mútua e não uma mera permuta sinalagmática entre salário e trabalho, como resultaria da aplicação estrita dos princípios patrimoniais civis consagrados no Digesto.

Esta tradição, apontada como germânica, não teria, apesar das críticas de v. GIERKE⁽²¹⁾, sido consagrada no Código Civil alemão de 1896. A necessidade de colmatar tal lacuna levaria ao aparecimento de uma regulação extravagante dos contrato e situação laborais, tomados como algo de essencialmente diferente do Direito das Obrigações.

II. Os ensinamentos de MENGER e v. GIERKE não dariam frutos imediatos. Na verdade, o próprio BGB, apesar de apontado como produto final e fiel da pandectística, não deixaria de acusar sensibilidade à problemática que precipitou o aparecimento do Direito do Trabalho. Tratando o contrato de prestação de serviço, o BGB consagrou, nos seus §§ 617 e ss. o «dever de assistência» a cargo do beneficiário da actividade. Compreendem-se aí, nomeadamente, certos deveres de cuidado na doença e de protecção contra perigos para a vida e a saúde do obrigado a prestar serviços, determinando-se a

(19) ANTON MENGER, p. ex. em *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*¹ (1890)⁴ (1908) e ⁵ (1927) — na 5.ª ed., vide pp. 160 e ss. — e em *Das Recht auf den vollen Arbeitsertrag in geschichtlicher Darstellung*² (1891), pp. 2-4.

(20) OTTO VON GIERKE, *Die Wurzeln des Dienstvertrages*, Fest. Brunner (1914), pp. 37 e ss. (p. ex., p. 40).

(21) *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht* (1889), p. 245.

injunção dessas mesmas normas — § 619. Esta conjunção normativa é, pelo menos, surpreendente num vínculo obrigacional de tipo clássico. No entanto, a fase exegética subsequente à entrada em vigor do BGB não diagnosticou nessas disposições algo de essencialmente diverso dos direitos de crédito: RÜMELIN, sem deixar de saudar o que considerou como «novidade social e política» (22) explica dogmaticamente o dever de assistência prescrito pelo BGB como mera concretização do princípio geral da boa fé, consagrado no § 242 (23).

III. A sistemática laboral foi obra de LOTMAR (24). Mas não a dogmática laboral: LOTMAR não defende a diferenciação clara da relação de trabalho face à obrigação: no ponto nevrálgico do dever de lealdade, o autor faz mesmo notar que ele, a não ser entendido como dever moral, não tem qualquer consagração no BGB (25). Por outro lado, LOTMAR, ao contrapor o contrato de trabalho ao de sociedade salienta, no último e ao contrário do primeiro, a existência de um escopo comum, base de qualquer comunidade (26).

A emancipação dogmática da situação jurídica laboral em moldes definitivos (27) é imputada a POTHOFF. Ao per-

(22) GUSTAV RÜMELIN, *Dienstvertrag und Werkvertrag* (1905), § 16, p. 262. As expressões «dogmática» e «sistemática» são utilizadas no sentido fixado supra n.º 1.

(23) RÜMELIN, ob. cit., p. 265.

(24) PHILIPP LOTMAR, *Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, I (1902) e II (1908), num total de cerca de 2000 p.

(25) LOTMAR, ob. cit., II, p. 859; cf. KULL, *Die Grundlagen, Grenzen und Nachwirkungen der arbeitsrechtlichen Treu- und Fürsorgepflicht* (1953)?, p. 8.

(26) LOTMAR, ob. cit., I, pp. 37-41.

(27) Embora não unânimes. Ainda em 1923 um autor como PAUL OERTMANN faz notar que a concepção antiga, de tipo patriarcal, que preside à classificação de trabalho como relação comunitário-pessoal não

guntar «é a relação de trabalho uma relação obrigacional?»⁽²⁸⁾, POTHOFF responde claramente pela negativa⁽²⁹⁾. Argumenta esse autor: «O trabalhador não promete prestações objectivas, mas sim a si próprio. Ele não deve prestações de trabalho singulares, mas antes cede a disposição sobre a sua força de trabalho. A lei não tem de regular uma relação de troca entre trabalho e remuneração mas sim as condições nas quais um cidadão pode ocupar um outro ao seu serviço. O Direito do Trabalho não é nenhuma parte do Direito das Obrigações mas antes um Direito das pessoas e deve formar um sector especial do Direito legal alemão junto do Direito da Família e do Direito dos Funcionários Públicos»⁽³⁰⁾.

IV. Embora com um discurso diferente do de POTHOFF, o nacional-socialismo aprofundaria, por vezes em termos radicais, a autonomia dogmática do Direito do Trabalho. A promoção legal foi importante, nesse sentido. Muito citado⁽³¹⁾, o § 2 do AOG⁽³²⁾ dispôs: «O director deve providenciar, para o bem do pessoal, para que este, na comunidade da empresa, lhe tenha fundada lealdade». Nesta disposição estaria consagrado o dever de lealdade que, reatando a tradição germânica medieval, só poderia ser localizado em situações jurídicas estruturalmente diferentes das obrigações.

corresponde já às realidades; sem negar a existência de elementos pessoais na relação de trabalho, OERTMANN recondu-la a um vínculo obrigacional. Desse autor vide *Deutsches Arbeitsvertragsrecht* (1923), § 5, p. 21.

(28) HEINZ POTHOFF, *Ist das Arbeitsverhältnis ein Schuldverhältnis?* ArbR 1922, 267 e ss.

(29) POTHOFF, ob. cit., 269-270, 273-274 e 283-284, p. ex.

(30) POTHOFF, ob. cit., 275-276.

(31) Cf. RICHARDI, *Entwicklungstendenzen der Treue- und Fürsorgepflicht in Deutschland*, em *Treue- und Fürsorgepflicht im ArbeitsR.*, publ. THEODOR TOMANDEL (1975) p. 51.

(32) *Arbeitsordnungsgesetz* de 20-Jan. 1934.

O posicionamento da doutrina da época seria porém decisivo. Como pano de fundo aplaude-se uma concepção organicista da sociedade⁽³³⁾. Também a empresa seria um organismo, mais precisamente de tipo comunitário⁽³⁴⁾; a situação jurídica laboral traduziria a integração do trabalhador na comunidade empresarial e não uma mera relação com o empregador. A justificação profunda da relação de trabalho estaria não na troca salário-trabalho, mas antes no trabalho conjunto em prol da empresa e do povo⁽³⁵⁾. A relação de trabalho teria pois natureza comunitário-pessoal diferente, por essência, das obrigações⁽³⁶⁾.

Por evidente, não é necessário desenvolver o fácil aproveitamento político-ideológico que esta concepção propiciou: do tradicionalismo germânico ao anti-romanismo⁽³⁷⁾ e anti-

(33) WALTHER OPPERMAN, *Der Gemeinschaftsgedanke im Arbeitsrecht*, JW 1937, 5 e ss.

(34) DENECKE, *Vermögensrechtliches oder personenrechtliches Arbeitsverhältnis?* DAR 1934, 220; JOERGES, *Arbeitsverhältnis und Betriebsgemeinschaft. Wesen und Rechtsgrund*, DAR, 1938, 92-93.

(35) NIPPERDEY, *Das System des neuen Arbeitsrechts*, ZAKdR 1935, 912; DENECKE, *Das Wesen des Lohnes nach dem Akademie-Entwurf eines Arbeitsverhältnissesgesetzes und die praktischen Folgerungen daraus*, DAR 1938, 191.

(36) DENECKE, *Vermögensrechtliches oder personenrechtliches Arbeitsverhältnis?* cit., 222; HUECK, *Die Begründung des Arbeitsverhältnisses*, DAR 1938, 181; JOERGES, *Arbeitsverhältnis und Betriebsgemeinschaft. Wesen und Rechtsgrund* cit., 93 e *Der Arbeitsvertrag als Begründung des Arbeitsverhältnisses in seiner geschichtlichen Entwicklung*, DAR 1938, 158; MÜLLERREISERT, *Das Arbeitsverhältnis als Vertrag und als Gemeinschaft des Personenrechts*, DAR 1938, 282; NIKISCH, *Die Bedeutung der Treuepflicht für das Arbeitsverhältnis*, DAR 1938, 182-183 e 184-185; WESTPFAHL, *Warum trägt das Arbeitsverhältnis personenrechtlichen Charakter?* DAR 1938, 239.

(37) «A doutrina marxista do materialismo e da luta de classes não teria até sido provavelmente possível se não tivesse dominado a doutrina jusromanista do carácter patrimonial da relação de trabalho, mas antes se esta tivesse sido considerada segundo os princípios do direito alemão como relação de lealdade pessoal na qual o principal não está na troca de prestação e contraprestação mas sim no sentimento comunitário e na vontade comum», DENECKE, *Vermögensrechtliches oder personenrechtliches Arbeitsverhältnis?* cit., 223, 1.ª col.

-liberalismo⁽³⁸⁾, do comunitarismo ao anti-sindicalismo⁽³⁹⁾ e das fórmulas vagas à atribuição de poderes incontrolláveis ao Estado⁽⁴⁰⁾ foi uma distância curta, na Europa conturbada da década de trinta.

Seria contudo via metodologicamente errada o desconsiderar globalmente a concepção da situação laboral como comunitário-pessoal apenas pelo aproveitamento dela realizado pelo nacional-socialismo. Ela tem raízes anteriores à implantação desse regime, em 1933 e sobreviveu-lhe. Mesmo no período que mediou entre 1933 e 1945, a tese em causa foi defendida por juslaboralistas de craveira indiscutível, como NIPPERDEY, HUECK e NIKISCH. E finalmente convém lembrar que não há concepção jurídica, por lapidar que seja, que não possa, em certos condicionalismos históricos, ser totalmente prevertida.

V. A consideração da situação jurídica laboral como tendo natureza comunitário-pessoal distinguindo-se, por isso, das relações obrigacionais, tem sido uma constante no Direito do Trabalho, praticamente até aos nossos dias. Apelidada de indiscutível⁽⁴¹⁾ e de grande progresso político-social⁽⁴²⁾, a relação comunitário-pessoal viabilizou, a nível dogmático, uma verdadeira emancipação do Direito do Trabalho⁽⁴³⁾ e,

(38) DENECKE, *Das Wesen des Lohnes* cit., 190.

(39) Através da *Deutsche Arbeitsfront*, os sindicatos foram colocados em estrita dependência do Estado.

(40) NEUMANN, *Das Arbeitsrecht in der modernen Gesellschaft*, RdA 1951, 2; segundo este autor, as cláusulas gerais serviram para restringir direitos dos trabalhadores e para os adstringir a novos deveres.

(41) DERSCH, *Entwicklungstendenzen im Arbeitsrecht unter Abweichung vom BGB*, RdA 1958, 441.

(42) HERSHEL, *Vom Arbeiterschutz zum Arbeitsrecht* cit., p. 312.

(43) Figura, assim, à cabeça da maioria das obras gerais dedicadas ao Direito do Trabalho; assim, por ex.: MAUS, *Arbeitsverhältnis* cit., p. 29; HUECK/NIPPERDEY, *ArbeitsR*⁷ (1963), pp. 28, 241 e 390; ZÖLLNER, *ArbeitsR*² (1979), p. 105 (natureza pessoal); SCHMID, *ArbeitsR* cit., p. 41 (este autor fala

a nível prático, em conjunturas favoráveis, soluções novas em prol das classes laboriosas.

Resta saber se a fórmula em causa é cientificamente acertada e praticamente necessária.

3. Os deveres de lealdade e assistência

I. A qualificação da situação jurídica laboral como comunitário-pessoal não é, efectivamente, uma operação académica. Para além de permitir uma diferenciação clara em relação ao Direito das Obrigações, ela foi a base de importantes consequências a nível de regime, propiciando e justificando as traves mestras do sistema jurídico-laboral.

A primeira tradução substancial dessa alegada natureza específica da situação jurídica laboral estaria na existência dos chamados deveres de lealdade e assistência (44).

Apresentados como contrapostos (45), os deveres de lealdade e assistência, assistiriam, respectivamente, ao trabalhador e ao empregador. A sua definição é normalmente bastante vaga. Numa tentativa de síntese, pode-se contudo dizer que, por força do dever de lealdade, o trabalhador estaria obrigado a, por acção ou omissão, velar pela manutenção dos interesses da entidade empregadora e da empresa (46). Paralelamente,

já em estrutura dupla). NIKISCH, que defende a teoria da incorporação (vide *infra*) entende que só no momento em que a relação ganha verdadeira dimensão comunitário-social surge a natureza laboral; também nessa ocasião nascem os efeitos que verdadeiramente a distinguiram das obrigações; cf. *ArbeitsR*³ (1961), pp. 445-446. Cf. também a bibliografia citada em MENEZES CORDEIRO, *A pós-eficácia das obrigações* (1982) n.º 5.

(44) Cf. HUECK/NIPPERDEY, *ArbeitsR*⁷ cit., p. 28.

(45) P. ex. SCHAUB, *ArbeitsR*⁴ cit., § 108 (p. 570); BROX, *Grundbegriffe des ArbeitsR*⁵ (1977) p. 12; U. LUHMANN, *ArbeitsR*² cit., p. 143.

(46) P. ex., HUECK-NIPPERDEY, *ArbeitsR*⁷ cit., pp. 242-243.

o dever de assistência obrigaria o empregador a providenciar pela integridade da pessoa, da saúde e do património dos trabalhadores (47).

II. Pode tentar ordenar-se o papel dos deveres de lealdade e assistência dentro do Direito do Trabalho distinguindo:

- uma função sistematizadora;
- uma função de política legislativa;
- uma função constitutiva.

No ponto de vista da sistematização, os deveres de lealdade e assistência permitiriam reunir e ordenar toda uma série de disposições legais específicas destinadas a modelar as relações entre empregadores e trabalhadores, justificando-as, no seu conteúdo. Pelo prisma da política legislativa, os deveres em análise constituiriam «uma cláusula geral para o legislador», levando-o a novas concretizações normativas. Finalmente e de acordo com as circunstâncias do caso concreto, os princípios referidos permitiriam descobrir novas soluções por forma a enfrentar situações novas ou a superar carências de regulação legal (48).

III. O conteúdo dos deveres de lealdade e assistência preenche centenas de páginas em obras gerais e monográficas (49). O seu âmbito tem variado em função das críticas

(47) P. ex., HUECK-NIPPERDEY, *ArbeitsR*⁷ cit., pp. 394 e ss. e 405 e ss.

(48) Cf. NIKISCH, *Die Bedeutung der Treupflicht für das Arbeitsverhältnis* cit., pp. 183-184.

(49) Cf. MAUS, *ArbeitsR* cit., pp. 180 e ss.; NIKISCH, *ArbeitsR*³ cit., §§ 34 e 36 (pp. 445 e ss. e 470 e ss.); HUECK/NIPPERDEY, *ArbeitsR*⁷ cit., §§ 37 e 48 (pp. 241 e ss. e 390 e ss.); ETZEL, *ArbeitsR* cit., pp. 157 e ss.; BROX, *ArbeitsR*, cit., pp. 39 e ss.; GAMILLSCHEG, *ArbeitsR*⁵ (1979) pp. 112 e ss.; ZÖLLNER, *ArbeitsR*² (1979), pp. 115 e ss. (este autor levanta,

que à concepção de base têm sido movidas⁽⁵⁰⁾. A título de mero exemplo, pode dizer-se que, por força da lealdade, o trabalhador estaria adstrito a deveres de diligência, de siglilo, de não aceitação de subornos por terceiros, de não concorrência, de não prestação de trabalho a terceiros e de actuação no sentido de avisar e evitar danos na empresa. Por força da assistência o empregador deveria velar pela higiene e segurança no trabalho, pelo auxílio na doença e em acidentes e pela protecção dos bens do trabalhador. Em leituras mais reforçadas, direitos como os do descanso anual — férias —, da reforma, de manutenção do posto de trabalho e de reintegração em caso de despedimento indevido seriam emanações do dever de assistência, enquanto os deveres de obediência e disciplina sê-lo-iam do de lealdade. Chegou-se, aliás, ao extremo de, pelas penas de SIEBERT⁽⁵¹⁾ e de DIETZ⁽⁵²⁾, defender a recondução a esses deveres tipicamente laborais dos próprios deveres de trabalho e de pagamento do salário. O regime dos deveres apontados teria, por seu turno, especificidades emergentes da sua natureza peculiar: assim e nomeadamente as possibilidades de pré e pós-eficácia⁽⁵³⁾.

Os deveres de lealdade e assistência, com as suas ramificações e regimes próprios, comprovadamente firmados no Direito, seja pela lei, seja pela jurisprudência, tornariam a relação de trabalho irredutível a uma troca sinalagmática entre

porém, algumas dúvidas quanto à qualificação de base), LÖWISCH/LÖWISCH, *ArbeitsR*² (1980) pp. 55 e ss. e 72 e ss.; SCHMID, *ArbeitsR* cit., pp. 46 e ss.

(50) Vide infra n.ºs 8, 9 e 13.

(51) WOLFGANG SIEBERT, *Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit* (1935), pp. 100-101.

(52) ROLF DIETZ, *Die Pflicht der ehemaligen Beschäftigten zur Verschwiegenheit über Betriebsgeheimnisse*, Fest. Hedemann (1938) pp. 330-331. Cf. MENEZES CORDEIRO, *A pós-eficácia das obrigações* cit., nota (78).

(53) Cf. a bibliografia coligida em MENEZES CORDEIRO, obra supra cit., n.º 5.

trabalho e salário⁽⁵⁴⁾; graças a eles, a fenomenologia laboral fica definitivamente diversa da obrigacional⁽⁵⁵⁾, sendo as diferenças de regime, bem substanciais, também obra sua.

IV. A natureza dos deveres de lealdade e assistência está pouco clara na doutrina que os defende⁽⁵⁶⁾. Pode tentar-se uma clarificação apontando, como distintas, três tendências de os reduzir respectivamente a:

- deveres acessórios;
- deveres autónomos;
- deveres principais.

Os deveres acessórios caracterizam-se pela sua dependência em relação aos deveres de prestar propriamente ditos, estando orientados para a sua delimitação e precisão, no caso concreto. Normalmente, entende-se que estes deveres têm natureza legal, por derivarem directamente das cláusulas gerais⁽⁵⁷⁾. Para alguns autores, os deveres de lealdade e assistência assumiriam precisamente estas características. Curiosamente, os autores, em causa repartem-se por dois grupos: o dos que, tendo escrito logo nos primórdios do juslaboralismo, ainda não reconheciam à relação de trabalho uma autonomia dogmática de fundo e o daqueles que, nos últimos anos, ten-

(54) HERSHEL, *Vom Arbeiterschutz zum ArbeitsR* cit., pp. 312-313.

(55) DENECKE, *Vermögensrechtliches oder personenrechtliches Arbeitsverhältnis?* cit., p. 222; ISELE, *Das Arbeitsverhältnis in der Zivilrechtsordnung*, cit., p. 67.

(56) Em geral, cf. sobre este tema THEO MAYER-MALY, *Treue- und Fürsorgepflicht in rechts-theoretischer und rechtsdogmatischer Sicht* em *Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht* de TOMANDL cit., pp. 87-88.

(57) Cf., no Direito Civil, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações I* (1980) n.º 47, *A violação positiva do contrato*, ROA (1980), p. 132 e *A pós-eficácia das obrigações* cit. n.º 7, II. A doutrina juslaboral utiliza aliás, normalmente, os quadros propiciados pela Direito das Obrigações.

tam colocar a doutrina laboral a par dos avanços da Ciência do Direito Privado. Entre os primeiros, é de integrar, por exemplo, RÜMELIN que, como se disse, pretendia ver nas manifestações do dever de assistência emergentes do BGB meras concretizações do princípio da boa fé⁽⁵⁸⁾ e OERTMANN que reconduz o dever de assistência ao dispositivo legal que consagra algumas das suas manifestações⁽⁵⁹⁾ limitando, por seu turno, o dever de lealdade, em certos casos, a mero dever acessório de omissão⁽⁶⁰⁾. Entre os segundos, encontra-se boa parte da doutrina que, recentemente, se tem levantado contra o discurso juslaboral clássico. Neste último sector coexistem várias posições: os deveres de lealdade e assistência seriam acessórios no sentido de não terem correspondentes exactos⁽⁶¹⁾, por tal designação ser linguisticamente preferível⁽⁶²⁾, por derivarem de boa fé⁽⁶³⁾ ou por implicarem os chamados deveres de protecção⁽⁶⁴⁾.

(58) RÜMELIN, *Dienstvertrag und Werkvertrag* cit., p. 265.

(59) OERTMANN, *Deutsches ArbeitsvertragsR* cit., pp. 199 e ss.

(60) OERTMANN, *Deutsches ArbeitsvertragsR* cit., p. 188.

(61) ZÖLLNER, *ArbeitsR*² cit., p. 115.

(62) SCHNEIDER/GROSSMANN, *ArbeitsR*⁵ cit., p. 94.

(63) SÖLLNER, *ArbeitsR*⁷ (1981), p. 216 (em parte) e ZÖLLNER, *ArbeitsR*² loc. cit. (também em parte). O recurso à boa fé é, aliás, um lugar comum na doutrina juslaboralista, mesmo por parte dos autores que reclamam uma maior autonomia para os deveres de lealdade e assistência. Assim MAUS, *ArbeitsR* cit., p. 175; HUECK/NIPPERDEY, *ArbeitsR*⁷ cit., p. 391; e *Grundriss des ArbeitsR*⁵ (1970), p. 91; BROX, *ArbeitsR*⁵ cit., p. 39.

(64) SÖLLNER, *ArbeitsR*⁷ cit., p. 217. Esta referência traduz a tentativa de introdução no Direito do Trabalho da doutrina de CANARIS sobre o dever unitário de protecção, nas obrigações. Quanto à evolução e sentido dessa doutrina, cf. MENEZES CORDEIRO, *A pós-eficácia das obrigações* cit., n.º 9. Também HANAU/ADOMEIT, *ArbeitsR*⁶ cit., recorrem ao dever de protecção, a cargo, respectivamente, do empregador (p. 139) e do trabalhador (p. 140). Estes autores colocam-se, porém, num plano já diferente do dos clássicos deveres de lealdade e assistência.

V. Reagindo contra o que consideram ser uma despromoção dos deveres de lealdade e assistência ⁽⁶⁵⁾, outros autores consideram-nos não como deveres acessórios, mas como deveres autónomos. Esta orientação estava já clara em NIKISCH que, reagindo embora aos excessos de SIEBERT, faz notar não ser o dever de lealdade meramente acessório ⁽⁶⁶⁾. Nos nossos dias, é de referenciar HERSCHEL, para quem os deveres acessórios não implicam deveres de comportamento autónomos — o que elevaria automaticamente os deveres de lealdade e assistência à categoria de deveres principais ⁽⁶⁷⁾ — e SCHAUB que utiliza a fórmula clássica para traduzir a soma de todos os deveres acessórios ⁽⁶⁸⁾.

VI. Finalmente, já foi referida a tese pela qual a situação jurídica laboral origina, em primeira linha, um dever de lealdade mútua de que derivariam, como meras consequências, outros deveres, entre os quais o de trabalho e o de pagamento de salário.

Por ela bateram-se SIEBERT e DIETZ ⁽⁶⁹⁾ ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁵⁾ Este entendimento deve ser imediatamente refutado por desconforme com a natureza dos deveres acessórios; o termo «acessório» significa não uma posição de segundo plano mas antes o facto de serem imputados pela boa fé às obrigações propriamente ditas. Repare-se que a consistência efectiva do conteúdo das obrigações depende precisamente dos deveres acessórios. Sobre a «despromoção» cf. VASSILI MAVRIDIS, *Vor- und Nachwirkungen der Fürsorgepflicht im ArbeitsR*, AuR, 1957, p. 225.

⁽⁶⁶⁾ NIKISCH, *Die Bedeutung der Treuepflicht für das Arbeitsverhältnis* cit., p. 183.

⁽⁶⁷⁾ HERSCHEL, *Haupt- und Nebenpflichten im Arbeitsverhältnis*, BB 1978, 570; a boa fé serviria, para este autor, para determinar o conteúdo do dever de lealdade, mas não para o fundamentar; cf. HERSCHEL, *ArbeitsR* cit., p. 94 e, quanto à assistência, p. 109. Chama-se a atenção para o facto de o entendimento de HERSCHEL ser, no tocante aos deveres acessórios, excessivamente restritivo.

⁽⁶⁸⁾ SCHAUB, *ArbeitsR*⁴ cit., p. 230.

⁽⁶⁹⁾ Cf. supra notas (51) e (52).

⁽⁷⁰⁾ Pode ser considerada algo intermédia a concepção de DENECKE quanto à natureza do salário em *Das Wesen des Lohnes* cit., p. 193. Para este

4. A teoria da incorporação

I. Os deveres de lealdade e assistência, incompreensíveis, nas suas ramificações, para um Direito das Obrigações de tipo clássico, estabeleceriam, em bases seguríssimas, a dogmática laboral por eles modelada. Não obstante, o facto de a situação laboral assentar num pacto celebrado entre privados implicaria sempre a aplicação ao contrato de trabalho de boa parte das normas competentes do Código Civil. Uma dogmática radicalmente autónoma exigiria que a relação de trabalho fosse fundamentada não em contrato mas noutro facto jurídico tipicamente laboral. Com recurso à noção básica da relação comunitário-pessoal esse passo foi dado através da chamada teoria da incorporação.

II. Na linha anti-romanista seguida por alguma doutrina na década de trinta (71) tentou contrapor-se ao princípio contratual um princípio dito comunitário (72): só este poderia fundamentar as ideias de honra e lealdade, alegadamente imprescindíveis para a caracterização integral do fenómeno laboral. Os efeitos jurídicos laborais derivariam, assim, não do contrato de trabalho mas antes da incorporação do trabalhador na empresa (73).

SIEBERT deixaria o seu nome ligado a um aprofundamento máximo desta via (74). A relação de trabalho — essen-

autor, o salário corresponde em parte a uma contraprestação devida pelo trabalho e em parte a uma manifestação pura do dever de assistência. Está nesta última situação o salário devido quando, por qualquer razão admitida, não tenha havido prestação de trabalho.

(71) Cf. supra n.º 2, IV.

(72) WERNER MANSFELD, *Vom Arbeitsverhältnis*, ZAKdR 1935, 907.

(73) MANSFELD, *Vom Arbeitsverhältnis* cit., 910. Este autor admitia, contudo, ainda que essa incorporação ocorreria no momento da celebração do contrato sendo, por isso, criticado por SIEBERT.

(74) P. ex. em *Arbeitsverhältnis und Vertrag*, ZAKdR 1936, 93 ss.

cialmente comunitária — só poderia, segundo este autor, derivar da efectiva entrada do trabalhador na comunidade da empresa; o acordo de vontades seria insuficiente para tal efeito. O contrato de trabalho seria apenas um acto prévio, preparatório (75).

III. Depois de 1945, seria defendida, por NIKISCH, uma versão mais moderada desta teoria da incorporação. Segundo NIKISCH, da celebração do contrato de trabalho nasceria, imediatamente, uma relação jurídica entre as partes. Mas essa relação seria meramente obrigacional; ela só ganharia natureza comunitária — e logo tipicamente laboral — quando, subsequentemente à celebração do contrato, o trabalhador fosse, efectivamente, incorporado na empresa (76).

A teoria da incorporação seria, depois, a fonte de novas soluções especificamente laborais (77), rematando, conclusivamente, a emancipação da dogmática laboral face ao Direito Civil (78).

(75) SIEBERT, *Arbeitsverhältnis und Vertrag* cit., 94.

(76) NIKISCH, *ArbeitsR*³ cit., pp. 161-162 e 165-166, p. ex. Cf. ainda NIKISCH, *Die Eingliederung in ihrer Bedeutung für das ArbeitsR*, RdA, 1960, 1-5. Anteriormente, NIKISCH defendera a versão mais radical, formulada por SIEBERT; cf. HUECK/NIPPERDEY, *ArbeitsR*⁷ cit., pp. 117 e ss. e ZÖLLNER, *ArbeitsR*² cit., p. 101.

(77) Entre as quais se pode incluir a doutrina das relações contratuais de facto — situação jurídica laboral não precedida da celebração de contrato de trabalho válido mas, apenas, de incorporação do trabalhador na empresa. Esta doutrina não se limita ao Direito do Trabalho — cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II (1980), n.º 218-221; foi, porém, defendida pelos mais insignes defensores da teoria da incorporação, com SIEBERT e NIKISCH à frente. Vide a bibliografia na ob. supra cit.

(78) A teoria da incorporação, ao contrário do que sucede no Direito do Trabalho, é hoje defendida no domínio do Direito Social. Cf. HERMANN HEUSSNER, *Das abhängige Beschäftigungsverhältnis — Bindeglied zwischen Arbeits- und Sozialversicherungsrecht*, AuR 1975, p. 308.

§ 2.º — A POLÊMICA

5. Luta laboral versus comunidade de trabalho

I. As traves mestras da dogmática laboral, acima bosquejadas, foram objecto de polémica acesa recolhendo, nos últimos anos, críticas crescentes.

A área que mereceria primeiro o cepticismo de certa doutrina situa-se precisamente no ponto de partida do juslaboralismo clássico: a alegada natureza comunitário-pessoal da relação de trabalho. Para além das motivações teóricas abaixo focadas, existem dois flancos exógenos que facilitariam essas críticas. Por um lado, o aproveitamento político da natureza «comunitário-pessoal» do vínculo de trabalho concitar-lhe-ia a reprovação por parte das orientações políticas que, directa ou indirectamente, reivindicam, aceitam, reconhecem ou constataam o fenómeno da luta de classes. Por outro — há que conhecê-lo também — os patrocinadores dessa concepção nunca conseguiram encontrar uma fórmula técnico-jurídica suficientemente satisfatória de a expressar.

Ficaram assim reunidas as condições objectivas para propiciar uma crítica à relação laboral «comunitário-pessoal».

II. A primeira constatação crítica que ocorre formular, e que nem sempre está clara na doutrina juslaboral recente (79), anda em torno da aproximação, um tanto confusa (80), entre as expressões «comunitário» e «pessoal». Ambas as fórmulas

(79) Cf., porém, ERNST WOLF, ob. cit. infra nota (91), p. 7-9. Como este autor faz notar, esta orientação é, além do mais, metodologicamente incorrecta. Mais do que um conceito, a doutrina tradicional pretende insuflar uma determinada essência na relação de trabalho.

(80) Cf. VASSILI MAVRIDIS, *Eingliederungstheorie, Vertragstheorie und Gemeinschaftsverhältnis*, RdA 1956, p. 445.

têm sentidos próprios dentro do Direito, embora não unívocos. «Comunitário» tem a ver com a inserção dentro de um agrupamento social a que se queira chamar «comunidade»; «pessoal» reporta-se, antes, a um certo tipo de relação entre pessoas. Nesta base, vai tentar-se analisar separadamente a questão da «comunitariedade» e a da «pessoalidade» da situação jurídica laboral. Mas fica feita uma prevenção: normalmente, as expressões «comunitário» e «pessoal» são sobrepostas apenas como fórmula linguística de reforço duma mesma ideia incindível, sucedendo, mais recentemente, que autores partidários da concepção tradicional se acolham, apenas, à alegada natureza «pessoal» do vínculo de trabalho como forma de evitar as críticas que mais facilmente atingem a expressão «comunitário» (81).

III. As críticas iniciais à natureza «comunitária» da relação de trabalho, na actualidade, surgiram no período posterior a 1945. Já em 1951 NEUMANN declara inaceitável o carácter comunitário do vínculo de trabalho, explicando que, na inexistência de qualquer comunidade de interesses, a defesa de tal concepção só poderia ser um instrumento de autoridade (82). Também BALLERSTEDT exprimiria dúvidas paralelas (83), dois anos volvidos. A primeira crítica de conjunto deve-se a THILO RAMM, em 1955 (84), seguindo-se-lhes mais algumas, de natureza pontual, assinadas por MA-

(81) P. ex., ZÖLLNER, *ArbeitsR*² cit., p. 105 e SCHMID, *ArbeitsR* cit., p. 41.

(82) FRANZ L. NEUMANN, *Das ArbeitsR in der modernen Gesellschaft*, RdA 1951, pp. 2-3.

(83) KURT BALLERSTEDT, *Arbeitskraft und Handlungsbegriff*, JZ 1953, pp. 436-437.

(84) THILO RAMM, *Die Anfechtung des Arbeitsvertrages — Zur Kritik und Neubegründung der Lehre vom Arbeitsverhältnis* (1955), pp. 16 e ss.

VRIDIS (85), FARTHMAN (86), PINTHER (87), REHHAHN (88) e NEUMANN-DUESBERG (89). Seria no entanto necessário o aparecimento sucessivo de três livros de autoria, respectivamente, de WIEDEMANN (90), WOLF (91) e SCHWERDTNER (92) para que algo se começasse a mover no domínio da dogmática laboral (93).

Estas críticas todas radicam, essencialmente, no que segue.

IV. A afirmação de uma situação como «comunitária» tem, fatalmente, um sentido que anda em torno de uma das três proposições subsequentes (94):

— uma contitularidade de direitos;

(85) Ob. cit. supra nota (80).

(86) FRIEDHELM FARTHMAN, *Der personenrechtliche Charakter des Arbeitsverhältnisses*, RdA 1960, pp. 5-9. Este autor voltaria a expressar as suas dúvidas em *Anfechtung des Arbeitsvertrages*, JuS 1964, p. 143.

(87) HELMUT PINTHER, *Ist das Arbeitsverhältnis ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis?*, AuR 1961, pp. 225-230.

(88) HANS REHHAHN, *Der inhaltsleere Arbeitsvertrag und die Betriebsnormen*, AuR 1963, pp. 238-244.

(89) HORST NEUMANN-DUESBERG, *Das Haftungsbeschränkungsprinzip bei schadensgeneigter ausserhalb des Arbeitsverhältnisses*, JZ 1964, pp. 433-441.

(90) HERBERT WIEDEMANN, *Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis* (1966).

(91) ERNST WOLF, *Das Arbeitsverhältnis — Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis oder Schuldverhältnis?* (1970).

(92) PETER SCHWERDTNER, *Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen — Ein Beitrag zum Gemeinschafts- und Vertragsdenken im Individualarbeitsrecht und allgemeinen Zivilrecht* (1970).

(93) Cf., p. ex., as recensões surgidas nas revistas da época de Direito do Trabalho; assim, entre outras, SÖLLNER, *Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis*, AuR 1968, 242 e ss. (a WIEDEMANN), VAN GELDER, *Das Arbeitsverhältnis*, AuR 1971, 300 e ss. (a WOLF); BUCHNER, *Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen*, RdA 1970, 214 e ss. e FENN, artigo com o mesmo título em AuR 1971, 321 e ss. (ambos a SCHWERDTNER).

(94) Esta distinção é exigida pela pouca clareza demonstrada pelos seus defensores. Cf. RAMM, *Die Anfechtung des Arbeitsvertrages* cit., pp. 20

- uma comunhão de interesses;
- uma comunidade sociológica.

Contitularidade de direitos não há com certeza na relação de trabalho, seja qual for a explicação jurídica defendida para a actualmente chamada «complexidade subjectiva». Entidade empregadora e trabalhador têm, nessa qualidade, direitos e deveres; não se requerem, contudo, indagações especiais para constatar que, mesmo quando não contrapostos, nunca são partilhados.

A defesa de interesses comuns entre os parceiros na relação de trabalho levanta mais dúvidas. Mesmo quem queira pugnar pela luta de classes como motor da evolução e do progresso, pode admitir, sem contradição, um mínimo de interesses comuns entre empregador e trabalhador: a prosperidade da empresa, boas condições ambientais, a manutenção, pelo menos imediata, do sistema monetário, etc. Mas isto não é comunidade de interesses específica; seria possível, com recurso a qualquer relação obrigacional, alongar a lista de pontos comuns entre credor e devedor sem que, por isso, se deva ou possa falar da obrigação como «comunitária». Qualquer diferença específica, neste domínio, a favor da situação laboral não poderia ser mais do que quantitativa⁽⁹⁵⁾. Em tal base

e ss.; MAVRIDIS, *Eingliederungstheorie* cit., p. 445; SCHWERDTNER, *Fürsorgetheorie und Entgelttheorie* cit., pp. 40 e ss.

(95) Cf. MAVRIDIS, *Eingliederungstheorie* cit., p. 445.

Repare-se que a (in)existência de comunhão de interesses entre trabalhadores e empregadores não é essencialmente diversa nas empresas públicas e privadas (cf. NEUMANN, *Das Arbeitsrecht in der modernen Gesellschaft* cit., p. 1-2). Em qualquer unidade de produção as exigências da repartição do trabalho, de ordem, de disciplina e de atribuição de meios monetários provocam logicamente contraposição de interesses; a própria necessidade de trabalhar não será, à partida, uma contradição de interesses? A defesa, que se possa fazer, de identidade de interesses a nível de classe, de agrupamento, de região, de povo, etc., não contradita o que se disse: tal identidade surge num plano diverso do da relação de trabalho singular.

não se pode considerar, com justeza, a relação de trabalho como «comunitária».

A inexistência de interesses comuns já dificulta, à partida, a defesa de uma comunidade laboral, de empresa ou similar em sentido sociológico. Normalmente, tem-se em conta a concepção de TÖNNIES (96) quanto à comunidade; mas dos pontos isolados por esse autor como básicos para a comunidade — interesse comum, vontade única, fim unitário (97) — nenhum ocorre no fenómeno laboral, como é de apreensão imediata. O mesmo resulta em relação à noção de comunidade emergente da teoria sociológica subsequente (98).

V. Mais do que as críticas acima apontadas, já de si decisivas, deve ficar claro que a perspectiva histórica, hoje possível, demonstra como falaciosa a via de fundar uma dogmática laboral em alegada comunidade empregador-trabalhador. Foi precisamente a ocorrência de conflitos sociais na área do trabalho que levou ao aparecimento de legislação específica diferente da classicamente integrada nos Códigos Civis. A manutenção persistente desses conflitos, a necessidade de proteger o contratante débil e o reconhecimento jurídico das lutas laborais colectivas provocaram, depois, o aperfeiçoamento do Direito do Trabalho; mas tudo isto ocorre nos antípodas do que quer que se entenda por «comunidade».

A nível infra-jurídico, qualquer ramo do Direito visa dirimir conflitos de interesses. Onde haja uma verdadeira comu-

(96) FERDINAND TÖNNIES, *Gemeinschaft und Gesellschaft — Grundbegriffe der reinen Soziologie* (1935), reimpressão (1963).

(97) Vide FARTHMAN, *Der personenrechtliche Charakter des Arbeitsverhältnisses* cit., p. 6; explica o autor que a defesa dum objectivo comum seria, na relação de trabalho, pura utopia.

(98) Cf. PINTHER, *Ist das Arbeitsverhältnis ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis?* cit., p. 228; MAVRIDIS, *Eingliederungstheorie* cit., p. 446 e, em especial, SCHWERTNER, *Fürsorge und Entgelttheorie* cit., pp. 49-56.

nidade, o Direito terá dificuldades em apresentar-se como necessário, útil ou, até, possível. Na situação jurídica laboral — isto é um dado empírico! — os conflitos atingem uma intensidade que põe por vezes em causa o próprio Direito. À medida que esta fenomenologia era adequadamente analisada em áreas como a do Direito Civil, no Direito do Trabalho, onde o diagnóstico era, à partida, bem fácil, chegava-se a conclusões contrárias.

Uma dogmática laboral não pode deixar de averiguar o porquê de tal insólito.

6. Massificação versus personalidade

I. As críticas movidas à concepção comunitarista da situação jurídica laboral atingem, normalmente, a alegada natureza pessoal desse vínculo. Isso por força da conjunção semântica operada na fórmula «relação comunitário-pessoal»⁽⁹⁹⁾. A possibilidade de distinguir as duas expressões obriga porém à análise do que possa ser a personalidade da relação de trabalho.

II. A expressão «relação pessoal» é dúbia dentro de qualquer ramo da Ciência do Direito⁽¹⁰⁰⁾. Ela pode esconder:

- uma relação obrigacional;
- uma relação não patrimonial;
- uma relação específica entre duas pessoas;
- uma situação de personalidade.

• (99) Cf. supra n.º 5, II.

(100) Deve, por isso, em boa técnica civil, ser evitada, ressaltando-se os casos em que, do contexto, não possam resultar dúvidas de que designa o inverso de «relação real» ou seja, a «relação obrigacional».

Num primeiro sentido, «relação pessoal» contrapõe-se a real; designa genericamente, as situações creditícias, contrapondo-as aos direitos reais. É esse o sentido que, verbalmente, se encontra consagrado no Código Civil quando fala em «direitos pessoais de gozo» — art. 407.^o — ou em «garantias pessoais» — art. 627.^o/1: «... pessoalmente...». A ser assim, a situação jurídica laboral seria provavelmente pessoal: por muito que se objective a força de trabalho, considerando-a como pura mercadoria, não se vislumbra a possibilidade de a integrar no âmbito das coisas corpóreas, por forma a poder sequer suportar direitos reais (101).

A doutrina que apelida a relação de trabalho de «pessoal» fá-lo, porém, precisamente, para a contrapor às relações obrigacionais (102)! Fica, por isso, excluída esta acepção. E se supervenientemente se apurar que a situação jurídica laboral tem natureza obrigacional, melhor será dizê-lo directamente, em vez de utilizar a dúbia expressão «pessoal».

III. A defesa da relação de trabalho como «pessoal» no sentido de «não patrimonial» é corrente no período áureo do «comunitarismo» laboral e depois dele (103). A afirmação

(101) Mesmo nesta acepção, uma natureza pessoal da relação de trabalho continuaria a suscitar dúvidas de entendimento. De facto, para além de situações obrigacionais e reais há ainda situações referentes a bens imateriais que, aliás incorrectamente, podem ser implicadas no adjectivo «pessoal».

(102) Assim, p. ex.: DENECKE, *Vermögensrechtliches oder personenrechtliches Arbeitsverhältnis?* cit., pp. 221 e 223 e *Das Wesen des Lohnes* cit., p. 192; DIETZ, *Entwicklung des deutschen Arbeitsrechts*, ArbG 1950/51, p. 70; JOERGES, *Der Arbeitsvertrag als Begründung des Arbeitsverhältnisses in seiner geschichtlichen Entwicklung* cit., p. 158; MAVRIDIS, *Eingliederungstheorie* cit., p. 444; WESTPFAHL, *Warum trägt das Arbeitsverhältnis personenrechtlichen Charakter?* cit., p. 329; MULLERREISERT, *Das Arbeitsverhältnis* cit., p. 282.

(103) P. ex. ZÖLLNER, *ArbeitsR2*, p. 105.

é, à primeira vista, insólita: a simples existência do salário faz surgir, à saciedade, a ideia de economicidade, de avaliação pecuniária, de património. O sentido da «não patrimonialidade» é, porém, mais subtil: pretende-se, com ele, afirmar que, na situação jurídica laboral haveria algo de característico que não poderia ser reconduzido à pura troca de prestações patrimoniais. Não se vê o que possa transcender essa troca e que não seja redutível aos alegados deveres de lealdade e assistência. A decisão definitiva da pessoalidade, entendida como não patrimonialidade da situação jurídica de trabalho, implica a análise crítica desses deveres apresentados como tipicamente laborais. A que se vai proceder oportunamente (104).

IV. A situação jurídica laboral é ainda afirmada pessoal como forma privilegiada de traduzir uma alegada ocorrência de relações específicas entre duas pessoas, o trabalhador e o empregador. O Direito Privado conhece este tipo de relações «pessoais» quando fala, por exemplo, em «... crédito ligado à pessoa do credor...» — art. 577.º/1: trata-se de ocorrências em que a prestação está indissociavelmente ligada a características pessoais do credor — ou do devedor; atentas as consequências, o termo técnico para designar o fenómeno é «prestações não fungíveis». Entendem certos juslaboralistas que na relação de trabalho, por força de tal comunidade empresarial e da sua natureza duradoura, se estabeleceria uma confiança mútua específica entre os participantes. Haveria aqui uma base para a manifestação de efeitos irreconhecíveis numa relação obrigacional comum: a confiança pessoal propiciaria os afirmados deveres de lealdade e assistência (105).

Esta orientação tem sido criticada e com razão. Explica RAMM que, hoje em dia, as entidades empregadoras são, na

(104) Cf. *infra* n.º 17, II.

(105) Assim HUECK/NIPPERDEY, *ArbeitsR*⁷ cit., pp. 241 e 390.

grande maioria, pessoas colectivas, o que provoca, na vida real, uma distanciação progressiva entre empregadores e trabalhadores; por isso, tão pouco existem, entre eles, relações estreitas (106). Uma relação de tipo pessoal seria imaginável em pequenas empresas familiares. A grande empresa da actualidade é dominada pela anonimato (107); falta, sequer, um conhecimento pessoal entre os suportes humanos da relação laboral.

No Direito do Trabalho manifestou-se há muito o fenómeno da massificação, que hoje já atingiu todo o Direito Privado. O facto de os contratos de trabalho serem totalmente impessoais e de se guiarem, primordialmente, por condicionamentos económicos propiciou, com outros factores, o surgimento do Direito Colectivo do Trabalho, um dos fenómenos mais tipicamente laborais. A fungibilidade das prestações implicadas na situação jurídica laboral é, normalmente, total.

O observador é novamente surpreendido pelo facto de a dogmática laboral clássica ter, mais uma vez, invertido uma das suas bases mais claras de apoio: da massificação negocial pretendeu fazer um relacionamento pessoal.

V. Fica ainda como possível a designação de «pessoal» para exprimir a ideia de que, na situação laboral, haveria que lidar com direitos de personalidade. A expressão «pessoal» não é aconselhável, por confusa. Mas, intuitivamente, reconhece-se algo de verosímil na ideia acima referida: os direitos inerentes à pessoa humana não deixam de se manifestar na área candente do trabalho, sendo mesmo previsível que assumam,

(106) RAMM, *Die Anfechtung des Arbeitsvertrages* cit., pp. 21 e 22-23. Cf. PINTHER, *Ist das Arbeitsverhältnis ein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis?* cit., p. 228.

(107) REHHAHN, *Der inhaltsleere Arbeitsvertrag und die Betriebsnormen* cit., pp. 238 e 243. Cf. NEUMANN-DUESBERG, *Das Haftungsbeschränkungsprinzip bei schadensgeneigter ausserhalb des Arbeitsverhältnisses* cit., pp. 436-437.

ai, feições peculiares. Trata-se, porém, de um entendimento já afastado da dogmática clássica, que será examinado mais abaixo.

7. Contrato versus incorporação

I. A defesa comunitário-pessoal da relação de trabalho transcendeu, como se viu, o âmbito académico; com base nela desenvolveram-se muitas das soluções específicas que atestam, na prática, a autonomia do Direito do Trabalho (108). A crítica sistemática e crescente feita àquela concepção básica obriga a repensar o fundamento dogmático dessas soluções.

II. Nessa via depara-se, em primeiro lugar, com a teoria da incorporação. Recorde-se que com base nela — e numa articulação incompreensível para o Direito das Obrigações — a situação jurídica laboral foi derivada não de um contrato, mas da incorporação do trabalhador na empresa (109). A substituição da teoria da incorporação pela teoria do contrato não ofereceu dificuldades (110). Para já, ela nunca foi pacificamente aceita, ao contrário do que sucedeu com outras concepções laborais clássicas. Em 1935, NIPPERDEY, apesar de aceitar a natureza comunitário-pessoal da relação de trabalho, fá-la depender sempre de um contrato; esse autor explica que a

(108) Supra n.º 3.

(109) Supra n.º 4.

(110) Cf. EDUARD BÖTTICHER, *Vertragstheorie und Eingliederungstheorie*, RdA 1955, 321 ss.; ALFRED HUECK, *Vertragstheorie und Eingliederungstheorie*, RdA 1955, 323 ss.; MAVRIDIS, *Eingliederungstheorie, Vertragstheorie und Gemeinschaftsverhältnis* cit.; HUECK/NIPPERDEY, *ArbeitsR*7, I, pp. 117 e ss.; ZÖLLNER, *ArbeitsR*2 cit., p. 101; SCHAUB, *ArbeitsR*4 cit., p. 103.

noção de contrato não está, de forma alguma, limitada a trocas de tipo patrimonial⁽¹¹¹⁾. Também HUECK se manifestou, ainda na década de trinta, no mesmo sentido⁽¹¹²⁾. O novo ânimo que NIKISCH, depois da guerra, insuflou na teoria da incorporação⁽¹¹³⁾, apesar de formulada em termos mais moderados, concitou críticas generalizadas. Diz por exemplo HUECK que contra ela e a favor da teoria do contrato se deparam os pontos seguintes⁽¹¹⁴⁾:

- a Ordem Privada está conforme com o princípio contratual; mesmo em áreas mais claramente comunitárias como no Direito da Família, recorre-se ao contrato como forma de constituir relações⁽¹¹⁵⁾;
- a teoria do contrato corresponde melhor aos princípios sociais actuais; a teoria da incorporação coadunava-se, antes, com a investida anti-individualista dos anos trinta;

(111) NIPPERDEY, *Das System des neuen Arbeitsrechts* cit., p. 911.

(112) HUECK, *Die Begründung des Arbeitsverhältnisses* cit., p. 180 e 181.

(113) *Supra* n.º 4, III.

(114) HUECK, *Vertragstheorie und Eingliederungstheorie* cit., pp. 325-327.

(115) HUECK dá como exemplos os contratos de casamento e de adopção. Este último exemplo nunca poderia, como é sabido, ser utilizado em Portugal, onde a adopção tem natureza diversa — cf. MENEZES CORDEIRO, *Adopção*, Enc. Pólis (1982); também na Alemanha e a partir da «lei da adopção» de 2-Jul. 1976, a adopção perdeu natureza contratual — cf. GUNTHER BEITZKE, *Zur Neuregelung der Zuständigkeit in Adoptions-sachen*, FamRZ 1976, 507. Na própria situação conjugal, nota-se um certo incremento jurídico das uniões de facto, de que o Código português é pioneiro — cf. ERIK JAYME, *Die Entwicklung des europäischen Familienrechts — Eine rechtsvergleichende Betrachtung*, FamRZ 1981, 221-222. É cedo para afirmar que o princípio do contrato perde terreno no Direito da Família, embora seja de registar estes fenómenos.

De qualquer forma, o domínio da família sempre deu menos relevância ao contrato que, aí, tem um papel específico. E não se vê como operar uma transposição para o Direito do Trabalho.

- a teoria da incorporação conduz a resultados socialmente inconvenientes; pense-se em todas as possibilidades de dúvida e de arbítrio que se compreendem na chamada «incorporação na empresa», o que não sucede com um contrato;
- a teoria da incorporação apenas poderia solucionar satisfatoriamente os casos de nulidade e impugnação do contrato de trabalho, em que ficam salvaguardados os efeitos já produzidos; a teoria do contrato não impede, porém, uma explicação para o fenómeno (116).

III. A teoria da incorporação, sem qualquer base legal (117) e privada do apoio teórico que lhe adviera da concepção comunitarista pode considerar-se hoje ultrapassada (118). Sem prejuízo das relações contratuais de facto — que atingem todo o Direito das Obrigações — deve entender-se que a situação jurídica laboral emerge dum contrato.

No entanto, a teoria da incorporação foi dos mais ousados florões da dogmática laboral.

(116) HUECK explica que o próprio contrato, nulo ou impugnável, produziria ainda certos efeitos. Mais adequada é, porém, uma doutrina global das relações contratuais de facto, uma vez que o fenómeno transcende largamente o Direito do Trabalho. Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações* cit., n.ºs 218-221.

(117) Cf. FARTHMAN, *Anfechtung des Arbeitsvertrages* cit., p. 144.

(118) Cf. SÖLLNER, *ArbeitsR*⁷ cit., p. 205. Segundo ISELE, *Das Arbeitsverhältnis in der Zivilrechtsordnung* cit., p. 73, a polémica entre as teorias da incorporação e do contrato sempre foi sobrestimada. Cabe ainda esclarecer que, no Direito do Trabalho como noutros ramos, não é necessário ou, porventura sequer útil, o aparecimento de teorias, como a da incorporação para fazer chamar a atenção do jurista sobre as realidades fácticas infra-jurídicas.

8. Remuneração versus assistência

1. Do ponto de vista do empregador, a natureza comunitário-pessoal da situação jurídica laboral conduziu à sua adstrição a uma série de deveres inexplicáveis perante a dogmática civil. Esses deveres, agrupados sob a designação genérica de «dever de assistência», compreenderiam elementos tão importantes como a manutenção do salário mesmo na falta de prestação de trabalho, as férias, a reforma e a protecção geral da vida, saúde e propriedade do trabalhador (119). A necessidade de explicar esses direitos terá levado, ainda hoje, a maioria da doutrina a respeitar a construção tradicional.

II. Manifesta-se uma tendência, implícita (120) mas clara, na doutrina juslaboral actualizada para aligeirar o dever de assistência através da consagração, como deveres autónomos, de boa parte dos elementos apontados como integrando o seu conteúdo (121). Direitos como a protecção na doença ou na velhice são autonomizados e integrados no Direito Social enquanto numerosos outros ganham natureza pública através do Direito das Condições de Trabalho (122).

Havia porém que dar um destino a uma série de deveres

(119) Supra n.º 3, III.

(120) Alguns autores, procurando distanciar-se das posições extremas assumidas por SIEBERT na década de trinta, chamam expressamente a atenção para a necessidade de não empolar o conteúdo dos deveres de lealdade e assistência. Assim, HUECK/NIPPERDEY, *ArbeitsR*⁷, I, p. 392 e *Grundriss* cit., p. 92 e ZÖLLNER, *ArbeitsR*², p. 119. MAYER-MALY, *Arbeitsverhältnis und Privatsphäre*, AuR 1968, I e ss. analisa uma série de hipóteses, que considera excessivas, em que a relação de trabalho se projectaria fora do próprio serviço.

(121) O fenómeno é claro na sistematização de SCHAUB, *ArbeitsR*⁴ cit., §§ 53 e ss. e 108 e ss.

(122) Supra n.º 1, III.

que se fundavam na contestada natureza comunitário-pessoal da relação de trabalho. Foi esse o papel da teoria da remuneração.

III. Contraposta à teoria da assistência, a teoria da remuneração ampara-se, essencialmente, num livro de SCHWERTNER (123). De facto, a noção de remuneração está pouco precisa na doutrina. Por força da alegada natureza comunitário-pessoal do vínculo de trabalho, uma série de prestações devidas ao trabalhador mas diferentes da do salário estrito, periodicamente, vencido ficam numa «zona cinzenta» (FENN), acabando por receber cómodo abrigo num «dever de assistência». A consideração da relação de trabalho como intercâmbio patrimonial entre trabalho e salário permite uma clarificação dessa problemática: a justificação económica e jurídica de quaisquer prestações patrimoniais devidas ao trabalhador está na prestação de trabalho a cargo deste e não dever de assistência autónomo. Isso é ainda verdade quando, por qualquer razão considerada justificada, haja interrupção na laboração. O conceito de remuneração deve ser devidamente ampliado e precisado por forma a corresponder a esta realidade ditada pela natureza das coisas (124).

IV. O trabalho de SCHWERTNER, muito bem documentado (125), teve, logo de início, um acolhimento favo-

(123) *Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen* cit. Vide as recensões referidas supra nota (83).

(124) SCHWERTNER, ob. cit., pp. 16 e ss., 79 e ss., 129 e ss., 145 e ss., 168 e ss. e 211-212.

(125) A recolha bibliográfica da SCHWERTNER, apesar de desactualizada, constitui uma das mais completas nesta temática.

rável⁽¹²⁶⁾, embora cauteloso⁽¹²⁷⁾. Isso não impediu que as formulações tradicionais do dever de assistência continuem a figurar nas páginas da maioria dos manuais e obras genéricas.

A doutrina, na matéria, ficou, porém, definitivamente alterada, em termos qualitativos. O domínio quantitativo da «teoria da remuneração» é questão apenas, de tempo.

9. Direcção e obediência versus lealdade

I. Falta ainda uma análise global crítica em relação ao dever de lealdade e que corresponda ao trabalho de SCHWERDTNER no tocante ao dever de assistência. Ela impõe-se, porém, cada vez mais. O dever de assistência a cargo do empregador poderia ainda chamar em seu auxílio princípios tais como os da protecção do trabalhador ou do Estado Social. Mas o dever de lealdade a cargo do trabalhador está indissolavelmente ligado à natureza «comunitário-pessoal» da situação jurídica de trabalho. Estabelecido que, na sociedade actual, as relações internas na empresa vivem dominadas pela massificação e pelo anonimato, não se vislumbra que lealdade possa ser exigida⁽¹²⁸⁾ que não seja a chamada lealdade ao

(126) Cf. FENN, *Fürsorgetheorie und Entgelttheorie* cit., pp. 326-327.

(127) Cf. SÖLLNER, *ArbeitsR*⁷ cit., p. 205. Na formação do pensamento de SCHWERDTNER, foi muito importante a obra de FABRICIUS que, anteriormente, suscitara também dúvidas quanto aos axiomas laborais clássicos. No campo da alegada natureza comunitário-pessoal da relação de trabalho, p. ex., FABRICIUS entendeu que, apesar de ela constituir opinião dominante, não deveria ser seguida pelo legislador dadas as dúvidas e críticas surgidas. Cf. FRITZ FABRICIUS, *Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis — Eine Grundlagenstudie* (1970), p. 23.

(128) A imprecisão do conceito de «lealdade» — há muito apontada e justificada por SIEBERT com a alegada imprecisão reinante no Direito Civil em torno, por ex., da boa fé (cit. em MANSFELD, *Vom Arbeitsverhältnis*

contrato. Lealdade ao contrato é a exigência de cumprimento das obrigações assumidas: nada tem a ver com a lealdade reivindicada pela dogmática juslaboral clássica.

II. Desamparado dos seus pressupostos doutrinários, o princípio da lealdade deve ser abandonado como fórmula privilegiada de caracterização da situação jurídica laboral. Boa parte do seu papel pode ser desempenhado pela chamada dependência do trabalhador⁽¹²⁹⁾, juridicamente traduzida no poder de direcção da entidade empregadora e no dever de obediência do assalariado.

cit., p. 908) — é ainda maior do que a de «assistência». A tentativa mais conseguida de a precisar pertence a ALFRED HUECK, *Der Treuegedanke im modernen Privatrecht* (1947). A construção de Hueck é, em resumo, a seguinte: entende o autor que existem duas áreas de integração entre Ética e Direito: a que advem da existência de normas jurídicas com teor correspondente ao de regras morais e a que pressupõe uma remissão jurídica directa para bitolas morais. Neste último caso estão as chamadas cláusulas gerais. Nestas distingue HUECK três níveis de extensão e exigência inversamente proporcionais: os bons costumes que abrangem todas as situações, incluindo face a terceiros estranhos e que requerem meras abstenções; a boa fé que já pressupõe uma situação obrigacional e que pode impor actuações positivas; a lealdade que só ocorre em situações comunitário-pessoais e que impõe deveres consideráveis. A apreciação da tese de HUECK, acolhida por ex., por KULL, *Die Grundlagen, Grenzen und Nachwirkungen der arbeitsrechtlichen Treu- und Fürsorgepflicht* cit., pp. 43 e ss., transcende este estudo. Interessa porém focar que, mesmo nesta leitura aperfeiçoada, o dever de lealdade está totalmente dependente da procedência da afirmada natureza comunitário-pessoal da situação de trabalho.

(129) É um ponto que constitui já um lugar comum nas obras da especialidade. Assim: MAUS, *ArbeitsR* cit., p. 23; HUECK/NIPPERDEY, *ArbeitsR*⁷ cit., p. 3 e *Grundriss*⁵ cit., p. 1; ETZEL, *ArbeitsR* cit., p. 35; HERSHEL, *ArbeitsR* cit., p. 7; BROX, *ArbeitsR* cit., p. 11; LUHMANN, *ArbeitsR*² cit., p. 19; GAMILLSCHEG, *ArbeitsR*⁵ cit., p. 17; SCHNEIDER/GROSSMANN, *ArbeitsR*⁵, p. 39; LÖWISCH/LÖWISCH, *ArbeitsR*² cit., p. 1; SCHMID, *ArbeitsR*, p. 11; SÖLLNER, *ArbeitsR*⁷ cit., p. 13.

Tal como se viu suceder com a teoria da remuneração face ao dever de assistência, também o princípio da direcção-obediência não esgota o vasto e impreciso leque de consequências retiradas do dever de lealdade. Fica ainda um remanescente considerável, que será analisado. A dependência do trabalhador será, porém, suficientemente característica e importante para preencher o vácuo deixado pela supressão do velho dever de lealdade?

§ 3.º — UMA NOVA DOGMÁTICA LABORAL?

10. Generalidades

I. As críticas crescentes que, nos últimos decénios, têm sido movidas à dogmática laboral clássica são ainda quantitativamente minoritárias. O grande prestígio das obras básicas de NIKISCH e de HUECK/NIPPERDEY bem como o peso da inércia em numerosos escritos gerais mantêm a referência constante à relação comunitário-pessoal e aos deveres de lealdade e assistência (130).

Não é porém arriscado vaticinar a progressão das críticas em causa, de tal forma que, proximamente, o lugar-comum das obras gerais do Direito do Trabalho será constituído pela repetição dos ataques às concepções anteriores.

(130) Assim sucede nos *ArbeitsR* de MAUS, ETZEL, HERSCHEL, BROX, LUHMANN, GAMILLSCHEG, ZÖLLNER, SCHNEIDER/GROSSMANN, SCHAUB, LÖWISCH/LÖWISCH, SCHMID e SÖLLNER, além de, naturalmente, nos de NIKISCH e HUECK/NIPPERDEY e em numerosos artigos e monografias. Note-se porém que em LUHMANN, GAMILLSCHEG, SCHNEIDER/GROSSMAN e SÖLLNER são já assumidas posições algo críticas e dubitativas. Francamente contrário à dogmática tradicional, a nível de obra geral, apenas foi possível localizar o *ArbeitsR* de HANAU/ADOMEIT.

Esta via, a não ser completada por uma tarefa de reconstrução, levará, contudo, apenas à supressão das bases dogmáticas do Direito do Trabalho. A Ciência Jurídica ficaria mais pobre e, provavelmente, quedaria sem solução a problemática que justificou o aparecimento histórico do juslaboralismo.

II. São escassas e fragmentárias as tentativas de fundamentar em novos parâmetros a dogmática laboral. O ponto de partida é porém diverso do ocorrido nos primórdios do século. Nessa altura, a busca duma dogmática laboral era necessária para amparar soluções jurídicas novas exigidas pela situação político-social então reinante. Actualmente, existe já toda uma prática laboral que requer uma dogmática.

Esta constatação explica que os rudimentos do que possa vir a ser a nova dogmática laboral se encontrem nas tentativas de explicação das soluções apontadas como tipicamente laborais, depois de privadas do seu amparo tradicional.

Procurando isolar, nessa linha, os aspectos mais significativos, há que enumerar:

- a influência dos Direitos do Trabalho Colectivo e da Empresa na situação jurídica laboral;
- lealdade e assistência como produto da aplicação da boa fé;
- troca desigual e protecção do trabalhador.

II. A influência dos Direitos do Trabalho Colectivo e da Empresa

I. O Direito do Trabalho Colectivo não é afectado pela supressão da natureza comunitário-pessoal da relação de trabalho. Em vez de relações colectivas entre os «parceiros na comunidade laboral» poderá falar-se em «parceiros sociais»

ou em manifestações institucionalizadas da luta de classes. A nível estritamente jurídico, fenómenos como a regulação colectiva e as lutas laborais surgem como irredutíveis à dogmática privada clássica.

A influência do Direito do Trabalho Colectivo, a ocorrer, daria ao Direito (Individual) do Trabalho uma base dogmática segura (131).

II. Deve fazer notar-se que esta possibilidade tem sido persistentemente prejudicada pela separação doutrinária operada entre os Direitos do Trabalho Colectivo e Individual (132) e de que são responsáveis os juslaboralistas. A menos que a influência do Direito do Trabalho Colectivo na situação laboral não seja específica ou não requeira um nível dogmático de explicação (133).

Esquemáticamente, a regulação colectiva de trabalho (134) vai restringir, a nível individual, a autonomia das partes. Esta fica reduzida a funções de conclusão e de escolha dos parceiros no contrato e a certos aspectos mais ou menos restritos atinentes ao próprio conteúdo da relação laboral (135). O fenómeno (136) não é específico. Actualmente, acontece

(131) Cf. BALLERSTEDT, *Probleme einer Dogmatik des Arbeitsrechts* cit., pp. 12 e ss.

(132) Cf. supra n.º 1, III e IV.

(133) Volta a recordar-se, por essencial, que neste estudo, «dogmática» é utilizada no sentido indicado no n.º 1, contrapondo-se, claramente, à sistemática.

(134) A regulação colectiva de trabalho, nas suas diversas formas, pode ser considerada como lei em sentido material — cf. HERSHEL, *Vom Arbeiterschutz zum Arbeitsrecht* cit., p. 310 e, ainda, BRITO CORREIA, *Direito do Trabalho* (polic.), 1 (1980/81), pp. 65 e ss.

(135) ZÖLLNER, *Privatautonomie und Arbeitsverhältnis* AcP, 176 (1976) 224-228. Cf. LUHMANN, *ArbeitsR*² cit., p. 18.

(136) Entenda-se: o fenómeno em sentido material, nas suas consequências. No tocante à articulação entre as situações colectiva e individual

de iure no Direito do Trabalho o que *de facto* ocorre no Direito Civil: através da prática corrente das condições contratuais gerais, a autonomia privada fica, no moderno tráfego negocial de massas, reduzida à liberdade de adesão a esquemas pré-determinados⁽¹³⁷⁾. A diferença reside na possibilidade de repor, a nível colectivo, no Direito do Trabalho, a autonomia frustrada a nível singular. Essa possibilidade, que não existe no Direito Civil, não altera a natureza material das limitações contratuais advenientes da regulação colectiva.

A influência das lutas laborais colectivas redonda essencialmente na projecção da greve e do despedimento colec-

de trabalho existem, como é sabido, algumas polémicas. Põe-se, nomeadamente, o problema de saber se as condições laborais gerais, por terem natureza negocial, devem ser reconhecidas como parte do contrato (doutrina maioritária) ou se, pelo contrário, representam um complexo externo de normas (FRANZ-JÜRGEN SÄCKER, *Gruppenautonomie und Überwachungskontrolle im Arbeitsrecht*, 1972, *apud* CANARIS, ob. infra cit.); sobre os termos do debate cf. CANARIS, *Die allgemeinen Arbeitsbedingungen im Schnittpunkt von Privat- und Kollektivautonomie*, RdA 1974, 18 e ss. (22). Mais uma vez abriu-se uma frente em sector ultrapassado por outros ramos dogmáticos. Tome-se apenas um exemplo: celebrado um contrato comum, as normas legais aplicáveis, supletivas ou injuntivas, mas nunca negociais, integram-se, nos seus efeitos, no próprio contrato, como parte integrante do conteúdo deste (cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações* cit., n.º 194 e ss.). Isto desde que o falso dualismo derivado do dogma da vontade foi substituído por uma doutrina actualizada das fontes das obrigações. Se é assim com normas jurídicas claras, por maioria de razão deverá ser com as situações laborais colectivas: a solução não dependeu da natureza da referida situação colectiva, mas sim da do próprio contrato.

Esclarece-se, finalmente que esta questão não se prende com o âmbito de eficácia das relações colectivas, a manipular pelo legislador e pelas forças laborais sem estas peias dogmáticas (contra: MONTEIRO FERNANDES, *Noções fundamentais do Direito do Trabalho*, 2 (1980), p. 121): complexo externo e eficácia imediata são compatíveis, ficando o reconhecimento legislativo do momento colectivo como «instrumento de progresso social» apenas na área dos elementos exteriores que contraditam a tese oitocentista do dogma da vontade.

(137) Cf. MENEZES CORDEIRO, *Dirrito das Obrigações* I (1980), n.º 30 e ss.

tivo (138) na situação de trabalho. Também aqui uma influência específica na relação laboral é duvidosa. A luta laboral atinge, por exemplo, também a situação jurídica pública dos funcionários e agentes do Estado, regida por Direito Administrativo. Por outro lado, outras situações privadas, que não a laboral, são atingidas pelas lutas colectivas, com efeitos tendencialmente semelhantes (139).

III. Outra via de influências dogmaticamente independentistas no Direito do Trabalho poderia advir do Direito

(138) «Aussperrung», «lock-out»; o despedimento colectivo está proscrito na Ordem Jurídica portuguesa, embora seja duvidoso que não seja possível atingir resultados semelhantes com recurso a outros expedientes. Tal como na proibição da greve, quando ocorra, a eficácia das medidas restritivas de lutas laborais depende de condicionalismos políticos. A história recente parece mostrar que a apropriação colectiva não é, por si, solução. No tocante ao despedimento colectivo formal, põe-se dúvidas quanto à sua admissibilidade lançando mão, normalmente, do seguinte argumento: a greve serviria para restabelecer a igualdade perturbada pela própria natureza da relação laboral e da sociedade em que ela exista; face a isso, o despedimento colectivo iria, de novo, causar a desigualdade entre as partes. A questão complica-se porque, se não é dogma que as greves sejam sempre justas — assim como não o é o facto de o trabalhador, parte classicamente tida por fraca na relação de trabalho, ser sempre juridicamente irrepreensível; cf. TRAPPE, *Betriebsbelange und Privatinteresse*, BB 1974, 44 — também não é viável definir juridicamente a «greve justa», sendo clara a tendência actual de não o fazer. Alguma doutrina tem, porém, defendido o despedimento colectivo — cf., no Direito Francês, TEYSSIE, *Die Aussperrung im französischen Recht*, ZfA 1979, 43-67 — enquanto BIRK, *Die Aussperrung in rechtsvergleichenden Sicht*, ZfA 1979, 231 e ss., explica, convincentemente, que nos países desenvolvidos, onde os sindicatos dispõem de uma estrutura económica que permite manter greves indefinidamente, a igualdade das armas laborais coaduna-se com o reconhecimento da greve e do despedimento colectivo. Em países que estejam noutra situação, a saída é diversa. BIRK refere ilustrativamente a proibição portuguesa (ob. cit., p. 273, nota 220).

(139) Vide JOSEF ESSER, *Arbeitskampf und Vertragstreue*, JZ 1963, 189 e ss. Este aspecto terá de ser aprofundado pelo dogmática civil, que o tem ignorado.

Empresarial. A situação jurídica laboral concretiza-se, actualmente, no quadro da empresa em que, numa suposta harmonia, se aplicam outros sectores normativos numerosos. Têm sido ensaiadas duas formas de consubstanciar o impulso da empresa na relação de trabalho:

- a relação organizatória;
- a participação do trabalhador na orgânica da empresa.

A relação organizatória é, de alguma forma, a sucessora da relação comunitária e da teoria da incorporação. Nessa linha, afirma-se, por exemplo, que «... a característica decisiva da relação está na ordenação do trabalhador na empresa» (140). A situação jurídica laboral não tem, em si, consideração por esta problemática. Como fez notar MAVRIDIS, o contrato de trabalho não visa uma relação organizatória, mas antes uma relação comercial (141). A organização a nível da empresa emerge da sujeição jurídica do trabalhador ao poder de direcção (142). Ela é apenas potenciada pelo contrato de trabalho que, formalmente, a ignora (143).

(140) HESSEL, *Zum Begriff des Betriebs*, RdA 1951, p. 451. Cf. MOLITOR, *Das deutsche Arbeitsrecht und die Privatrechtswissenschaft*, RdA 1948, pp. 44-45.

(141) *Eingliederungstheorie* cit., p. 446.

(142) HEUSSNER, *Das abhängige Beschäftigungsverhältnis*, cit., p. 309, faz notar que a base sociológica da dependência do trabalhador está na incorporação na empresa. Juridicamente, o fenómeno é inverso: a dependência laboral conduz a essa incorporação e à ordenação subsequente.

(143) RICHARDI, *Entwicklungstendenzen der Treue- und Fürsorgepflicht* cit., p. 59 refere que a relação de trabalho é sempre também uma relação de organização; aponta mesmo este factor como elemento decisivo para a diferenciação da relação obrigacional. Mas RICHARDI nem responde à objecção formulada vinte anos antes por MAVRIDIS nem articula a pretensa «organização» com a relação individual de trabalho. Repare-se que uma organização pode ser conseguida com recurso a figuras pacificamente obrigacionais.

Outra possibilidade tem ainda sido tentada: a de considerar que o contrato de trabalho, por excelência, não funciona isolado mas antes acom-

O quadro acima retratado altera-se mercê do aparecimento de leis que promovem ou obrigam à participação de trabalhadores na gestão da empresa, através de fórmulas que vão desde o «controle» de gestão até à autogestão, passando pela cogestão. Isto é importante do ponto de vista político e sociológico; duvidosa, porém, é a sua influência na dogmática da situação singular de trabalho. A orgânica da empresa é regida por Direito Comercial, Direito Económico, Direito Administrativo e, até, Direito Constitucional. A situação jurídica laboral, como qualquer outra, está apta a accionar normas de outros sectores jurídicos, tal como, por exemplo, uma situação civil tem, normalmente, relevância tributária. Não há sectores jurídicos estanques. Mas nesta base não se alcança uma verdadeira dogmática.

IV. O âmbito deste estudo não permite conclusões definitivas. Mas fica indiciado que, pelo menos no estádio actual do Direito do Trabalho, não existe uma influência séria, suficiente e exclusiva do Direito do Trabalho Colectivo e do Direito da Empresa (144) na situação jurídica laboral em termos de facultar uma dogmática.

panhado por muitos outros. Normalmente assim é. Nada impede, porém, que um contrato de trabalho funcione isolado ou que contratos não laborais surjam integrados. É duvidoso que o Direito possa tratar este fenómeno por forma científica, dando-se corpo à tal «terceira dimensão» do Direito do Trabalho. Cabe aos defensores desta visão indicar consequências, o que não têm feito. Em geral vide GAMILLSCHEG, *Die Solidarität als Rechtsbegriff*, Fest. Fechner (1973), 135 e ss.

(144) Será talvez de utilidade duvidosa introduzir o conceito de «constituição laboral» para focar estes e outros aspectos similares, dada a imprecisão da noção. Cf. THILO RAMM, *Die Arbeitsverfassung der Bundesrepublik Deutschland*, JZ 1977, 1 e ss.; HROMADKA, *Arbeitsordnung und Arbeitsverfassung*, ZfA 1979, 203 e ss., BALLERSTEDT, *Probleme einer Dogmatik des Arbeitsrechts* cit., p. 10. Um sentido preciso para essa noção seria o de conjunto de princípios e normas respeitantes a determinado Direito do Trabalho, com dignidade constitucional. Quanto à relevância dos vários

12. A força de trabalho como bem pessoal; apreciação crítica

I. Tal como na doutrina juslaboralista actual se assistiu à tentativa de recuperar, em termos actualizados, a «relação comunitária», também a «relação pessoal» foi objecto de modernização.

Essa construção nem sempre surge clara na doutrina; ela está porém implícita em autores que, criticando a concepção «comunitário-pessoal» do vínculo de trabalho, não chegam, porém, a reconduzi-lo a um vínculo obrigacional e ainda em escritos que, mantendo as concepções tradicionais, pretendem reforçá-las com considerações novas.

II. O ponto de partida é o bem fundamental em jogo no Direito do Trabalho: a própria força de trabalho. Esta não poderia ser entendida como mercadoria⁽¹⁴⁵⁾ ou, pelo menos, como mercadoria habitual⁽¹⁴⁶⁾. O trabalho estaria sempre especialmente ligado à pessoa humana⁽¹⁴⁷⁾ sendo uma peça da própria personalidade⁽¹⁴⁸⁾.

aspectos é de referir FABRICIUS, *Arbeitsverhältnis, Tarifautonomie, Betriebsverfassung und Mitbestimmung im Spannungsfeld vom Recht und Politik — Gedanken zur Fortentwicklung des Arbeitsverhältnisses* —, Fest. Fechner (1973), 171 e ss.

(145) Recorde-se, que nesta base foi erguida a concepção comunitário-pessoal da situação jurídica laboral: precisamente por não implicar uma permuta de trabalho por salário, a relação de trabalho seria irredutível a um vínculo obrigacional.

(146) Segundo MAVRIDIS, a afirmação de que o trabalho é diferente da mercadoria não quer dizer que não possa ser objecto de troca (*Eingliederungstheorie* cit., p. 447). A afirmação é contraditória: se é objecto de troca pode, com plena propriedade, dizer-se mercadoria.

(147) MAVRIDIS, ob. e loc. cit.

(148) DIETZ, *Entwicklung des deutschen Arbeitsrechts* cit., p. 70; HERSCHEL, *Vom Arbeiterschutz zum Arbeitsrecht* cit., p. 309.

Neste sentido poderia manter-se a alegada natureza pessoal da situação de trabalho. A especialidade do bem em jogo justificaria a clara contraposição perante o Direito das Obrigações. A viabilidade duma dogmática laboral não ofereceria dúvidas.

III. Estas questões trazem à baila uma problemática analisada e solucionada pelo Direito das Obrigações. Há praticamente cem anos (149).

Ao contrário do que sucede no Direito das Coisas, no Direito das Obrigações decide-se a atribuição jurídica de condutas humanas. A conduta humana não é materialmente cindível da pessoa do seu autor; só por abstracção é possível explicar o fenómeno. A consideração empírica deste estado de coisas leva, de facto, a que, numa obrigação, o credor se apodere de uma parcela da pessoa do devedor. Na ânsia de evitar o que surgia como evidência chocante, a doutrina civil foi levada a defender conceitos reais de obrigações, entendidas, por exemplo, como direitos ao património do devedor e não a condutas. Estas concepções, hoje desaparecidas, deixaram contudo rastros na doutrina civil até aos nossos dias.

Neste âmbito como noutros há que fazer prova de realismo, fugindo de soluções puramente verbais (150). A realidade social mostra que a conduta humana — a prestação — é, efectivamente um bem, de natureza económica, susceptível de ser atribuído a pessoa diversa do seu autor e que, como bem, circula na sociedade. Se esta realidade surge como injusta, há que avançar limando as arestas, estabelecendo um sistema digno de responsabilidade por dívidas e regulando os casos

(149) Vide MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações* I (1980) n.º 57 e ss., bem como a bibliografia aí referida, nomeadamente a de SAVIGNY

(150) Vide infra n.º 16.

mais flagrantemente inconvenientes. Proclamar que a obrigação não é referente a condutas humanas nada resolve; apenas engana.

IV. Fenómeno semelhante ocorre no Direito do Trabalho. A obrigação da prestação-trabalho coloca, efectivamente, na titularidade do credor, um direito a uma actividade humana. Juridicamente, esta é atribuída em termos abstractos e impessoais; não perde, porém, a sua natureza básica, tal como qualquer outra prestação.

A prestação-trabalho efectiva-se contra um salário. Existe troca. Há mercadoria. Mas nisto não se distingue das outras prestações tratadas, até ao infinito, pelo Direito das Obrigações.

O trabalho tem especificidades. Estas advêm-lhe, sobretudo, do facto de se tratar da única mercadoria de que, praticamente, todas as pessoas dispõem. E ainda, de ser uma mercadoria que, normalmente, tem de ser colocada no mercado, para a sobrevivência das pessoas. Mas estas especificidades — e outras que se prendem com a forma de aproveitamento do bem-trabalho — surgem através da dimensão social do fenómeno. A nível de situação jurídica, qualquer prestação pode ser decisiva para o seu autor.

A força de trabalho é um bem económico objecto de troca ou, se se quiser, uma mercadoria. Está ligada à pessoa humana, como qualquer prestação e, também como qualquer prestação, pode ser juridicamente atribuída a outra pessoa.

Da afirmação — e não da negação — deste drama deriva o Direito do Trabalho. E deriva também o Direito das Obrigações.

13. Lealdade e assistência como produto da aplicação da boa fé

I. A recondução dos deveres de lealdade e de assistência aos princípios de obediência e subordinação e da remuneração, respectivamente (151) não esgota o conteúdo classicamente atribuído a esses pilares fundamentais da dogmática laboral clássica. Houve, por isso, que fazer apelo a outros lugares normativos. A boa fé estava especialmente vocacionada para responder.

II. O tratamento do princípio da boa fé como regra básica geral do Direito das Obrigações, no período contemporâneo, é anterior às primeiras tentativas sérias de autonomização do Direito do Trabalho (152). Houve, assim, toda a facilidade em transpor, para o fenómeno laboral a «cláusula real» (HEDEMANN) do Direito Civil. O que foi feito desde o início (153). O auge laboral dogmático proporcionado pela relação comunitário-pessoal deixaria para segundo plano a boa fé laboral que, no entanto, nunca deixaria de ser referida em apoio linguístico das afirmações produzidas (154).

O aparecimento e a proliferação de críticas à construção tradicional dariam um impulso peculiar à boa fé laboral (155)

(151) Cf. supra n.ºs 8 e 9.

(152) O livro básico de KONRAD SCHNEIDER, *Treu und Glauben in Rechte der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches*, data de 1902.

(153) Cf., p. ex.: RÜMELIN, *Dienstvertrag und Werkvertrag* cit., pp. 266, 269 e 272, LOTMAR, *Arbeitsvertrag* cit., II, p. 859 e OERTMANN, *ArbeitsvertragsR* cit., p. 138.

(154) P. ex. HUECK/NIPPERDEY, *ArbeitsR*⁷ cit., p. 391.

(155) Em paralelo, e procurando evitar as críticas aos exageros em que a lealdade e assistência, nas penas de certos autores, soçobraram, surge como lugar-comum a afirmação de que esses deveres não devem ser exagerados. Além de HUECK/NIPPERDEY, *ArbeitsR*⁷ cit., p. 391 e *Grundriss*⁵ cit., p. 91, cf. ZÖLLNER, *ArbeitsR*², p. 119.

e às suas sequelas dogmáticas. Já SCHWERDTNER depois do seu severo requisitório contra a concepção «comunitário-pessoal» fez apelo aos deveres acessórios e à chamada estrutura complexa da obrigação (156) — conexionados, como é sabido, com a boa fé — para explicar, pelo menos em parte, o conteúdo dos deveres de lealdade e assistência.

Esta orientação é retomada directa ou indirectamente, no todo ou em parte por autores vários (157) e pode sintetizar-se: os deveres de lealdade e assistência derivam da aplicação da boa fé à relação laboral, revestindo-se, pela natureza desta, de características específicas.

III. A partir daqui, a dogmática própria da lealdade e assistência tende, definitivamente, a esbater-se. A não ser pessoal e comunitária — recorde-se ser este o ponto fundamental das distinções de HUECK e seus seguidores (158) — a relação de trabalho pouco mais pode oferecer à boa fé, como específico, do que a sua natureza duradoura. Ora esta integra uma categoria há muito tratada pelo Direito das Obrigações (159). Acresce que o próprio discurso corrente no Direito Civil, segundo o qual a boa fé só pode ser determinada no caso concreto, é de molde a tragar quaisquer diferenciações apresentadas como autonomistas.

Não admira por isso que, uma vez reconduzidos à boa fé, os deveres de lealdade e assistência tenham passado a acompanhar, por vezes com atraso, a doutrina obrigacional. O alar-

(156) *Fürsorgetheorie und Entgelttheorie* cit., pp. 80 e ss. Cf. também o artigo cit., de FENN, *Fürsorgetheorie und Entgelttheorie*, p. 325.

(157) Cf. a bibliografia citada supra, nota (63) e ainda BEUTHIEN, *StudK BGB* (1979) prenotação § 611, p. 367 e SOERGEL/SIEBERT/KRAFT¹¹ (1980), § 611, p. 504.

(158) Em *Der Treuegedanke* cit., supra nota (128).

(159) Recorde-se VON GIERKE, *Dauernde Schulverhältnisse*, JhJb 64 (1914), pp. 355 e ss., como o iniciador do tratamento da obrigação duradoura em termos autónomos.

gamento assim proporcionado é considerável: o debate de posições fortemente negativistas de ERNST WOLF⁽¹⁶⁰⁾ aparece no Direito do Trabalho outro tanto sucedendo com a tópica, via RICHARDI⁽¹⁶¹⁾.

Mas tudo isto vai longe de uma dogmática propriamente laboral⁽¹⁶²⁾.

14. Troca desigual e protecção do trabalhador

I. A intensificação da crítica juslaboral nos diversos quadrantes acima referenciados levaria, curiosamente, a busca da base autonómica do Direito do Trabalho e das situações jurídicas subjacentes para o seu ponto de partida: o reconhecimento jurídico da inferioridade do trabalhador e a necessidade da sua protecção⁽¹⁶³⁾. Haveria aqui um último reduto, muito seguro: na situação jurídica civil, não se tem em conta a força económica das partes⁽¹⁶⁴⁾; no Direito do Trabalho, pelas consequências funestas dessa indiferença, ter-se-ia desen-

(160) *Das Arbeitsverhältnis* cit., pp. 21 e ss. WOLF critica, em simultâneo, a lealdade e assistência e a boa fé, que considera como meras palavras vazias, sem conteúdo possível. O autor retoma as suas posições em «*Treu und Glauben*», «*Treue*» und «*Fürsorge*» im *Arbeitsverhältnis*, DB 1971, 1863-1868 (principalmente 1866 e ss.) e, quanto à boa fé, em *SchuldR I* (1978). Contra, vide MAYER-MALY, *Treue- und Fürsorgepflicht in rechtstheoretischer und rechtsdogmatischer Sicht* em TOMANL, *Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht* (1975), pp. 72 e ss.

(161) *Entwicklungstendenzen der Treue- und Fürsorgepflicht in Deutschland* cit., p. 39 e *ArbeitsR und ZivilR* cit., p. 18.

(162) Como, claramente, acaba por escrever SCHWERDTNER, *Fürsorge- und Treuepflichten im Gefüge des Arbeitsverhältnisses oder: Vom Sinn und Unsinn einer Kodifikation des allgemeinen Arbeitsvertragsrechts* ZfA 1979, 1 e ss. (18).

(163) Cf. FARTHMAN, *Anfechtung des Arbeitsvertrages* cit., pp. 144-145.

(164) Cf. MAYER-MALY, *ArbeitsR und Privatrechtsordnung* cit., p. 205.

volvido um complexo normativo diferenciado que visaria minorar o problema.

II. Esta definição simplista da desigualdade pode ser posta em dúvida (165). A existência demonstrável de desigualdades sociais não é linearmente transponível para o sector laboral, em sentido jurídico: são por demais conhecidas as situações do director ou do quadro superior assalariados ou dos trabalhadores altamente qualificados, unidos em sindicatos poderosos e colocados num sector chave, em termos de alcançar a concretização de reivindicações muito elevadas, face à de pequenos comerciantes ou industriais, com empresas familiares, e à de pequenos artesãos. Mesmo para além de casos marginais, a indagação de desigualdades efectivas, dependentes de inúmeros factores exógenos, não é obra factível por norma jurídica, sob pena de se cair em estereotipos, tão afastados da realidade como o foram os Códigos Civis liberais.

Fica de pé, apesar destas precisões, o facto de, em economias de escassez — e todas, de alguma forma, ainda o são — na inexistência do Direito Colectivo do Trabalho ou das suas condições de funcionamento pleno, nomeadamente a presença de sindicatos actuantes, e na falta de Direito de Protecção Laboral, a maioria dos assalariados surgir em situação de desigualdade. Justifica-se assim um princípio de protecção laboral (166).

III. Actualmente, porém, pertence à melhor técnica jurídica a substituição de um tão genérico quanto vago princípio

(165) Assim, SÖLLNER, *Privatautonomie und Arbeitsverhältnis* cit., pp. 230 e ss.

(166) Este pode ser formulado de várias maneiras, incluindo a «cláusula geral do Estado Social». Já foi tentada a salvaguarda do «dever de assistência» do empregador, derivando-o dos princípios constitucionais de protecção — cf. HANAU/ADOMETT, *ArbeitsR*⁷ cit., p. 39.

da protecção do trabalhador pela enumeração, tão precisa e extensa quanto possível, de direitos subjectivos e de outras permissões normativas, específicas ou genéricas. Qualquer texto constitucional moderno, dobrado pelos respectivos desenvolvimentos infraconstitucionais, comprova a afirmação. À medida que a enumeração fique completa, o princípio da protecção perde eficácia dogmática, remetendo-se à política legislativa e à sistemática.

É nesta conjuntura que se deve ponderar a possibilidade dogmática do Direito do Trabalho.

§ 4.º — CRISE DOGMÁTICA NO DIREITO DO TRABALHO

15. Crise técnico-jurídica: relação de trabalho como relação obrigacional

I. Apesar do lugar-comum cabe, pelo menos, a constatação de crise na dogmática laboral. O que pode ser comodamente apreciado retratando três facetas nesse fenómeno, repartidas por outras tantas crises: técnico-jurídica, ideológica e, propriamente, dogmática.

II. Do ponto de vista puramente técnico, a situação jurídica laboral desenha-se como patrimonial, relativa e sinalgmática. As incursões anteriores demonstraram a inviabilidade de a tratar como pessoal e comunitária: está em causa a cedência onerosa da prestação-trabalho por parte de um sujeito a favor de outro. A natureza indeterminada do bem cedido — a própria força de trabalho — exige, no seu aproveitamento económico, a sujeição à orientação do empregador: é, entre uma infinidade de prestações possíveis, mais uma modalidade. O valor desse mesmo bem pode exigir, como cor-

respectivo, não apenas o salário clássico, mas outras prestações. O que, dos tradicionais e pretensos deveres de lealdade e assistência, não tenha cabimento nas construções da obediência e da remuneração, pode, ainda, ser comodamente expressado através da natureza complexa do conteúdo do vínculo e do recurso às cláusulas gerais, com primado da boa fé.

A relação de trabalho é uma clara relação obrigacional⁽¹⁶⁷⁾.

III. A existência de inúmeras normas injuntivas a nível do Direito Individual de Trabalho, não obstante a constância da autonomia privada no seu seio⁽¹⁶⁸⁾, não basta para desbloquear a crise técnico-jurídica: a injuntividade é intensa em contratos como o de arrendamento sem que, por isso, se possa avançar uma independência de fundo das situações locatícias. Tão pouco pode auxiliar a intercessão com normas oriundas doutros sectores como o dos Direitos Fundamentais: ela ocorre, também, em todo o Direito Privado.

A crise juslaboral é séria.

16. Crise ideológica: Direito do Trabalho como solução linguística de problemas sociais

I. Mais importante do que a crise técnico-jurídica — é bom lembrar que os esquemas lógico-formais do Direito das Obrigações podem, teoricamente, enquadrar quaisquer soluções jurídicas — é a crise ideológica da juslaboralismo. De ideologia fala-se aqui como abarcando o conjunto de postulados

(167) A afirmação é directamente feita por WOLF, solidamente assente no seu livro *Das Arbeitsverhältnis* cit., máxime pp. 79 e ss.

(168) Recordem-se, p. ex., SCHAUB, *ArbeitsR*⁴ cit., p. 17 e sobretudo, ZÖLLNER, *Privatautonomie und Arbeitsverhältnis* cit., pp. 223, 224, 228, 235, 236 e 246.

figurativos que levou à autonomização do Direito do Trabalho e de que se retêm: a troca desigual, a necessidade de protecção, o conflito, a necessidade de o pacificar e assim por diante. O desenvolvimento, em tais bases, do Direito do Trabalho levou o rumo curioso da utilização ampla de expressões carregadas do conteúdo ideológico inicial (169): luta, conflito, negociação, comunidade, lealdade, assistência ...

Explica-se assim a autonomia dogmática profunda aspirada pelo juslaboralismo: não está em causa uma conveniência sistemática ou o âmbito especial que levam à independência dum Direito Fiscal, dum Direito Rural ou dum Direito Económico mas antes a existência de valores próprios, bitolas suas e soluções independentes (170).

II. Mas a dependência do pensamento laboral de palavras dotadas de projecção ideológica levou a um desenvolvimento autónomo do seu nível linguístico, sem correspondência nas realidades subjacentes (171).

(169) Sustenta-se pois que este fenómeno não ocorre, pelo menos em termos minimamente comparáveis, no Direito Civil tradicional. Expressões como «negócio jurídico», «contrato», «termo», «condição», etc. surgem formalmente tão desprovidas de postulados sociais de origem como números abstractos. Mesmo outra como «propriedade» apenas tem nível ideológico por, reflexamente, lhe estar associada a propriedade privada individual. Os esquemas formais do *dominium* satisfariam porém as apropriações estadual e colectiva, como comprova o Direito Comparado. E assim a «propriedade», enquanto conceito jurídico abstracto, ficaria também neutra.

(170) Cf. BRECHER, *Das ArbeitsR als Kritik des bürgerlichen Rechts* cit., p. 35. Cf. BYDLINSKYI, *Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines ZivilR* (1969), pp. 15-16.

(171) Não cabe aqui introduzir à Filosofia da Linguagem. Recorde-se apenas o postulado básico desta corrente tão importante para o progresso da Ciência do Direito: o discurso pode processar-se com referência ao objecto ou a partir da própria palavra figurativa do objecto e independentemente deste. No que agora interessa, surge clara a possibilidade de avanços e soluções puramente linguísticos, tão frequentes nas

A referência a «luta laboral», por hipótese, pode produzir um desenvolvimento centrado sobre a expressão vocabular «luta», sem ter em conta a realidade que, convencionalmente, se pretende expressar, aliás, pobremente dada a variedade de manifestações possíveis para o fenómeno retratado.

A possibilidade de um desenvolvimento linguístico autónomo torna inteligível a ocorrência de soluções puramente verbais. Assim, da «luta» e do «conflito» passa-se à «negociação» e à «comunidade»; da «desigualdade de troca» à «igualdade», mediante a supressão linguística da «troca», através da negação da «patrimonialidade»; da «subordinação» e «obediência» à «lealdade»; da «remuneração» à «assistência» (172). A ocorrência de soluções meramente linguísticas, sempre perigosas, pode encobrir o erro de ciência ou o desígnio de impôr, na realidade, saídas que ficarão depois dissimuladas sob a solução linguística. A «guerra» faz-se em nome da «paz», o «arbitrio» expressa-se como «ordem», etc.. Os regimes de força requerem, em particular, um desenvolvimento de linguagem que o Direito, muitas vezes, auxilia. Os regimes que se afirmam democráticos criam também uma linguagem rica em soluções

Ciências Humanas. Um exemplo retirado de HAFT, *Juristische Rhetorik* (1978), p. 67: «A justiça é inconcebível»; esta proposição dá a entender que algo de especialmente elevado ou profundo foi dito sobre a justiça. Na verdade porém, apenas foi suscitada alguma coisa sobre a palavra «justiça» iniciando-se, a partir daí, uma confusão emocional. Entre muitos outros e com a particularidade de terem sido utilizados por SCHWERDTNER na sua investigação decisiva — vide infra nota (174) — refiram-se FREUNDLICH, *Ziele und Methoden sprachlogischer Forschung* e TOPITSCH, *Über Leerformeln — Zur Pragmatik des Sprachgebrauches in Philosophie und politischer Theorie*, ambos em Fest. Kraft (1960), pp. 1 e ss. e 233 e ss., respectivamente.

(172) Esta mesma aplicação funciona em sentido inverso: pode-se passar, por meio de puras construções linguísticas, de «luta laboral» à «luta», à «luta de classes», à «luta armada» etc. O saber se existe aqui correspondência com a realidade — o que não interessa a este estudo — tem de ser procurado noutras latitudes que não a harmonia verbal figurativa, manifestamente presente.

que, só por si, não têm correspondência automática com a realidade (173).

Tudo isto aconteceu no desenvolvimento do Direito do Trabalho (174).

IV. Ficam claras muitas das anomalias descobertas no desenvolvimento anterior. Só a nível de solução linguística se entende como foi possível que, enquadrando-se a situação jurídica laboral, pelo menos, em área mais massificada e de maior conflito do que o clássico Direito das Obrigações, se tenha pretendido — e com vigor e sucesso! — autonomizar deste o Direito do Trabalho apontando a pessoalidade e a comunitariedade como características tipicamente laborais.

À luz destas considerações, boa parte das soluções tipicamente laborais — entre as quais todas aquelas que alicerçaram uma autonomia — caem como meras soluções linguísticas. As soluções reais são mais fielmente comunicadas pela linguagem civil.

A crise é profunda.

(173) Ocorre imediatamente ao espírito a Constituição Portuguesa de 1976, na versão original: as soluções linguísticas aí compreendidas, por vezes em termos coloridos, são um exemplo acabado do divórcio entre os níveis figurativos e o seu desenvolvimento. Os compromissos verbais são possíveis mesmo em proposições formalmente contraditórias.

(174) A aplicação destas construções ao Direito do Trabalho deve-se ao estudo fundamental já citado de SCHWERTNER, *Fürsorgetheorie und Entgelttheorie*, § 9, pp. 66 e ss. estando ainda magistralmente expressa em *Gemeinschaft, Treue, Fürsorge — oder: die Himmelfahrt des Wortes*, ZRP 1970, 62-67, do mesmo autor. Veja-se ainda GILBERT KEMPF, «*Treuepflicht*» und Kündigungsschutz/Gemeinschafts- und Treuegedanke — eine Ideologie?, DB 1979, 790 e ss., que acaba por responder afirmativamente à questão formulada.

17. Crise dogmática: Direito do Trabalho como crítica do Direito Civil

I. A situação jurídica laboral veio a revelar-se como mera obrigação e boa parte das articulações típicas do Direito do Trabalho acaba por surgir como um conjunto de soluções linguísticas, dependentes de postulados ideológicos de origem, mas sem correspondência real. A crise daqui resultante será ainda susceptível de superação?

Como foi apurado, a constatação, considerada estranha ao Direito Civil, de um desequilíbrio material entre as partes, traduz um reduto muito seguro a que se pode acolher a dogmática laboral. Ou, se se preferir, o facto de, em Direito Civil, as partes serem vistas como sujeitos seria contraditado, em Direito do Trabalho, por uma visão das partes como pessoas (175). A ser assim, ficaria uma base substancial para, evitando cair em soluções linguísticas, erguer uma dogmática laboral: a necessidade de protecção da parte fraca, a busca de soluções materiais e não apenas formais, a limitação da autonomia privada sempre que esta conduzisse a soluções inconvenientes ou prevertidas, a intervenção de entidades terceiras como forma de acautelar o interesse comum e, finalmente, o reconhecimento de um nível jurídico colectivo como forma de repor a autonomia e a igualdade perturbadas na situação individual.

II. O Direito Civil de hoje não é, porém, o do princípio do século (176). A protecção do contraente débil está na ordem do dia, tendo sido abandonado o dogma da igualdade entre

(175) BRECHER, *Das ArbeitsR als Kritik des bürgerlichen Rechts* cit., p. 38.

(176) As afirmações subsequentes podem aqui ser apenas indicadas. Não obstante a carência de estudos nacionais sobre a matéria, elas possuem, pela oportunidade, força convincente, à partida.

as partes. Institutos como os do abuso do direito, da boa fé, dos bons costumes e da ordem pública têm sido utilizados, por forma técnica em aperfeiçoamento crescente, para tutela da parte fraca e como meio de prosseguir efectivas soluções materiais. Instrumentos como os das relações contratuais de facto, da não alegabilidade de nulidades — incluindo as formais! — causadas contra *bonam fidem*, da alteração das circunstâncias e da própria *culpa in contrabendo* são correntemente usados para uma prossecução efectiva da justiça real, com o restabelecimento da igualdade *inter partes*. Ninguém questiona já a limitação de autonomia privada e a competência judicial para, a coberto das cláusulas gerais ou de outros esquemas, intervir nas situações jurídicas privadas.

O recurso às condições contratuais gerais e a necessidade de regular esse procedimento tão rico em abuso dá, ao Direito Privado, no seu todo, uma dimensão colectiva. Fenómenos como os da luta colectiva — «greves» de consumidores, boicotes — ou de negociação colectiva — entre produtores e associações de consumidores — têm feito a sua aparição. A nível individual, as referidas condições gerais exigem a utilização redobrada dos meios jurídicos acima referidos para fazer face à desigualdade e à injustiça.

Finalmente, o abandono da relação jurídica, o estudo e aplicação dos direitos dos cidadãos e a detecção de níveis constitucionais no Direito Privado ⁽¹⁷⁷⁾ permitem hoje afirmar que, por excelência, agem, no espaço civil, pessoas e não sujeitos.

III. Com as dificuldades inerentes aos problemas de linguagem e à proliferação de soluções linguísticas, o Direito do Trabalho foi pioneiro nas alterações do Direito Privado. As soluções requeridas pela situação laboral são-no por todas as

(177) P. ex., NIPPERDEY, *Grundrechte und PrivatR*, Fest. MOLITOR (1962), 17-33.

situações privadas. Os perigos de desvio ou perversão não ocorrem apenas no sector do trabalho — onde muitas vezes já tiveram mesmo solução — mas em todo o espaço jurídico.

A afirmação dogmática do Direito do Trabalho é uma crítica ao Direito Civil anterior. A satisfação e até talvez ultrapassagem da crítica convertem-na em factor histórico.

A crise é definitiva.

§ 5.º — CONCLUSÕES

18. Conclusões

I. A autonomia do Direito do Trabalho fica intocada. Mas trata-se de mera autonomia sistemática, derivada da necessidade prática e académica de agrupar, por forma ordenada, as normas relativas ao trabalho dependente ou as relações laborais⁽¹⁷⁸⁾,

II. A conclusão não é definitiva. Os passos anteriores indiciam porém a falta, no Direito do Trabalho, de valores e princípios susceptíveis de erguer uma dogmática própria. Os factores que, como a relação de troca desigual ou a necessidade de protecção, são apresentados como tais, impõem-se, na realidade, também no Direito Civil, onde têm tido soluções.

III. O Direito do Trabalho Individual reintegra a grande família da dogmática privada. Ou, em homenagem à sua posição pioneira: o Direito Privado cedeu à dogmática laboral.

(178) Cite-se por último ERNST WOLF, *Der Begriff des ArbeitsR.*, Fest. 25 Jahre BAG (1979), 709 e ss., onde são retomados muitos dos temas aqui explanados.

REVISTAS

- AcP — Archiv für die civilistische Praxis
ArbG — Der Arbeitgeber
ArbR — Arbeitsrecht
AuR — Arbeit und Recht
BB — Betriebs-Berater
DAR — Deutsches Arbeitsrecht
DB — Der Betrieb
DJT — Deutscher Juristentag
FamRZ — Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
JhJb — Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JuJb — Juristen-Jahrbuch
JuS — Juristische Schulung
JW — Juristische Wochenschrift
JZ — Juristenzeitung
NJW — Neue Juristische Wochenschrift
RdA — Recht der Arbeit
ZAkdR — Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht
ZfA — Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
ZRP — Zeitschrift für Rechtspolitik