

A APLICAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO ALGUMAS QUESTÕES (*)

Pelo Dr. Juiz Vítor Manuel Neves Nunes de Almeida

I — Na concisa definição de um dos mais conhecidos tratados de Direito Civil «A aplicação do direito consiste em subsumir um facto da vida à regra jurídica competente, resultando, assim, uma determinada consequência jurídica» — Ennecerus — Niperdey, 15.^a ed., pág. 311 — (citado in «Metodologia da Ciência do Direito» de Karl Larenz, pág. 278).

Com a aplicação do direito se estabelece a ponte entre a norma e a realidade normada, entre a concepção de quem regula e a realidade que se pretende regular. Como se produz este contacto entre uma regra abstracta e um facto concreto constitui algo de fenomenal transcendência, pois a sua ocorrência, a forma e o momento em que ocorre dependem da existência de uma norma que, de entre os seus múltiplos entendimentos possíveis, aceite como adequado o 'facto da vida' em causa e, por outro lado, a realidade considerada encontre na norma ou em um dos seus possíveis entendimentos uma correcta configuração de modo que possa produzir todos os efeitos desejados pelas partes que nela intervieram.

(*) Texto da Conferência proferida no Instituto da Conferência do Conselho Distrital do Porto, em 27 de Abril de 1983.

Dada a natureza de trabalho de apresentação oral, o autor evitou as constantes remissões para as fontes doutrinárias, tendo preferido incluir a final uma nota bibliográfica.

A aplicação do direito, tomada no seu sentido técnico de actuação concreta da norma por parte de uma autoridade judicial ou administrativa, constitui o próprio cerne da actividade jurisdicional pois realiza a função primordial do direito.

Durante muito tempo uma concepção formalista do direito julgou possível reduzir a aplicação da lei à estrutura de um silogismo, no qual a norma legal fosse a premissa maior, a realidade factual a premissa menor, e a decisão a conclusão.

A aplicação do direito é, todavia, algo de muito mais complexo, constituindo um verdadeiro processo dialéctico, isto é, que decorre em oposições e que implica uma série de actos de carácter lógico e axiológico com recurso aos elementos fácticos, desde logo para a determinação, de entre as várias normas possíveis, qual a aplicável, não se podendo, hoje, afirmar que no raciocínio do aplicador a norma venha antes e o facto depois, já que este muitas vezes vai da norma ao facto e vice-versa, até formar pela mediação da «consciência jurídica geral» a sua convicção jurídica que há-de ser a fonte da sua decisão.

Não interessa, aqui, desenvolver as doutrinas jurídicas actuais sobre a aplicação do direito quer se trate da teoria tridimensional; a da concepção jurídica de Karl Engisch, Josef Esser, Karl Larenz e outros; o experiencialismo de Wendel Holmes ou Roscoe Pound (direito é a experiência desenvolvida pela razão e razão provada pela experiência); a «jurisprudência tópica» de Viehweg e a teoria da compreensão integral do direito de Luigi Bagolini ou de Tullio Ascarelli.

Interessa, sim, salientar que a aplicação do direito não pode reduzir-se a uma questão de lógica formal, não sendo o acto de subsunção do facto à norma um acto reflexo e passivo; mas integra a participação criadora do juiz com toda a sua sensibilidade, o seu tacto, prudência e intuição num acto complexo em que os factores lógicos, axiológicos e fácticos se interpenetram e se interrelacionam num processo dialéctico de complementaridade (que não de contraditoriedade) até se alcançar a decisão concreta, com o enquadramento da situação de facto na norma adequada ao respectivo tratamento jurídico.

Como elementos balizadores de toda e qualquer aplicação do direito surgem-nos, por um lado, os critérios de certeza e

da segurança jurídicas, não permitindo interpretações aberrantes que ponham em causa a estabilidade do sistema jurídico e, por outro lado, o recurso aos tão maltratados e pouco considerados «princípios gerais de direito» — no caso, os princípios gerais de Direito do Trabalho — cuja utilização e actuação é particularmente importante no momento da aplicação do Direito do Trabalho.

Assim, uma indagação sobre a aplicação do Direito do Trabalho poderá ajudar a situar tais princípios na sua perspectiva própria, aferindo a sua verdadeira natureza e determinando a sua real importância.

II — De entre os problemas que a aplicação do Direito do Trabalho, suscita parece-nos correcto salientar, pela sua relevância, os seguintes:

1.º — A determinação da norma aplicável de entre as várias possíveis e simultaneamente vigentes, problema este que impõe o afrontamento do tema da hierarquia das normas juslaborais, dominado pelos princípios da 'norma mínima' e da norma mais favorável;

2.º — A determinação da norma aplicável de entre as sucessivamente vigentes, o que impõe o afrontamento do tema da aplicação no tempo das normas juslaborais, dominado pelo princípio das vantagens adquiridas ou da condição mais benéfica;

3.º — A determinação da medida em que o contrato individual de trabalho pode obstar à aplicação de norma legal ou convencional, o que resulta da natureza imperativa ou dispositiva de tal norma, tema manifestamente influenciado pelo princípio dito 'da irrenunciabilidade dos direitos laborais';

4.º — A questão da interpretação da norma concretamente aplicável que, em Direito do Trabalho tem a particularidade de ser profundamente influenciada pelo princípio do tratamento mais favorável do trabalhador (dito 'pró-operário').

O tratamento aprofundado de cada um destes temas daria, seguramente, para uma palestra alargada, pelo que se vai pro-

curar estabelecer um apanhado geral de cada um dos problemas equacionados tal como eles são tratados na doutrina e, procurando depois verificar até que ponto os princípios doutrinários elaborados podem e têm sido concretizados na legislação e na prática dos tribunais, aferir assim o grau de efectividade do Direito do Trabalho.

III — *A hierarquia das fontes de Direito do Trabalho*

As fontes de direito são os modos de formação e de revelação das normas jurídicas.

Quando se fala em revelação das normas jurídicas tem-se em vista, usualmente, a manifestação exterior da norma, que pode ser o texto na lei, a conduta no costume, etc.; ao contrário, quando se fala em formação, tem-se em vista o facto de que derivam as regras, v. g., o acto legislativo.

Ao falar do tema da hierarquia das fontes de direito interessa considerar essencialmente o aspecto dos respectivos modos de formação, isto é, os factos normativos em que consistem, pois só estes podem ser hierarquizados e, em relação a eles, faz sentido falar em hierarquia das fontes.

A produção jurídica faz-se sempre com base em regras sobre a própria produção jurídica, devendo todo e qualquer facto normativo obedecer a uma regra sobre a produção jurídica: assim, um Decreto-Lei é uma fonte de direito porque há uma regra sobre a produção jurídica que o estabelece — a Constituição.

O sentido do conceito de hierarquia das fontes de direito não é unívoco, mas duplo, correspondendo aos dois seguintes critérios: o critério do condicionamento jurídico das normas (*bedingtheit*) e o da amplitude da força (eficácia) jurídica das normas (*rechtskraft*), critérios estes que estão longe de coincidir e que conduzem a estabelecer duas hierarquias independentes de normas.

Rapidamente, porque não é esta a finalidade do nosso trabalho, vejamos a distinção referida.

A hierarquia segundo o condicionamento das normas baseia-se nas relações lógicas de dependência entre as normas, de acordo com o critério já estabelecido por Kelsen, nos termos do qual «uma norma é válida, se e porque ela foi criada de uma certa maneira, tal como o determina uma outra norma; esta norma constitui, assim, o fundamento imediato da validade da primeira norma».

Trata-se aqui de um critério formal — como quase toda a arquitectura kelseniana do direito — que pode suscitar dificuldades quando se pretenda aplicar a um dado sistema concreto de direito (cfr. as dificuldades de uma tal tese para justificar o sistema do direito positivo francês — P. Amselek, 'Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique'), mas que é suficiente para tornar claro que, quando uma norma é válida, não o é senão em virtude de uma outra norma superior que a condiciona e é o fundamento da sua validade.

A hierarquia segundo a força jurídica das normas assenta no critério da sua eficácia, pelo que se está já fora do âmbito da lógica jurídica e se passa ao domínio da aplicação prática do direito.

Compreender-se-á melhor o sentido deste critério se se pensar que nem todas as normas jurídica têm o mesmo 'raio de acção', isto é, o mesmo âmbito. Há normas que têm o poder de subordinar outras, de as suprimir definitivamente ou de lhes suspender a aplicação. Costuma falar-se a este respeito de 'poder abrogatório e/ou derogatório das normas', parecendo-nos, todavia, de preferir a expressão 'força ou eficácia jurídica', não só porque é suficientemente ampla para englobar tanto o poder de suprimir como o de afastar a aplicação de uma norma sem afectar a sua validade, mas fundamentalmente porque tal expressão «força ou eficácia jurídica» não é somente activa mas também passiva.

Isto é, com ela pretende-se designar não só o poder — activo — de abrogar ou derogar outras normas, mas também, o poder — passivo — de resistir à abrogação ou derrogação por outras normas.

As relações entre estes dois tipos de hierarquia caracterizam-se por dois aspectos: por um lado, a sua coexistência e, por outro, a sua independência. A coexistência implica que uma hierarquia não exclua a outra e vice-versa; não se está, portanto, obrigado a escolher entre as duas hierarquias, que coexistem sem terem necessariamente de coincidir.

O segundo aspecto — a independência de cada hierarquia em relação à outra — comporta uma implicação dupla.

A primeira resulta de que não é legítimo, a partir da hierarquia sobre o condicionamento, tirar conclusões quanto à hierarquia segundo a força jurídica, pois o facto de uma norma condicionar uma outra não significa necessariamente que esta última seja inferior quanto à sua força jurídica relativamente à primeira.

Inversamente, entendemos que também não se poderá, a partir da hierarquia segundo a força jurídica, tirar consequências quanto à hierarquia segundo o condicionamento, o que pode ser confirmado por uma breve análise da posição hierárquica das convenções colectivas de trabalho em face da lei e do contrato de trabalho, embora não seja um entendimento uniforme (cfr. R. Walter, 'Der aufbau der rechtsordnung').

A convenção colectiva é, em relação à lei, por qualquer dos critérios que temos vindo a utilizar, uma fonte de direito inferior; assim, na hierarquia segundo o condicionamento, o fundamento da validade das C.C.T.'s é a respectiva lei em vigor, que é a norma que lhes é imediatamente superior; no critério segundo a força jurídica a convenção é também inferior à lei, pois que, em princípio, não pode contrariar as normas legais.

Perspectivando, agora, a convenção colectiva em relação ao contrato de trabalho, é manifesto que, segundo o critério do condicionamento nada pode ser decidido, em definitivo, porquanto à semelhança da convenção colectiva também o contrato de trabalho tem como fundamento imediatamente superior a lei, que é também fundamento da respectiva validade.

Situando-se nesta perspectiva os dois elementos normativos em pé de igualdade, a situação de superioridade da convenção colectiva surge apenas com a utilização do critério da força jurídica. De facto, o efeito imperativo das convenções colectivas

exprime claramente a superioridade hierárquica das suas normas em relação às normas do contrato de trabalho.

Parece-nos, assim, poder concluir-se que da hierarquia segundo a força jurídica nenhuma conclusão se pode tirar quanto à hierarquia segundo o condicionamento, verificando-se aqui uma independência de sentido duplo que não exclui uma ou outra coincidência.

Importa ainda aflorar, nesta matéria genérica sobre hierarquia das normas, o aspecto da imbricação hierárquica entre as normas de ordem pública e supletivas e as convenções colectivas.

As normas jurídicas, para além de regularem certa matéria, estabelecem também o seu âmbito de aplicação relativamente a outras normas, o que pode acontecer de modo explícito ou implícito, correspondendo tal função ao que P. Roubier chamou de «direito que governa as relações entre as diversas regras de direito» e que consiste na resolução por antecipação do conflito entre a norma respectiva e outras normas.

Nesta perspectiva, as normas de ordem pública (imperativas) são todas aquelas que resolvem em seu favor qualquer conflito que possa surgir com outras normas de força diferente; as normas dispositivas são o contrário das normas de ordem pública: elas 'cedem o passo' perante normas de força diferente em caso de conflito.

Importa salientar a este respeito que, em Direito do Trabalho, o normal esquema dos preceitos supletivos cíveis se complica substancialmente pelo facto da interposição, entre o contrato de trabalho e a lei, das convenções colectivas e demais instrumentos de regulamentação colectiva do trabalho.

O que interessa focar é que as normas dispositivas são mais fracas quanto à eficácia jurídica do que as normas com as quais conflituam, embora possam ser de mais elevado nível hierárquico segundo o respectivo condicionamento.

Voltaremos mais adiante a este tema quanto ao princípio «pró-operário» já que vem sendo afirmado «não existirem de modo algum leis sociais interpretativas ou supletivas» (cfr. Camerlynck et Lyon-Caen, *Droit du Travail*, 10.^a, ed., pág. 20).

Esta reduzida digressão teórica pelo campo dos princípios que regem a hierarquia das leis tornou-se necessária para — espero — uma melhor compreensão e enfrentamento da primeira questão posta sobre a aplicação do Direito do Trabalho.

Quando várias normas concorrem simultaneamente na resolução da mesma questão de facto, um princípio de segurança elementar impõe a presença de regras ou critérios que decidam qual a norma que deve ser aplicada em primeiro lugar (fonte principal) e qual ou quais as que devem ser aplicadas no caso de aquela não poder regular a situação (fontes secundárias. Este é, numa síntese prática, o problema da prevalência das normas, na base do qual está o verdadeiro problema político de decidir qual o poder social a que deve dar-se a primazia em cada momento.

Isto explica porque a hierarquia das fontes de direito deva ser estudada com referência a cada direito positivo como reflexo da interdependência de poderes sociais que o mesmo traduz.

No nosso Código Civil — e isto num rápido relançar dos princípios há muito estabelecidos — determina o artigo 1.º que «são fontes imediatas do direito as leis e as normas corporativas».

Face ao que hoje preceitua o artigo 115.º, números 1 e 5 da Constituição da República, parece-nos que esta referência do C. C. às normas corporativas se tem de considerar como totalmente revogada.

Efectivamente, apenas as «leis, os decretos-leis e os decretos legislativos regionais» são actos legislativos; acresce que, de acordo com o n.º 5 «Nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos».

Parece-nos, portanto, que sendo hoje inexistentes a maior parte das normas que poderiam incluir-se na definição legal do artigo 1.º referido de 'norma corporativa', aquelas que ainda poderiam considerar-se como tendo sobrevivido — as normas ditadas pelos organismos representativos das diferentes cate-

gorias profissionais — só valem como fonte de direito na medida em que uma lei lhes outorgue tal força.

Que assim não pode deixar de ser resulta claramente do que se dispõe no artigo 57.º, n.º 3, também da Constituição: «Compete às associações sindicais exercer o direito de contratação colectiva, o qual é garantido nos termos da lei.»

As normas genéricas cíveis sobre hierarquização das leis assentam, por um lado, no princípio de que a lei não temporária só é revogada por outra lei posterior (artigo 7.º do C. C.) e, por outro, no princípio de que as leis e decretos-leis têm o mesmo valor, salvo a subordinação destes às respectivas leis quando emitidos no uso de autorização legislativa e quando desenvolvem as bases gerais dos regimes jurídicos (artigo 115.º, n.º 2 da C. R. P.), e de que os decretos regulamentares não podem contrariar as leis ou decretos-leis que visam regulamentar.

Em Direito do Trabalho esta relativa simplicidade de princípios reguladores da hierarquia complica-se razoavelmente. De facto, para além das leis e decretos-leis de valor geral, as relações de trabalho estão sujeitas às «normas emitidas pelo Ministério do Trabalho ou pelo Ministério da Tutela dentro da competência que por lei lhes for atribuída», às convenções colectivas de trabalho e, também, aos costumes (legalmente designados por 'usos da profissão do trabalhador e da empresa'), desde que não contrariem normas genéricas e não sejam também contrários à boa fé (artigo 12.º, da LCT).

Acresce ainda que este preceito estabelece para a aplicabilidade destes normas aos contratos individuais de trabalho uma certa ordem de prioridade e que é a seguinte: primeiramente aplicáveis serão as 'normas legais de regulamentação do trabalho', isto é, as leis e decretos-leis de valor genérico; depois, as chamadas 'portarias de regulamentação de trabalho' emitidas pelo Ministro do Trabalho ou da Tutela e, por fim, as convenções colectivas de trabalho.

Equiparáveis a estas devem ser as normas constantes de actas de conciliação e as resultantes da arbitragem (artigo 34.º, n.º 8 da Lei das Relações Colectivas de Trabalho — Decreto-Lei n.º 519-C1/79, de 29-12).

O grande problema da hierarquia das normas em Direito do Trabalho consiste em resolver este paradoxo de normas simultaneamente vigentes e com apetência para regulamentar a mesma questão de facto.

Em nosso entender, são dois os princípios de que o Direito do Trabalho se serve para estabelecerem a hierarquia das suas normas. Assim vejamos:

A) — Estes princípios são o princípio da *norma mínima* e o princípio da *norma mais favorável*.

O princípio da norma mínima não está expressamente previsto na nossa lei laboral — embora ele seja usual nos países em que vigore um 'Estatuto dos Trabalhadores' — mas a sua existência decorre necessariamente do princípio mais geral de que cada norma em Direito do Trabalho, ao estabelecer condições de trabalho, deve ter em consideração que as condições estabelecidas pelas normas de nível superior não podem ser derogadas em prejuízo dos trabalhadores.

Isto significa que, em princípio, cada norma sobre matéria laboral condiciona, dentro do respectivo nível hierárquico, o conteúdo das normas que se lhe seguem ao nível imediatamente inferior, não podendo estas estabelecer um abaixamento daqueles mínimos, sob pena de nulidade.

Uma concretização deste princípio encontra-se no artigo 6.º, n.º 1, b), da Lei de Contratação Colectiva, onde se proíbe que os instrumentos de regulamentação colectiva incluam disposições que importem para o trabalhador tratamento menos favorável do que o estabelecido por lei.

Da aplicação deste princípio resulta uma hierarquização rígida e estrita das fontes de direito laborais que leva a uma aplicação, como fonte principal, da norma de mais elevado nível hierárquico das várias possivelmente concorrentes.

Entre nós, este princípio sofre uma profunda atenuação — senão mesmo um verdadeiro entorse — na medida em que que a L. C. C. T. prevê expressamente a possibilidade de que as condições de trabalho fixadas por um I. R. C. T. sejam reduzidas por um novo instrumento, na condição de que este último se considere expressamente 'globalmente mais favorável' do

que o anterior, ficando inclusivamente prejudicados os direitos adquiridos ao abrigo do I. R. C. T. substituído — artigo 15.º

Todavia, analisados os pressupostos de uma tal modificação do princípio enunciado, verifica-se que não só as suas consequências não são gravosas como, também, que tal desvio se faz com base no outro princípio, atrás referido, da 'norma mais favorável'.

Esta reflexão mostra-nos que no nosso direito laboral o princípio fundamental regulador da hierarquia das normas é o princípio da prevalência da norma mais favorável que passamos a analisar.

B) — Nos termos do artigo 13.º da LCT «As fontes de direito superiores prevalecem sempre sobre as fontes inferiores, salvo na parte em que estas, sem oposição daquelas, estabelecem tratamento mais favorável para o trabalhador».

O princípio da norma mais favorável está aqui consagrado de uma forma bastante restrictiva porquanto a sua aplicação há-de sempre resultar de falta de oposição da norma superior.

Em termos genéricos o princípio agora em análise deveria ser como que o reverso do princípio da norma mínima: efectivamente, constituindo as condições de trabalho contidas em cada norma um mínimo para as fontes de direito inferiores, é evidente que estas últimas têm de conter necessariamente condições mais favoráveis para os trabalhadores, daqui resultando que à medida que as fontes de direito laboral descem, quanto ao nível hierárquico formal, crescem quanto à melhoria das condições de trabalho que estabelecem.

Assim, a norma representativa do mínimo efectiva e imperativamente exigível é aquela que contenha o máximo dos vários mínimos concorrentes e que, lógica e normalmente, é a norma de nível inferior, sendo portanto esta e não a de mais elevado nível a fonte principal aplicada e reguladora da relação de trabalho concreta.

Isto, porém, sem que qualquer das normas perca ou altere a sua situação hierárquica de acordo com o princípio da independência já atrás exposto.

Trata-se de dois princípios não concebíveis um sem o outro, não sendo normalmente o princípio da norma mínima expressamente explicitado embora conste usualmente da mesma norma, como acontece no nosso direito laboral que, no artigo 13.º da LCT, claramente se refere aos dois princípios mas sem que haja uma expressa referência ao princípio da norma mínima englobado no princípio da prevalência da norma de nível superior.

C) — Estes princípios apresentam algumas limitações

Em primeiro lugar a comparação entre as normas, para se saber qual a norma mínima, deverá ser feita de modo global ou no seu conjunto e nunca atomisticamente.

No nosso direito laboral tal princípio consta expressamente do já referido artigo 15.º da LCCT estando a sua aplicação neste aspecto muito simplificada uma vez que a lei exige que, do próprio texto do IRCT conste que as partes negociadoras o consideram mais favorável globalmente do que o anterior.

Em segundo lugar há mínimos absolutos que não podem ser susceptíveis de qualquer compensação.

Assim, o princípio da norma mais favorável não pode ultrapassar o limite fixado por quaisquer normas de interesse e ordem pública — v. g., o caso da lei fixando o salário máximo nacional ou um qualquer 'tecto salarial', se o mesmo for legal.

Acresce que, à face do artigo 13.º já transcrito, o princípio do tratamento mais favorável tem ainda de ceder sempre que a fonte de direito superior se 'oponha' à fonte de direito inferior que seria aplicável.

O afastamento da aplicabilidade da norma mais favorável tem de resultar de forma inequívoca da norma superior, isto é, se se apurar que a norma superior «quis» consagrar um tratamento menos favorável do que o da norma inferior deve ser aquela a aplicável.

Esta vontade do legislador deve estar expressa na norma o que lhe outorgará um carácter de imperatividade (quer se

trate de uma norma preceptiva ou proibitiva) que torna o seu regime inafastável por vontade individual.

Por último parece-nos ser de referir que o princípio da norma mais favorável não deve ser aplicado sempre que da sua concreta aplicação resultem vantagens para uma dada categoria de trabalhadores e desvantagens para outros trabalhadores, resultando o inverso da aplicação da outra norma.

Aqui deverá sempre aplicar-se a norma hierarquicamente superior, pois torna-se impossível fazer uma apreciação do carácter mais favorável de qualquer das normas (ex. alteração da ordem de despedimento em caso de despedimento colectivo por uma CCT, a qual, por sua vez, é também alterada por um regulamento interno de forma mais favorável para outra classe de trabalhadores — deverá sempre aplicar-se a CCT por ser a fonte de direito superior).

Em resumo: no domínio da aplicação do Direito do Trabalho português parece poder concluir-se que tem prevalência — no aspecto da escolha do direito a aplicar — o princípio da norma mínima pois, não só o princípio do tratamento mais favorável é como que uma consequência necessário do princípio da norma mínima, como também ele só é aplicável se não houver oposição da norma superior.

Esta oposição traduz-se, afinal, no carácter de imperatividade do regime estabelecido na norma superior que não permite o seu afastamento mesmo em benefício do trabalhador.

IV — *A sucessão de normas: princípio das vantagens adquiridas*

Uma primeira observação que deverá fazer-se é a de que o problema da sucessão normativa só pode ser colocado em sede de normas jurídicas da mesma natureza e nível hierárquico, pois se as normas têm diferentes níveis de hierarquia a questão a resolver é a da sua vigência simultânea e de acordo com os princípios já analisados. A não ser que a norma posterior seja de valor superior e derroque todas as anteriores iguais ou inferiores.

Uma segunda observação consiste em verificar que a regra, quanto à sucessão de normas no tempo, quando se trate de normas do mesmo nível hierárquico, é a de que a norma posterior revoga a anterior e se as normas que se sucederem forem convenções colectivas a convenção posterior revogará a anterior.

Todavia, é usual as convenções colectivas e portarias de regulamentação conterem as denominadas cláusulas de 'manutenção de vantagens' ou de 'absorção e compensação', através das quais se pretendem preservar as cláusulas mais favoráveis da anterior convenção, prolongando a sua aplicação no tempo e proibindo, simultaneamente, que a nova convenção estabeleça condições de trabalho menos favoráveis do que as constantes da convenção derogada, ou que da nova regulamentação colectiva resulte para os trabalhadores um tratamento mais gravoso.

Estas cláusulas, quando existiam, eram normalmente interpretadas não no sentido da aplicação dos preceitos mais favoráveis de uma e de outra das convenções ou P.R.T.'s, mas antes no sentido da aplicação global do regime comparativamente mais favorável.

Estes princípios vigentes até à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 49 212, de 28-8-69, sofreram forte entorse com este diploma na medida em que, pela primeira vez, se admitiu legalmente a diminuição de regalias concedidas por alguns instrumentos de regulamentação de trabalho quando substituídos por outros que, apreciados no seu conjunto, estes sejam mais favoráveis aos trabalhadores que os então vigentes. (Artigo 5.º, n.º 1).

O princípio da revogação da norma anterior pela posterior sofre também uma considerável atenuação derivada do carácter mínimo que para o trabalhador têm, face às condições gerais de trabalho, as individualmente acordadas ou outorgadas pelo empregador, as quais se sobrepõem — por mais favoráveis — a todas as normas e, por isso também à sucessão no tempo das mesmas normas.

De facto, entre nós já o n.º 2 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 49 212 determinava que o regime jurídico estabelecido por qualquer dos modos indicados no artigo 1.º não pode ser afas-

tado nos contratos individuais de trabalho, salvo para estabelecer condições mais favoráveis aos trabalhadores.

Este princípio manteve-se no artigo 5.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 164-A/76, de 28 de Fevereiro e no artigo 14.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 519-C1/79, de 29 de Dezembro.

Em geral, o acordado pelas partes numa relação de trabalho, inicialmente ou ao longo da sua execução, em tudo quanto seja mais favorável ao trabalhador, deve impor-se a toda a regulamentação geral, estatal ou convencional, ficando, todavia ressalvada sempre a 'oposição' prevista no n.º 1 do artigo 13.º do R.J.C.I.T. quando se opere com normas de diferente hierarquia.

Antes do entorse atrás referido, que foi introduzido na regulamentação colectiva pelo n.º 1 do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 49 212, a existência das cláusulas de manutenção de vantagens adquiridas era plenamente justificada pois permitia que o contrato individual de trabalho se mantivesse em vigor em tudo o que excedesse a regulamentação geral e, em tudo aquilo em que não excedesse tal regulamentação o contrato era absorvido por esta — daí a designação dada a estas cláusulas de 'absorção e compensação' por certa doutrina — salvo a já referido oposição de normas.

Com a possibilidade legal de redução, no novo instrumento de regulamentação colectiva, das condições de trabalho anteriormente fixadas deixou de ter interesse, entre nós, a manutenção de tais cláusulas a não ser para casos em que as convenções não contenham a declaração do seu carácter mais favorável, de que, aliás, não conhecemos exemplos.

O respeito dos direitos adquiridos, de que estas cláusulas eram uma concretização de relevo, permitiu ainda que, pelo menos em um preceito de lei — o n.º 2 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 519-C1/79 — uma proibição legal imperativa — a de estabelecer o IRCT benefícios complementares dos assegurados pelas instituições de previdência — não afectasse a subsistência dos benefícios anteriormente fixados por convenção colectiva, os quais se devem ter por reconhecidos pelas convenções subsequentes, mas apenas em termos do contrato individual de trabalho.

Isto é, se o benefício já tinha entrado no domínio dos direitos subjectivos do trabalhador ele não lhe pode ser retirado mesmo que desapareça do âmbito da respectiva convenção colectiva. Isto não é mais, em nosso entender, do que uma cláusula 'legal' de manutenção das vantagens adquiridas.

V — Uma questão que tem conexão tanto com o problema acabado de tratar como com o problema tratado na alínea anterior, mas com solução diversa da obtida para ambos os problemas já tratados é a questão da concorrência simultânea de normas do mesmo grau hierárquico com aptidão para regular as mesmas relações individuais de trabalho.

Costuma falar-se a este respeito de «concorrência de convenções colectivas» embora a terminologia correcta e actual deva ser a de «concorrência de instrumentos de regulamentação colectiva», de acordo com o preceituado no artigo 14.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 519-C1/79.

Trata-se de um fenómeno de sobreposição de IRCT's normalmente resultante de uma dada empresa se dedicar a diversas actividades económicas pelas quais teve de se inscrever em diversas associações de classe e na qual existem trabalhadores que prestam serviço indistintamente nas diversas actividades ou em sector que é comum a todas as actividades da empresa.

Sendo manifestamente inviável a aplicação integral de ambos os instrumentos — até por poderem ser antitéticos — duas opções se apresentavam: a aplicação dos preceitos de cada uma das convenções que fossem mais favoráveis aos trabalhadores — o que se traduzia na elaboração de uma nova convenção ou instrumento que, à partida, não tinha sido querido por nenhum dos intervenientes na elaboração do instrumento inicial — tese que, por isso, deve ser rejeitada —, ou a aplicação de uma única convenção ou instrumento a definir por um de dois critérios possíveis.

Estes critérios relacionam-se, um com os interesses dos trabalhadores e o outro com os interesses da empresa. O primeiro assenta no critério do instrumento mais favorável desde que globalmente considerado; o outro assento no critério da actividade principal ou predominante da empresa.

A jurisprudência nacional, que tratou da questão em vários acórdãos até o problema ser resolvido pela via legislativa, defendia a aplicabilidade do critério da actividade predominante da empresa, sendo diversos os índices denunciadores de tal predominância (número de trabalhadores, volume de vendas, etc.).

Com o Decreto-Lei n.º 164-A/76 veio a ser consagrado o critério da convenção que for considerada, no seu conjunto, mais favorável pelo sindicato representativo do maior número dos trabalhadores abrangidos (n.º 2 do artigo 5.º) e, se o sindicato não fizer a escolha nos termos e prazo indicados, ela passa para a maioria dos trabalhadores em relação aos quais se verifique a concorrência; e, se ainda assim não for possível tal escolha esta passa para o Ministro do Trabalho, sendo a decisão de qualquer destas entidades irrevogável até ao termo da vigência da convenção.

Na actual lei das relações colectivas de trabalho distingue-se a hipótese de se tratar de um acordo colectivo ou de um acordo de empresa um dos instrumentos concorrentes, pois neste caso será este sempre o aplicável (alínea *a*) do n.º 2 do artigo 14.º).

Em todos os outros casos de concorrência de IRCI's (convenções colectivas ou PRT's) a prevalência é ainda dada ao instrumento que for considerado, no seu conjunto, mais favorável, ou pelo sindicato mais representativo do maior número dos trabalhadores em relação aos quais se verifica a concorrência ou, se o sindicato não exercer tal faculdade; pela maioria dos referidos trabalhadores.

Se não houver escolha por qualquer destas entidades será aplicável o instrumento de regulamentação de trabalho de publicação mais recente — o que significa que se tiver havido simultaneidade na publicação não existe qualquer critério legal para a opção quanto ao instrumento aplicável, uma vez que a lei afastou a competência do Ministro do Trabalho para uma decisão final.

Em tal hipótese que, embora nos pareça remota, pode perfeitamente surgir, parece-nos que o aplicador do direito deverá ele mesmo fixar qual dos dois instrumentos potencialmente,

aplicáveis é o mais favorável, no seu conjunto pois foi este, afinal, o critério que a lei elegeu como decisivo para a escolha do instrumento prevalecente.

VI — *O contrato individual — a irrenunciabilidade dos direitos laborais*

Inexiste no direito laboral nacional uma norma genérica — salvo quanto aos direitos emergentes de acidente de trabalho e doenças profissionais — que estabeleça a nulidade da renúncia aos direitos conferidos pela referida legislação aos trabalhadores.

Assim, apenas a Lei n.º 2127, de 3-8-1965, determina na Base XL não só a nulidade das convenções contrárias aos direitos ou às garantias conferidas na lei ou com eles incompatível, como também a nulidade dos actos e contratos que visem a renúncia aos direitos conferidos pela mesma lei.

Ainda na mesma lei e para reforçar as garantias atrás referidas estabelece a Base XLI a «inalienabilidade, impenhorabilidade e irrenunciabilidade dos créditos provenientes do direito às prestações reconhecidas pela lei».

As mesmas cautelas não teve o legislador no que se refere aos restantes direitos dos trabalhadores protegendo-os com um preceito genérico idêntico, tal como acontece em outros sistemas legislativos designadamente onde existem os chamados 'estatutos dos trabalhadores', como por exemplo, a Espanha e a Itália. No primeiro destes países, o artigo 36.º da Ley de Contrato del Trabajo determina a nulidade da renúncia feita pelo trabalhador de... quaisquer benefícios estabelecidos pela Lei; na Itália, o artigo 2113.º do Código Civil determina a invalidade da renúncia e da transacção que tenham por objecto direitos dos trabalhadores derivados de disposições inderrogáveis da lei ou das normas corporativas.

Portanto, entre nós, o princípio da irrenunciabilidade tem de assentar no já referido princípio da 'norma mínima', nos específicos casos em que a lei expressamente refere tal irre-

nunciabilidade e, ainda, deduzir-se da aplicabilidade das normas ditas 'imperativas' ou de interesses e ordem pública.

A questão da irrenunciabilidade tem sido usualmente referida ao direito a férias — já desde a Lei n.º 1952 (artigos 7.º e 8.º) — mantendo-se ainda hoje este princípio no Decreto-Lei n.º 874/76, artigo 2.º, n.º 4. Os textos referem-se à proibição de substituição do gozo das férias por qualquer outra vantagem ou compensação, salvo nos casos expressamente previstos na lei e mesmo que a entidade patronal tenha obtido o acordo do trabalhador, que será nulo.

A jurisprudência tem alargado sucessivamente o âmbito de aplicação destes preceitos, declarando irrenunciáveis não só o gozo das férias mas, ainda, o direito ao subsídio de férias. Recentemente verificou-se uma atenuação na rigidez desta jurisprudência na medida em que se veio a admitir a renúncia a créditos em princípio irrenunciáveis, desde que tal renúncia ocorra depois de cessado o respectivo vínculo laboral.

Mas, tratar-se-á na realidade aqui, de uma verdadeira e própria renúncia de direitos?

A renúncia traduz-se na perda voluntária de um direito que o renunciante demite de si sem o atribuir ou ceder a outrem: com este sentido o actual Código Civil deixou de considerar a renúncia um negócio formal e um meio de extinção de obrigações, pelo que alguns arestos deixaram de se referir à renúncia para passarem a referir-se ao perdão dos créditos.

A existência ou inexistência de uma proibição de renúncia de créditos no direito laboral prende-se com os poderes que a lei concede à autonomia privada neste domínio.

A autonomia privada pode definir-se sucintamente como o poder que a ordem jurídica confere aos indivíduos para governarem os seus próprios interesses, poder este que em cada momento é delimitado pelo Estado que tem o dever de estabelecer, através de normas imperativas, qual o âmbito do interesse geral regulando-o por forma inderrogável e relegando a autonomia dos particulares para as áreas que, por exclusão, continuam disponíveis.

A autonomia individual no seu aspecto subjectivo traduz-se na posse de uma série de poderes jurídicos através dos quais

podem ser desenvolvidas as diversas actividades permitidas aos particulares.

Entre os poderes em que se decompõe a autonomia surge-nos 'o poder de disposição' que consiste na faculdade de um indivíduo fazer sair do seu património um bem económico-social que dele fazia parte mediante um negócio jurídico de disposição.

A renúncia como negócio jurídico formal está também abrangida como uma manifestação do poder dispositivo do indivíduo, pelo que a sua actuação requiere a prévia existência no âmbito individual do poder correspondente.

Porém, o poder de disposição só pode surgir relativamente a situações de poder concreto que, a uma primeira aproximação, podem denominar-se «direitos subjectivos».

O direito subjectivo, na definição de Castro é «uma determinada situação de poder concreto concedida sobre certa realidade social a uma pessoa como membro activo da comunidade social e jurídica e a cujo arbítrio se confia o seu exercício e defesa».

Os limites legais impostos pelo Estado ao exercício da autonomia da vontade podem resumir-se, para o ordenamento jurídico geral, ao respeito pela lei, pela moral e pela ordem pública e, no que se refere ao direito do trabalho, para além destes elementos, há que atender ao interesse da protecção do trabalhador — que, afinal, mais não é do que uma tradução dos princípios da ordem pública no particular domínio das relações de trabalho.

No estrito domínio do direito privado a limitação mais importante à regulação autónoma de tais interesses é o princípio da inderrogabilidade da lei imperativa, normalmente traduzido na nulidade dos actos e negócios realizados contra a lei ou contra a ordem pública, ou ofensivos dos bons costumes (artigo 280.º, do C. C.).

No Direito do Trabalho, para além das limitações genéricas do ordenamento privado, verifica-se uma limitação específica traduzida na defesa ou protecção do trabalhador.

Princípio este que tem hoje tradução constitucional prevista designadamente nos artigos 53.º e 60.º da C.R.P. Para assegurar esta protecção incumbe ao Estado o estabelecimento

e a actualização do salário mínimo nacional, a fixação dos limites da duração do trabalho, a garantia do descanso semanal e do repouso anual, etc.

Os fundamentos deste estatuto protectivo devem procurar-se na própria situação de subordinação jurídica que caracteriza a prestação laboral e é o *germen* comum da legislação social deste sector da vida em comunidade.

E, sendo a proibição de renúncia aos direitos laborais mínimos a expressão legal da vontade comunitária, no sentido de fazer prevalecer nesta matéria o interesse comum sobre o interesse privado ou particular de cada cidadão empregado por conta de outrém, é lógico que a sanção para a violação de tal proibição seja a nulidade do negócio celebrado em contrário da lei (artigo 280.º do C. C.); pois só assim se torna impossível que o benefício legal possa desaparecer do património do trabalhador sem qualquer espécie de compensação.

Não sendo a renúncia um meio extintivo de obrigações ou direitos no nosso Código Civil, como já se referiu, importa analisar a realidade factuel e jurídica que estava subjacente àquele tipo de negócio para a enquadrar em outros conceitos doutrinários porventura mais correctos.

Queremos referir-nos ao conceito de «indisponibilidade jurídica» no qual se deverá inserir a própria proibição de renúncia quando esta seja aceite legalmente, conceito este que se pode definir como «a limitação da autonomia individual pela qual se impede uma pessoa, com legitimação e capacidade adequadas, de efectuar parcial ou totalmente actos de disposição sobre um direito determinado».

Desta definição ressaltam as características da indisponibilidade designadamente a titularidade ou legitimação do direito de que se quer dispor, a necessidade de o titular ter capacidade para dispor do direito e, finalmente, a medida da indisponibilidade que pode ser total — caso dos direitos da personalidade e de alguns direitos laborais — ou parcial e, ainda, por fim a referência da indisponibilidade a um determinado direito.

Definida resumidamente a indisponibilidade importa distingui-la da inderrogabilidade derivada das normas imperativas.

Já vimos atrás que as normas imperativas e, por isso, inderrogáveis, constituem o fundamento da atribuição aos trabalhadores de variados direitos subjectivos que as próprias normas e a jurisprudência declaram indisponíveis de modo diversificado, sem que se tenha efectuado ainda uma análise atenta das relações que porventura se possam estabelecer entre a inderrogabilidade e a indisponibilidade.

Estas relações podem surgir de uma das seguintes três formas:

1.º — Se uma norma imperativa concede a um trabalhador um dado benefício, este, em consequência daquela imperatividade, não pode dispor do respectivo direito, pelo que aqui a indisponibilidade deriva necessariamente da inderrogabilidade;

2.º — A proibição de o trabalhador dispor dos direitos 'legais' e a necessidade de acatar as normas imperativas que os outorgam, podem ser entendidos como uma e a mesma coisa. Neste sentido a indisponibilidade está assimilada ou sobreposta a inderrogabilidade;

3.º — Pode, por outro lado, suceder que a limitação do poder de disposição do trabalhador, relativamente aos seus direitos, tenha uma fonte e um objecto diferentes dos resultantes da natureza imperativa das normas que os criam e, aqui, a indisponibilidade é independente da inderrogabilidade.

As consequências da opção por qualquer destas três possibilidades são diversas:

Assim, se a indisponibilidade deriva ou se identifica com a inderrogabilidade, então a própria norma que estabelece a nulidade dos acordos derogatórios servirá de base para a invalidade dos negócios de disposição. Bastará, portanto, que um certo ordenamento contenha uma norma genérica que declare inderrogáveis as leis laborais (v. g., o artigo 9.º da LCT espanhola) para que se tornem inúteis as proibições de transigir, renunciar, ceder, etc., contidas nos diversos preceitos legislativos.

Mas estas proibições já alcançariam relevo bastante se a indisponibilidade fosse independente da inderrogabilidade.

Idêntica diferenciação de soluções surge quanto à sanção e ao momento da incidência do impedimento, que podem ser semelhantes caso se opte pelas hipóteses de derivação e assimilação dos dois conceitos, e distintos no caso da tese referida em último lugar.

Esta questão tem de ser relacionada com o que se disse atrás quanto aos limites da autonomia privada. Importa designadamente salientar, mais uma vez, que o poder dispositivo recai sobre direitos subjectivos determinados, pelo que sua actuação pressupõe a existência actual de um direito e que a indisponibilidade pode provir da mesma vontade autónoma ou de fontes heterónomas, essencialmente da lei.

Nesta perspectiva, um negócio pode ser derogatório sem ser dispositivo — o que sucede sempre seja prévio à aparição do direito, não havendo, por isso, objecto possível para a disposição —; e pode, por outro lado, ser dispositivo sem ser derogatório quando a proibição de dispor seja estabelecida 'ope voluntatis' e o negócio não derroge qualquer norma.

Parece, portanto, que os dois conceitos não podem ser assimilados, pois há zonas em que não coincidem, mas o certo é que tanto a jurisprudência como a doutrina os identificam na sua quase totalidade. De facto, quando se fala em direito indisponível, por um lado, e em 'direito derivado de preceitos inderrogáveis de lei' por outro, não se diz coisa diferente, já que a norma inderrogável é a que priva o titular do «ius disponendi».

Entendemos, na verdade, no seguimento de Giugni ('I limiti legali dell'arbitrato nelle controversie di lavoro', in R. D. Lavoro, 1958, pág. 3) que a indisponibilidade não deriva necessariamente da imperatividade pois a regulamentação imperativa é uma técnica limitativa do poder normativo privado que não influi senão mediatamente sobre o poder dispositivo, pelo que as duas esferas de poder podem não coincidir no seu exercício actual.

Os negócios derogatórios não dispõem de nenhum direito porque este ainda não nasceu, já que a finalidade derogatória é precisamente evitar esse nascimento — a qual se consegue pela contradição com a norma que desencadeia tal nascimento.

Os actos derogatórios ocorrem com a anterioridade à produção do pressuposto de facto contemplado pela norma, enquanto que os actos dispositivos em sentido estrito têm lugar após a concretização do pressuposto de facto, pois só então surge o direito subjectivo disponível.

Exemplo: o caso de uma trabalhadora grávida que tem direito a faltar ao serviço a partir do oitavo mês de gravidez, sem perda de vencimento (Decreto-Lei n.º 112/76, de 7 de Fevereiro, artigo 2.º, n.º 2).

Se a trabalhadora declarar antes do 8.º mês que não utilizará o descanso legalmente concedido ou que só o utilizará parcialmente, está a regular de sua livre vontade o que já vem regulado por uma norma imperativa, pelo que tal declaração representa um negócio jurídico derogatório nulo por contrariar tal norma. Acresce que a declaração se perde sem alcançar os efeitos a que tendia e que eram negados pelo ordenamento.

Como se não chega a constituir qualquer direito subjectivo não se pode falar aqui de indisponibilidade. Esta, repete-se, pressupõe um direito já nascido. Em relação aos direitos concedidos pelo ordenamento pode afirmar-se que a indisponibilidade não se sobrepõe antes se alinha com a inderrogabilidade — onde cessam os efeitos desta surgem as limitações daquela.

Nascido o direito pela verificação do respectivo pressuposto de facto, pode agora o seu titular limitá-lo ou extingui-lo; sendo nesta fase que pode surgir também a respectiva limitação legal, ou seja, a proibição de dispor de tal direito.

Embora a questão não esteja totalmente isenta de dúvidas, parece deverem conceber-se os dois conceitos como totalmente autónomos: a inderrogabilidade corresponde à constituição e ao conteúdo de certas relações; a indisponibilidade corresponde ao desenvolver da relação uma vez constituída segundo certas modalidades.

A indisponibilidade pode depender exclusivamente da natureza pessoal dos direitos e do destino específico das prestações devidas.

Assim, e no que respeita ao direito laboral, o princípio da legalidade resultante da imperatividade das normas visa, apenas, que o direito subjectivo que a norma concede seja efectiva-

mente atribuído ao titular. As disposições inderrogáveis, que garantem ao trabalhador um tratamento mínimo, preenchem a sua função no momento em que permitem a constituição de certos direitos ou reprimem a autonomia privada na fixação de condições de trabalho inferiores àqueles mínimos legais.

Neste aspecto, a jurisprudência nacional tem alargado excessivamente — em nosso entender — o conceito de irrenunciabilidade ou, melhor, de indisponibilidade, abrangendo, por exemplo, as quantias devidas a título de subsídio de férias e de Natal; quando nos parece que tais direitos — não sendo previamente renunciáveis — por se tratar de normas inderrogáveis as que fixam o dever de pagar tais subsídios, podem ser todavia objecto de disposição uma vez entrados no património do trabalhador, já que nada na lei se refere à proibição da sua disposição.

A mesma jurisprudência — supomos que para obviar ao excessivo rigor de tal interpretação — tem ultimamente defendido que os actos de disposição relativamente a tais direitos apenas são válidos se realizados após a cessação do respectivo contrato de trabalho, fundamentando-se esta posição no argumento, sem dúvida válido, de que só então terá desaparecido o estado de subordinação resultante da relação de trabalho.

VII — *A interpretação da norma: o princípio «pró-operário»*

Como se viu em matéria de hierarquia das fontes de direito o princípio do tratamento mais favorável do trabalhador legalmente reconhecido permite fazer prevalecer uma fonte de direito inferior sobre uma outra de nível superior, desde que entre elas não exista uma opposição irreductível.

Trata-se aqui da aplicação do princípio 'pró-operário' em sede de escolha da norma presumivelmente aplicável à relação concreta.

Todavia, a questão da aplicação daquele princípio pode também suscitar-se em sede de interpretação da norma concretamente aplicável. Nesta perspectiva, o princípio poderia explicitar-se dizendo que todas as normas jurídicas aplicáveis às

relações laborais e, inclusivamente, às relações de segurança social, em caso de dúvida sobre o seu sentido e alcance, deveriam ser interpretadas da forma que resultar mais benéfica para o trabalhador ou beneficiário, ou seja, «in dubio pro operario».

Começaremos por dizer que, entre nós, um tal posicionamento da questão tem sido usualmente afastado com base em argumento extraído do projecto da Lei de Contrato de Trabalho.

Efectivamente o artigo 13.º do projecto da LCT, que veio a ser aprovada pelo Decreto-Lei n.º 47 032, estabelecia que, 'em caso de dúvida', o princípio do tratamento mais favorável deveria ser utilizado na interpretação 'das normas que regulam os contratos de trabalho bem como das cláusulas destes', dentro dos limites da 'possível satisfação equitativa dos interesses de ambas as partes'.

Na redacção final da LCT tal preceito veio a ser eliminado, pelo que a generalidade da doutrina entende que não tem cabimento a utilização de um tal princípio na interpretação da norma laboral concretamente aplicável.

Porém, embora inexistia ainda hoje na legislação laboral qualquer preceito semelhante ao projectado artigo 13.º, o certo é que desde 1966 alguma coisa mudou nesta legislação que, em nosso entender, permitirá rever a posição genérica da doutrina e mesmo da jurisprudência.

Estamos a pensar de modo muito concreto nos preceitos do direito laboral constitucional e, principalmente, no princípio que nos parece aí consignado, e já atrás referenciado, da protecção do trabalhador.

Uma questão prévia importa resolver.

De entre as várias razões invocadas para não aceitar uma maior amplitude na operacionalidade do princípio do tratamento mais favorável é a de que tal amplitude do 'favor iuris' desequilibraria a igualdade de tratamento dos cidadãos perante a lei, princípio que a nossa Constituição também consagra no artigo 13.º

A objecção suscitada tem de ser afastada desde que se entenda que a igualdade postulada pela Constituição não con-

siste em tratar todas as situações de modo igualitário, mas antes em tratar de modo desigual situações que também são, à partida, desiguais.

E, em nosso entender, é o que se passa no caso do Direito do Trabalho.

Caracterizando-se o Direito do Trabalho por uma manifesta desigualdade entre a situação real do trabalhador e da entidade patronal, o carácter protector, favorecente ou mesmo preferencial do direito laboral não provoca, de per si, qualquer deslocamento de vantagens de um lado para o outro da relação, mas apenas procura que, à partida, 'o fiel da balança esteja na vertical' — na feliz expressão de Monteiro Fernandes (*in* 'O Princípio do Tratamento Mais Favorável ao Trabalhador' E.S.C., n.º 21, pág. 73).

Não há, portanto, com a utilização algo mais ampla do princípio do tratamento mais favorável, qualquer violação do preceito constitucional da igualdade de todos os cidadãos perante a lei.

Aliás, como já se referiu, deve ser na própria Constituição que se tem de procurar o fundamento para a utilização do princípio em causa em sede interpretativa.

Vejamos como:

No artigo 18.º, n.º 1, da CRP estabelece-se que: «Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas». Trata-se, portanto, de normas criadoras de direitos e deveres com a particular qualidade de emanarem da fonte de direito de maior valor hierárquico.

Forçosamente, uma tal valoração e posicionamento jurídico dos direitos dos trabalhadores e a atribuição de um grau tão elevado de garantia de efectividade na concretização de tais direitos, têm de levar ao redimensionamento do princípio do tratamento mais favorável.

Assim, o princípio da segurança no emprego garantida no artigo 53.º não é uma mera norma programática mas, ao proibir os despedimentos sem justa causa e/ou por motivos políticos ou ideológicos, outorga aos trabalhadores eventualmente

atingidos por um tal acto o direito de pedir a sua anulação, por ser um acto contrário a uma lei com eficácia directa.

O mesmo se dirá quanto às garantias constitucionais estabelecidas para o direito ao trabalho, para o direito à sua retribuição que permita garantir uma existência condigna, com respeito do princípio de que 'para trabalho igual salário igual'; ao direito à prestação do trabalho em condições de higiene e segurança; ao direito ao repouso e aos lazeres, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao descanso semanal e a férias periódicas pagas — tudo direitos individuais previstos no artigo 60.º da CRP.

Para que o Estado assegure tais direitos individuais incumbem-lhe estabelecer e actualizar um salário mínimo nacional, fixar os limites da duração do trabalho, a especial protecção do trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto e dos menores e diminuídos e dos que desempenhem actividades violentas, ou em condições insalubres, tóxicas ou perigosas.

Todas estas normas constitucionais tem o seu desenvolvimento e concretização em normas de grau inferior dos diversos sectores integradores de todo o Direito do Trabalho (v. g. contrato de trabalho; relações colectivas de trabalho; férias, feriados e faltas; acidentes de trabalho, etc.).

Ora, se se está perante um esquema legal e constitucional de protecção ao trabalhador, o princípio do tratamento mais favorável não pode deixar de ser considerado como uma 'ratio legis' comum a todas as leis protectoras que constituem a intervenção do Estado na relação laboral e nas correspondentes restrições da autonomia privada, na medida em que garantem ao trabalhador um tratamento protectivo mínimo inderrogável 'in peius', mas livremente melhorável ao abrigo dos princípios da mesma autonomia privada.

E, se é esta afinal a 'radical' natureza do princípio do *favor laboratoris* não se vê por que não se deva utilizá-lo como princípio informador da interpretação das normas laborais, se não em geral, ao menos em casos de dúvida radical, isto é, em casos em que, não havendo elementos definitivos e decisivos que permitam uma decisão, esta haja de obter-se por um esforço de interpretação ou de integração da norma ou da lacuna.

Exemplos a referir verbalmente:

A) — O caso do ónus da prova de despedimento alegado pelo trabalhador quando a entidade patronal alegou o abandono do trabalho, não se tendo provado nem o despedimento nem o abandono;

B) — Caso da aplicação retroactiva de convenção colectiva a relações de trabalho já extintas antes da entrada em vigor de tal convenção;

C) — Os casos derivados da legislação sobre acidentes de trabalho e doenças profissionais: acidentes 'in itinere'; atendimento da data da alta para fixação do início da pensão, etc.

D) — O caso da Lei n.º 68/79, de 9 de Outubro.

Deve aqui adiantar-se que uma tal ideia de ampla aplicação do princípio do tratamento mais favorável tem, necessariamente, limites, pois a protecção do trabalhador não pode ser absoluta, mesmo quando constitucionalmente garantida.

Tal princípio deve ceder sempre que outros interesses da comunidade em que os trabalhadores se inserem venham a ser considerados com prevalência sobre os direitos, mesmo inderrogáveis, assegurados pela lei.

Exemplo: sentença do tribunal de cassação italiano (Supremo Tribunal) de 13 de Março de 1982, pela qual se derrogaram direitos individuais dos trabalhadores derivados de preceitos de lei em princípio inderrogáveis com fundamento em que «o interesse colectivo dos trabalhadores, como 'categoria', à conservação do posto de trabalho prevalece sobre a tutela do interesse individual à promoção» (*in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1982; V. 4, pág. 688).

Assim, e para finalizar este aspecto da questão, o princípio do tratamento mais favorável, enquanto utilizado na escolha da lei aplicável a determinada relação laboral, deve entender-se como um instrumento correctivo do princípio da uniformidade em função de uma valorização da personalidade do trabalhador para que aponta a Constituição da República — artigo 60.º —, pelo que o aplicador do direito, face a vários preceitos regula-

dores da mesma realidade factual, deve aplicar o preceito que estabelecer o tratamento mais favorável para o trabalhador.

Em sede interpretativa a sua aplicação não poderia ser tão ampla, pois entendemos dever reservar a sua utilização para os casos já referidos de 'dúvida irredutível' e em que o recurso a tal princípio não é mais do que uma emanção do princípio constitucional da protecção do trabalhador.

Não pode, também, deixar de referir-se que a escolha da lei aplicável é ainda um acto de interpretação; só que o que efectivamente se interpreta não é a norma singular, mas essa norma referenciada à posição que assume no conjunto do ordenamento de que faz parte.

VIII — *A integração do Direito do Trabalho*

Para terminar estas considerações sobre a aplicação do Direito do Trabalho cumpriria analisar a questão da integração das lacunas do Direito do Trabalho, análise que apenas ficaria completa com um estudo, ainda que rápido, dos princípios gerais de Direito do Trabalho.

O contrato de trabalho está inserido, antes de mais, no próprio ordenamento civil pois, não só deste consta a noção jurídica de tal contrato como, também, a sua submissão a legislação especial resulta do Código Civil — artigos 1152.º e 1153.º

O regime jurídico dos acidentes de trabalho está também sujeito a legislação especial, que, embora fortemente impregnada do tónus social público, não deixa de ser em alguma parte Direito Privado.

A falta de disposição específica a integração das lacunas do Direito do Trabalho em geral terá de fazer-se nos termos genericamente previstos no Código Civil no artigo 10.º

Assim, os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos, verificando-se a analogia sempre que no caso omissis procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei (n.º 1 e 2, do artigo 10.º).

Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema (n.º 3 da mesma disposição legal).

Entendemos, porém, dada a especificidade jurídica e social que impregna toda a matéria laboral, que os princípios gerais a que se deverá recorrer na integração das lacunas não deverão ser os habituais princípios gerais de direito, mas, antes de tudo, os princípios do Direito do Trabalho que informam o sistema; e, apenas, se estes não existirem ou não puderem regular o assunto se recorrerá aos princípios gerais do ordenamento jurídico comum.

Esta asserção traz implícita em si uma questão bem actual da autonomia do Direito do Trabalho, quer no seu aspecto dogmático quer no seu aspecto científico.

Deixando de lado o aspecto dogmático, cuja análise nos levaria demasiado longe, referimo-nos apenas ao aspecto autónomico científico e de modo muito sucinto.

Um ramo de direito deve considerar-se autónomo face ao ordenamento jurídico geral quando nele concorrem as seguintes condições: que o objecto ou matéria social sobre que verse a regulamentação desse sector jurídico seja um objecto de conteúdo bem definido e seja, também, um objecto relevante que exija para si um direito próprio e que essa matéria social seja disciplinada por um verdadeiro sistema normativo com princípios peculiares e instituições especialmente adaptadas ao objecto normado, princípios e instituições que nenhum outro ramo de direito possa fornecer.

Ora, face ao extraordinário relevo que o objecto do Direito do Trabalho tem nos nossos dias — aliás, como sempre teve (só que na actualidade o trabalho com as características da sociedade industrial afecta enormes zonas da população e condiciona, afinal, não só a vida colectiva de um país como a vida pessoal e familiar de cada trabalhador) — parece utópico negar a autonomia e o relevo mais do que justo ao Direito do Trabalho.

Tanto mais que as soluções jurídicas decorrentes da aplicação dos princípios e normas civilísticos redundam, na maioria dos casos, em soluções ora injustas ora inadequadas dos

problemas suscitados pelo trabalho pessoal, voluntário, por conta de outrém e na dependência da pessoa ou entidade para quem se trabalha — que é o verdadeiro objecto do Direito do Trabalho.

Apenas se estranha que, quem pretenda negar a autonomia científica ou dogmática do Direito do Trabalho inserindo-o como mais uma das possíveis modalidades do direito civilístico das obrigações, acabe por apelar à existência no Direito Civil das particularidades que sempre têm constituído a característica essencial do Direito do Trabalho e que até há pouco ninguém descortinava na legislação civilística, designadamente, o abandono do dogma da igualdade entre as partes, através da ideia da protecção do contraente débil, etc.

Com o que nos afastamos do tema que se devia tratar — os *princípios de Direito do Trabalho*.

O recurso a estes princípios justifica-se porquanto, tal como qualquer outro ordenamento legal, o Direito do Trabalho é incompleto e lacunoso pois os interesses sociais não se encontram em equilíbrio estável mas em conflito contínuo e, dada a autonomia e a especialidade deste ramo do direito, tem de se aceitar a sua existência lado a lado com os demais reconhecidos princípios gerais de direito.

De toda a exposição que vimos fazendo resultam já com certa nitidez os princípios de Direito do Trabalho que julgamos poder ver reconhecidos em geral e também no nosso direito, em particular.

São eles os seguintes: o direito ao trabalho; o princípio da protecção ao trabalhador; o princípio da igualdade de tratamento na empresa; o princípio do tratamento mais favorável e, finalmente, o princípio da intervenção na gestão das empresas através das comissões de trabalhadores.

O *direito ao trabalho*, inicialmente limitado ao aspecto da garantia do pleno emprego, tem hoje um conteúdo muito mais amplo e tem como contrapartida o dever de trabalhar, que apenas é inexigível para os incapacitados por doença, idade ou invalidez (artigo 59.º n.ºs 1 e 2, da Constituição).

Entre nós o direito ao trabalho inclui a obrigação de o Estado assegurar a execução de políticas de pleno emprego, a

igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho, a formação cultural, técnica e profissional dos trabalhadores.

Vem ainda incluída na CRP dentro do direito ao trabalho a criação de condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais. Porém, parece-nos que tal matéria integra mais propriamente o direito à igualdade de tratamento.

O *princípio da protecção do trabalhador*, já antes referido, com bastante desenvolvimento inspirado na ideia da tutela do trabalhador como parte mais débil da relação laboral, concretiza-se, como se viu, através do mecanismo da inderrogabilidade da disciplina legal e do princípio da irrenunciabilidade de certos direitos dos trabalhadores, no sentido que já atrás deixamos expresso.

O *princípio da igualdade de tratamento* tem o seu conteúdo traduzido não só na igualdade de oportunidades de emprego e de acesso ao trabalho como, também, no princípio de que para trabalho igual salário igual; e não é mais, afinal, do que a concretização em âmbito do Direito do Trabalho do princípio mais geral, do Direito Constitucional em todas as nações civilizadas, da igualdade de tratamento perante a lei (artigo 13.º da CRP).

O *princípio do tratamento mais favorável*, já atrás exposto, não é mais do que um desenvolvimento e uma superação do princípio da protecção; e tem como conteúdo a imposição de escolher, entre vários preceitos reguladores da mesma relação individual de trabalho ou entre os vários sentidos possíveis de um só preceito, o dispositivo legal ou convencional e o sentido mais favorável para o trabalhador, inspirado não só na natureza de normas mínimas próprias do direito laboral mas também na valorização máxima pessoal do próprio trabalhador.

O *princípio da intervenção* na gestão das empresas, através das comissões de trabalhadores, é, entre nós, um princípio constitucionalmente reconhecido, e por isso o referimos, porquanto a sua real efectividade tem sido diminuta, tanto quanto sabemos.

É um princípio que emerge de uma perspectiva nova de uma relativamente recente teoria sobre a Empresa que não mais

pode ser concebida como mera actividade individual do empresário mas antes como factor de organização do trabalho e centro autónomo de imputação de direitos. Trata-se do Direito do Trabalho do futuro que, aqui como em outros aspectos, é o verdadeiro 'motor' da evolução do direito em geral, natureza esta decorrente da necessidade de o Direito do Trabalho ser um Direito em constante evolução.

Uma análise aprofundada destes princípios (e de alguns outros que não se referiram, v. g. o da continuidade da relação) daria matéria para várias conferências...

Não queremos terminar sem voltar a salientar que o tema e objecto do Direito do Trabalho — o trabalho humano — deve ter como fundamento da sua valoração o próprio homem, pelo que o seu tratamento jurídico não pode ignorar a dignificação do sujeito do trabalho — o trabalhador.

Consideração esta que deve levar quer o legislador quer o intérprete a ter em conta na feitura e na interpretação das leis laborais «uma linha de firme convicção do primado da pessoa sobre as coisas e do trabalho do homem sobre o capital, entendido como conjunto dos meios de produção (João Paulo II in «*Laborem exercens*», pág. 48), linha esta que o mais simples aplicador do Direito, que é o juiz, não pode também esquecer.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA:

- Introdução ao Estudo do Direito* — Prof. Dias Marques;
Metodologia da Ciência do Direito — Karl Larenz;
Lições Preliminares de Direito — Miguel Reale;
 «*Laborem Exercens*» — O Trabalho Humano — Papa João Paulo II;
Introdução ao Direito do Trabalho — Alonso Olea;
Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador — J. Baptista Machado;
Ensaio sobre a Teoria da Interpretação das Leis — Prof. Manuel A. Domingues de Andrade;
Derecho del Trabajo — Alfredo Montoya Melgar;
Le Renuncia de Derechos del Trabajador — Antonio Ojeda Aviles;
Conventions Collectives — Michel Despax;
Derecho Civil — Parte General — Karl Larenz;
Derecho del Trabajo — Alonso Garcia;

- La Autonomia de la Voluntad en el Derecho del Trabajo* — Bayon Chacon;
Derecho del Trabajo — Alonso Olea;
Rivista Italiana di Diritto del Lavoro — 1982; V. 4.º, pág. 689;
Il Contratto Collettivo di Lavoro — Valente Simi;
Dal Garantismo al Controllo — Aldo Cessari e Luca Tamajo;
L'Indisponibilità dei Diritti dei Lavoratori — Piera Fabris;
Ordinamento, Ruolo del Sindacato, Dinamica Contrattuale di Tutela —
Giuseppe Ferraro;
Formazione Giurisprudenziale dei Principi del Diritto del Lavoro — Luisa
Galantino;
La Parità di Trattamento nei Rapporti di Lavoro — Luigi Anciello;
La Place de la Convention collective dans la Hierarchie des normes —
Nikitas Aliprantis.