

# Justiça Intergeracional e Mercado de Trabalho: Apontamentos para uma Aproximação Juslaboral

ANTÓNIO NUNES DE CARVALHO\*

I – A abordagem sugerida para o presente capítulo articula o tópico da justiça intergeracional com o mercado de trabalho. O que se propõe nestas páginas é tentar essa análise a partir da perspectiva de um jurista do trabalho. Sendo certo que a matéria transcende o quadro jurídico (em bom rigor, antecede-o), assumindo especial riqueza no âmbito do discurso filosófico e político, uma abordagem exclusivamente jurídica é, naturalmente, redutora. Correndo esse risco, é a tarefa que vamos ensaiar.

Sucedo, por outro lado, que, como tem sido notado, por comparação com as discussões em torno do ambiente ou dos sistemas de pensões e de cuidados de saúde, o tema da justiça intergeracional no mercado de trabalho tem merecido reduzida exposição (TREMME & WEGNER, 2010, p. 6). Assim acontece, em particular, no quadrante do pensamento juslaboral, dando nota da falta de interesse da doutrina pelo tema (ainda que com a exceção do espaço anglo-saxónico, GUAGLIANONE, 2014, pp. 621-2, nota 29). Parece, nesta medida, adequado começar por alguma reflexão sobre o enfoque juslaboral do mercado de trabalho, para, de seguida, tratar genericamente das circunstâncias que suscitaram, nas últimas décadas, a eclosão (ou a recuperação) do debate sobre a justiça intergeracional, relacionando-as com as vicissitudes específicas do ordenamento laboral e aferindo o seu impacto no projeto regulativo do Direito do Trabalho.

Tentar-se-á, de seguida, reunir elementos que auxiliem a enunciar a questão da justiça intergeracional numa perspectiva juslaboral, partindo de uma formulação paradigmática para discutir brevemente os termos

---

\* Mestre em Direito. Docente convidado da Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. Jurisconsulto. Autor e coautor de várias obras e artigos em diversos domínios do Direito do Trabalho. Docente ou orador em cursos de mestrado, pós-graduações e congressos no âmbito de diversas instituições de ensino nacionais e estrangeiras. Membro da equipa que elaborou o anteprojecto de Código do Trabalho (2002-2003).

em que é proposta. A partir daí, serão apontados, muito sumariamente, caminhos de ação e reflexão, sempre a partir do lugar próprio do jurídico.

Conforme sugere a prudência do subtítulo, que corresponde à modéstia do propósito destas páginas, pretende-se apenas refletir sobre o modo de introdução deste tópico no pensamento juslaboral, mapeando os dados da discussão.

**II** – Conjugação mercado e trabalho implica que este último seja encarado como bem transacionável, o que pressupõe um processo de abstração que encara a atividade humana como mercadoria (ainda que meramente fictícia, no sentido proposto por POLANYI, 1983, pp. 122 *et seq.*) suscetível de ser trocada por uma contrapartida.

A configuração do trabalho humano como bem transacionável em relações que prescindem de um vínculo pessoal entre o trabalhador e o destinatário da atividade constituiu operação necessária para a emergência do contrato de trabalho como tipo contratual autónomo. Assim encarado, aparece como trabalho abstrato, atividade objetivada, autonomizada do seu resultado, quantificável em função do tempo e colocada no mercado<sup>1</sup>. O contrato de trabalho corresponde, justamente à forma negocial paradigmática de aproveitamento desta atividade abstrata (trabalho humano e livre), tratada como bem de natureza mercantil cedido mediante retribuição a um utilizador (trabalho produtivo). Neste sentido se pode dizer que “a ideia de um ‘mercado de trabalho’ implica não apenas competição e mobilidade de recursos, mas mais especificamente a instituição de ‘trabalho assalariado’ e da sua expressão legal, o contrato de emprego” (DEAKIN & WILKINSON, 2005, p. 1 e, desenvolvendo a constituição e os condicionamentos deste mercado, pp. 26 *et seq.* e 284 *et seq.*).

A autonomização do contrato de trabalho e a sua regulação visaram conferir enquadramento jurídico a esta operação de troca e assegurar que as relações de trabalho funcionem satisfatoriamente como transações de mercado, apresentando-se a esta luz como um direito da produção (BIAGI, 2003, pp. 363-4). Ao mesmo tempo, porém, o Direito do Trabalho, tal

---

<sup>1</sup> Apenas numa lógica comercial desaparece a diversidade dos trabalhos humanos: “na medida em que a relação de trabalho deixa de aparecer como uma relação pessoal entre o trabalho entre um utilizador e um trabalhador a variedade dos trabalhos pode fundir-se numa mesma categoria abstrata, tal como os produtos do trabalho, todos diferentes pela sua utilização se tornam mercadorias comparáveis do ponto de vista do seu valor” – SUPLOT, 2002, p. 6.

como se desenvolveu no nosso espaço jurídico, nasce de uma reação contra a instauração de uma lógica puramente mercantil.

A contratualização implica, por definição e ainda que apenas formalmente, a legitimação das obrigações assumidas pelas partes pelo exercício da sua autonomia negocial. Por outro lado, como qualquer outro contrato, o contrato de trabalho “não poderia existir sem lei que o regesse e sem juiz competente para dele conhecer” (SUPIOT, 2004, p. 33). Dificilmente, porém, o direito geral dos contratos permite um enquadramento adequado, justamente pela circunstância de o apelo à vontade das partes redundar numa legitimação meramente formal e pela inerente objetivação e mercantilização da atividade laboral (coisificada como pura energia trocada por retribuição ou como bem suscetível de ser oferecido à fruição de outrem) (recordem-se, muito particularmente, as abordagens de Canelutti e de Barassi – cf., por todos, PASSANTI, 2006, pp. 186-9 e 487-91).

A resposta oferecida pelo Direito do Trabalho centra-se, fundamentalmente, em duas vertentes.

Por um lado, no reconhecimento da indissociabilidade do trabalho relativamente ao trabalhador (na síntese magistral de Mancini, não há trabalho em si, apenas pessoas que trabalham). O modelo contratual, centrado no trabalho abstrato e na sua objetivação, numa lógica civilística ou comercial, tende a uma reificação do trabalho e, por força do vínculo indissolúvel entre atividade e trabalhador, na reificação deste.

Num primeiro momento, a ação do legislador operou através do estabelecimento de regimes limitando a imposição de condições laborais especialmente nocivas – como escreve Le Goff, o trabalhador surge fundamentalmente como corpo, a que o ordenamento confere certo tipo de proteção (LE GOFF, 2004, pp. 85 *et seq.*). A partir do início do século xx fez o seu caminho uma abordagem mais ambiciosa, centrada na formulação a partir da qual se viria a construir a Organização Internacional do Trabalho: “o trabalho não é uma mercadoria” (SUPIOT, 2010, p. 23). O reconhecimento da incontornável implicação da pessoa do trabalhador na prestação da atividade laboral implica a imposição de um conjunto de garantias diretamente dirigidas à proteção da pessoa do trabalhador e da sua dignidade, que necessariamente se impõem à autonomia negocial das partes. Temos, então, o estabelecimento de um conjunto de normas indierrogáveis visando a proteção do trabalhador.

De outra parte, está igualmente presente na emergência da legislação laboral a ideia de controlo do poder do empregador. Poder que se exprime,

desde logo, em termos de força negocial, no contexto do mercado de trabalho: as condições de mercado determinam que o trabalhador se apresente perante quem oferece trabalho numa situação negocialmente débil. Para além disso, essa posição inicial de desigualdade é amplificada, em termos fácticos, pela inserção do trabalhador numa organização definida em termos hierárquicos e rigidamente controlada pelo empregador (que não apenas domina a própria existência e oferta de trabalho como define unilateralmente os moldes em que se desenvolve a atividade produtiva, impondo tempos, técnicas e tarefas) (para uma reflexão sobre as relações entre subordinação e a diferente relação de trabalhador e empresário com a técnica, cf. VARDARO, 1986, pp. 78-83). Finalmente, a própria distribuição de poder inerente ao contrato de trabalho, instrumento negocial paradigmático de afetação da atividade humana às organizações produtivas, coloca o trabalhador numa posição de subordinação, sujeito a um conjunto de poderes jurídicos, de organização, de direção e disciplinar.

O Direito do Trabalho visa, pois, regular esta situação de poder, não apenas pela imposição de um conjunto de garantias, que operam diretamente como limites ao exercício das prerrogativas patronais e de tutela de posições especialmente fundamentais do trabalhador, como pela abertura à criação de dispositivos de autotutela do trabalhador, através da possibilidade de constituição de organizações representativas, interiores ou exteriores à empresa, dotadas de poderes de negociação que equilibrem no plano coletivo a desigualdade de posições entre as partes do contrato de trabalho, estabelecendo condições que conformam heteronomamente o conteúdo dos vínculos contratuais, organizações essas que surgem igualmente como titulares do direito ao conflito.

Na edificação deste sistema surge, em momento mais tardio, a introdução de limitações fundamentais à possibilidade de desvinculação unilateral do empregador, em certos casos envolvendo uma verdadeira “estabilidade real” (por todos, FURTADO MARTINS, 1992, pp. 82-8). O contrato de trabalho passa, com isto, a ser encarado, mais do que mero instrumento de troca ou de afetação do trabalho à empresa, como suporte da estabilidade económica do trabalhador e da sua família.

Forma contratual, princípio da proteção da parte mais fraca, norma inderrogável (legal ou convencional-coletiva), limitação à possibilidade de desvinculação unilateral do empregador, mecanismos de representação coletiva, convenção coletiva e greve, estas são as peças fundamentais (dizendo-o de outro modo, os “blocos básicos” de construção do discurso juslaboral comum – DEAKIN & WILKINSON, 2005, p. 3) a partir das quais

foi sendo construído, com configurações variáveis, o edifício do Direito do Trabalho (ROMAGNOLI, 1993, p. 5, fala mesmo, a propósito das diversas modalizações do Direito do Trabalho, em termos geográfico-culturais e históricos, de uma “*Lego-law*”). Edifício que se estrutura, na formulação de Bernardo Xavier, em torno de três princípios fundamentais: trabalho como bem indissociável do trabalhador, realização de uma igualdade substancial entre as partes do contrato de trabalho, reconhecimento da autonomia coletiva (XAVIER, 2005, pp. 29-37).

Subjacente a este longo processo de edificação do Direito do Trabalho está, naturalmente, uma estratégia de intervenção do Estado nas relações económicas e sociais que se traduz numa determinada modelação do contrato social. Desde as primeiras leis laborais, produzidas na sequência da eclosão da Questão Social, que se tornou nítida a relação entre a regulação das relações de trabalho e a busca de um modelo suscetível de garantir a necessária coesão social e assegurar um certo grau de legitimação do Estado. Encaradas nesta perspetiva, as diferentes configurações do ordenamento laboral traduzem a evolução das conceções do papel do Estado e das estratégias de equilíbrio entre liberdade de iniciativa económica e de empresa, por um lado, e, por outro, a garantia de uma cidadania económica e social (para uma descrição sumária desta evolução, BAYLOS GRAU, 1993, pp. 15-47. Para o processo de formação do Direito do Trabalho é, também quanto a este ponto, especialmente esclarecedor VARDARO, 1986).

No mundo ocidental e, em particular, no espaço europeu continental, esta evolução culminou no segundo pós-guerra, com o “novo começo” marcado pela aprovação de um conjunto de textos internacionais fundadores, acrescentando aos tradicionais direitos fundamentais o reconhecimento de novos direitos sociais (RAMM, 1986, pp. 297-8. Veja-se também para esta evolução posterior a 1945, HEPPLÉ, 2011, p. 37-8, focando-se na nova lógica de intervenção do Estado). Seguiu-se em vários países um processo de constitucionalização, vertendo esses valores na matriz dos respetivos ordenamentos, como parte integrante do compromisso social fundamental. A assunção, pela via constitucional, deste programa fundamental de coesão social chegou, por razões conhecidas, bem mais tarde aos países periféricos do bloco europeu ocidental (Portugal, Espanha, Grécia).

Este compromisso assentou em duas vertentes fundamentais.

De uma parte, no contrato de trabalho “como categoria típica construída sobre a subordinação do trabalhador, a que se liga um estatuto

jurídico de proteção crescente (direitos laborais e de Segurança Social)”, peça essencial de um modelo que integra também “a família nuclear, a institucionalização de agentes coletivos (sindicais e patronais) e os Estados nacionais” (CASAS BAAMONDE, 2004, p. 4023). Este modelo tem igualmente como componente nuclear a empresa, na feição de “organização standardizada, uniforme e hierarquizada, com um poder de direção nítido e concentrado e vocacionada para a produção em massa de produtos em série e pouco diversificados” (CASAS BAAMONDE, 2004, pp. 4023-4), na qual a figura típica do prestador de trabalho é a do trabalhador contratado por tempo indeterminado<sup>2</sup>, que labora a tempo inteiro, cuja atividade é em larga medida fungível, estavelmente integrado numa comunidade de trabalhadores com a qual partilha solidariedades e interesses. “Os trabalhadores [...] encontram no contrato de trabalho e no ordenamento próprio desta figura contratual estabilidade e proteção, a possibilidade de realizar uma carreira profissional ascendente e, depois da sua reforma, o direito a receber pensões de reforma (por um escasso período de tempo, atendendo à sua esperança média de vida)” (CASAS BAAMONDE, 2004, p. 4024).

Por outro lado, o compromisso fundamental inclui igualmente um papel primordial para o Estado, tanto no plano das relações económicas – sustentação da procura interna, proteção do mercado nacional, garantia da soberania económica – como na intervenção nas relações de trabalho, protegendo os trabalhadores e preservando a ordem social e económico-produtiva (a referência é, ainda, CASAS BAAMONDE, 2004, p. 4025). Cabem-lhe, no âmbito da garantia dos parâmetros de proteção que estabelece – normas inderrogáveis, de ordem pública –, funções de fiscalização, autorização e inspeção. Incumbe-lhe, igualmente, uma dupla função de suporte do diálogo social e de controlo da conflitualidade (sobre o papel do Estado, cf. XAVIER, 2005, p. 56). No sentido da maximização da eficácia desta intervenção e do reforço da sua legitimação, são frequentemente institucionalizados mecanismos de concertação social, passando as organizações sindicais a partilhar a tarefa de condução do sistema e de ajustamento dos seus objetivos e mecanismos.

---

<sup>2</sup> “A conceção do contrato de trabalho evoluiu no sentido de entender esta relação como tendencialmente a tempo indeterminado, estável e de longa duração, exclusiva e a tempo inteiro, capaz de conter no seu seio uma ‘carreira’, e colocado, enquanto tal, ao abrigo de interrupções e ruturas mediante a adoção de vínculos dirigidos a garantir a sua continuidade perante diversas eventualidades e a limitar a faculdade de resolução por parte do empregador” – GIUGNI, 1989, p. 307.

Dito isto, é possível decantar o sentido do Direito do Trabalho, tal como resulta destes elementos.

Constitui, antes de mais, uma “técnica de tutela ou emancipação de um sujeito caracterizado pela subproteção social e dependência económica”, um “direito social e distributivo”, mas assume, ao mesmo tempo, a feição de “direito da produção”, de “instrumento de gestão da empresa e de regulamentação das modalidades de encontro entre capital e trabalho” (BIAGI, 2003, pp. 363-4). O sentido do Direito do Trabalho encontra-se na conjugação destas duas valências (direito social e direito da produção)<sup>3</sup>, articulação que não é isenta de tensões e a que têm correspondido, no tempo e no espaço, pontos de equilíbrio distintos.

Tem subjacente, como ideia fundamental e fundadora, a necessidade de corrigir, através de uma intervenção normativa heterónoma, a assimetria estrutural da posição das partes no contrato de trabalho, tomado como dispositivo típico e paradigmático de regulação da prestação de uma atividade a outrem no quadro do sistema produtivo, tendo em consideração a dimensão pessoal da prestação devida e a inaptidão da autonomia negocial para produzir um equilíbrio justo, suscetível de garantir um conjunto de valores primordiais, que se considera integrarem a própria ideia de cidadania (cf., para uma formulação desta ideia básica ou original do Direito do Trabalho e suas declinações particulares, GOLDIN, 2011, pp. 70 *et seq.*).

Finalmente, o sentido e a ideia do Direito do Trabalho reportam-se também, como ficou referido, a um certo perfil típico do trabalhador. Fala-se, nesta medida, de um específica conceção antropológica, que constitui uma das premissas implícitas no sistema juslaboral (por exemplo, ROMAGNOLI, 1989, p. 18 e, mais extensamente, 1997, pp. 27 *et seq.* especialmente pp. 32-3).

Verificamos, em suma, que a formalização da troca de trabalho por retribuição, a partir do modelo do contrato de trabalho e da construção da atividade como bem transacionável, faculta a constituição do mercado de trabalho, cabendo ao Direito do Trabalho a institucionalização do funcio-

---

<sup>3</sup> Esta visão não é partilhada por uma parte importante da doutrina juslaboral, que associa ao Direito do Trabalho uma abordagem unilateral, radicada na proteção do trabalhador. A repercussão no âmbito da empresa, através da fixação de parâmetros de gestão da prestação do trabalho e da imposição de limitações à possibilidade de desvinculação unilateral do empregador, aparece nesta perspetiva como efeito indireto, mera refração da ideia fundamental de tutela do trabalhador.

namento desse mercado a partir de uma específica ideia de justiça<sup>4</sup>, cuja matriz fundamental consta, no nosso espaço jurídico – e, particularmente, em Portugal –, do próprio quadro constitucional. Na síntese de D’Antona (2000a, p. 221), “as novas Constituições e as praxes constitucionais que tomaram forma” a partir da segunda metade do século xx “propõem como valores jurídicos da sociedade inteira as cláusulas de um compromisso entre classes sociais até então radicalmente contrapostas pela desigual distribuição de poder e rendimento por força da distinta inserção na esfera da produção”, incluindo aí as “garantias da organização e da luta sindical, o princípio da tutela do trabalho na relação contratual e as suas condições específicas, como o justo salário e a proteção da mulher e dos menores e, mais extensamente, o princípio do ‘Estado social’, o direito ao trabalho e à segurança social”. Este compromisso funcionou como fator decisivo da legitimação do Estado e das instituições, tendo implícita uma proposta de promoção da “integração de sempre mais vastos estratos de cidadãos no mercado de trabalho e na economia de bem-estar” (D’ANTONA, 2000a, p. 222).

**III** – A emergência da moderna reflexão sobre a justiça intergeracional, a partir da década de 70 do século passado (TREMEL, 2006, p. 1), coincidiu com o início da erosão do tradicional edifício do Direito do Trabalho. Poder-se-á, mesmo, dizer que são, em alguma medida, comuns as circunstâncias que estão na origem destes movimentos.

A mesma fé no progresso, com raízes na Revolução Industrial, levou a ter por certo que “a próxima geração teria uma melhor e mais próspera existência do que a geração presente e que essa situação iria continuar para o futuro previsível”, crença que se manteve “largamente indiscutida

---

<sup>4</sup> Este juízo reporta-se essencialmente à evolução do Direito do Trabalho nos países da nossa tradição jurídica. É certamente discutível a sua generalização, podendo, ainda assim, considerar-se, com DAVIDOV, 2016, pp. 27-8, que, apesar da diferente densidade normativa, de contextos distintos e de diversas formas de articulação de princípios ordenadores conflituantes, o reconhecimento dos “problemas do trabalho” implica naturalmente um núcleo comum de objetivos ou valores. De todo o modo, é necessário ter presente, no mundo da globalização, que a questão se coloca, naturalmente, noutros moldes quando é muito substancialmente distinta a própria percepção desses “problemas do trabalho” (o que ajudará, porventura, a perceber a própria alteração de posicionamento, dos parâmetros de intervenção e da agenda da Organização Internacional do Trabalho – vejam-se, por ex., SANKARAN, 2006, pp. 205-18, e MARÍN, 2006, pp. 345-54). Talvez por isso mesmo escreveu D’Antona que “a ordem pública internacional do direito do trabalho na idade da globalização é um terreno de valores em conflito” – D’ANTONA, 2000a, p. 232.

durante a última metade do século XIX e os primeiros terços do século XX” (AUERBACH, 2014, p. XIV e 1, bem como, para os pressupostos teóricos do renascimento da questão da justiça intergeracional, pp. 55 *et seq.*). No âmbito do pensamento juslaboral, esta convicção tinha corolários tangíveis como o da contínua progressividade dos níveis de proteção social<sup>5</sup>, suposta fonte de um “metaprincípio” vinculando o legislador a uma sucessiva rerregulação em sentido mais favorável para o trabalhador (DRAY, 2015, p. 525), por sua vez argumento para concretas soluções jurídicas, como a da imediata aplicação da lei nova a todas as relações de trabalho, incluindo as já constituídas<sup>6</sup>.

As sociedades ocidentais, com o fim dos “trinta gloriosos anos” e as crises económicas que se sucederam após os anos 70, foram confrontadas com uma realidade nova e bem distinta da anterior, de que passaram a fazer parte o desemprego estrutural e as dificuldades de sustentação do Estado social, surgindo a percepção de que o nível de bem-estar das gerações futuras, longe de estar garantido, poderia ser menor do que o gozado pelas precedentes. Ao mesmo tempo, o próprio progresso científico, económico e tecnológico engendrou, com novos instrumentos de intervenção na natureza e nas condições fundamentais para a vida humana, o esgotamento de recursos naturais e a contínua complexificação do sistema económico, também causa de inesperadas fragilidades para a sociedade.

O problema da sustentabilidade – da despesa pública, dos regimes de previdência, mas também do próprio ambiente e, em última análise da própria vida humana – alimentou o debate sobre a responsabilidade perante os vindouros (é, aqui, especialmente relevante a contribuição de JONAS, 1992; para uma descrição dos termos do problema e da sua

---

<sup>5</sup> Decorrente da “ideia de continuado progresso da legislação social (‘sempre mais’), que manteve alguma resiliência até finais dos anos 80, cf. XAVIER, 2014, p. 981. Referindo que “o sentido geral do Direito do trabalho dirige-se para uma tutela crescente dos trabalhadores”, ainda que “em globo e por forma sensível, capaz de absorver conjunturas”, MENEZES CORDEIRO, 1994, p. 199.

<sup>6</sup> A referência é, note-se, puramente histórica, reportando-se a um obsoleto “espírito ‘panglossiano’ do ‘sempre mais’” (XAVIER, 1986, p. 522). Como escreve Dray (2015, p. 525), fazendo eco de posição há muito estabelecida na dogmática juslaboral, tratava-se “de uma ideia simultaneamente pueril e autoritária: admitir que o curso da história é sempre propício a melhorar o nível de vida dos cidadãos é, por si só, uma perspetiva ingénua” e “pretender que, independentemente do curso da história, das suas vicissitudes e das condições socioeconómicas, o legislador está adstrito a legislar, apenas, num único sentido, sempre mais favorável ao trabalhador, é querer impor autoritariamente uma solução legislativa em nome de um dogma que não é absoluto, mas sim relativa”.

amplitude, cf., por todos, PEREIRA DA SILVA, 2010, pp. 465-82). Ao credo da sociedade do progresso contínuo sucedeu a percepção da sociedade de risco (a referência é, aqui, BECK, 2015) – mais ainda, de uma sociedade em que os riscos se distribuem de modo não equitativo.

Um problema “tão velho como a humanidade”, o de “tratar de modo justo’ qualquer geração”, assumiu-se como “questão (*public issue*) totalmente nova nos termos em que hoje a discutimos”, “nova porque mudaram completamente o contexto e o significado do problema, assim como as formas de o definir e de encontrar soluções”: “os chamados ‘pactos sociais’ entre gerações típicos das sociedades antiga e moderna tinham pressupostos culturais, demográficos e económicos que hoje desapareceram ou estão a desaparecer, pois mudaram os valores e as modalidades de troca e, por isso, há que encontrar novas regras de alocação das oportunidades de vida entre gerações” (DONATI, 2002, pp. 151-2).

Esta dinâmica reproduziu-se no âmbito estrito do mercado de trabalho. O impacto dos choques petrolíferos, primeiro, e, depois, as sucessivas crises económicas fizeram surgir um contexto de descontinuo e tipicamente baixo crescimento, em que o desemprego se foi tornando um elemento estrutural: o emprego passou, cada vez mais, a ser encarado como bem escasso “e, portanto, como bem a partilhar, quiçá parcimoniosamente” (XAVIER, 1986, p. 519). Ao mesmo tempo, a própria evolução (paradoxalmente, o progresso...) das organizações produtivas e dos esquemas organizativos e tecnológicos de realização do trabalho (a literatura é muitíssimo vasta; pode ver-se, por ex., a minuciosa análise de CORIAT, 1982, e 1994), a par das novas condições de funcionamento dos mercados, foram, e são, causa de profunda transformação dos modos de trabalhar, determinando a extinção de muitos postos de trabalho, apenas parcialmente substituídos e por postos de natureza muito diferente, bem como a uma profunda diferenciação dos trabalhos e dos modos de realização das atividades (cf., em termos gerais, NUNES DE CARVALHO, 1999, pp. 55-69 e, mais desenvolvidamente, PALMA RAMALHO, 2000, pp. 552-68; refletindo sobre a projeção destes problemas nos sistemas de segurança social, LOUREIRO, 2014, pp. 121-6). Neste sentido conflui a explosão do setor terciário, mais a mais numa sociedade em que os ciclos temporais “naturais” vão sendo substituídos pela voracidade de uma permanente disponibilidade de bens e serviços, todos os dias e a todas as horas do dia, reclamando, por isso, a necessidade de esquemas temporais de prestação do trabalho menos padronizados e que potenciem a disponibilidade.

As mutações tecnológicas, as inovações organizativas e as necessidades da concorrência (nacional e internacional), com os mantras da *lean production* e do *just in time*, têm vindo a tornar crescentemente obsoleto o esquema produtivo a partir do qual foi erguido o ordenamento juslaboral. A fábrica “compacta, rígida e hierárquica” (D’ANTOMA, 2000a, p. 225) segmentou-se, dispersou-se organizacional e geograficamente, desmaterializou a sua organização, diversificou produtos e perdeu dimensão. Em termos tais que mesmo a identificação do empregador ou da entidade a quem devem ser imputados especiais responsabilidades laborais se tornou, muitas vezes, um problema extremamente complexo.

Por outro lado, o impacto das inovações tecnológicas e organizativas produz-se de forma assimétrica. Relativamente a certos grupos de trabalhadores, opera no sentido de uma maior ligação com a prossecução dos objetivos da empresa, favorecendo uma maior autonomia e proporcionando o enriquecimento contínuo da sua profissionalidade, o que, por seu turno, incrementa a estabilidade do vínculo contratual. Já relativamente aos trabalhadores afetos a tarefas menos qualificadas ou atingidos de forma diversa pela introdução de novas tecnologias tende a instalar-se um processo inverso, de desqualificação, “de expulsão da produção ou de perda sempre maior de qualquer conteúdo qualificante das atividades desenvolvidas” (ZANELLI, 1985, p. 46). Os legisladores têm, por sua vez, reagido às necessidades empresariais associadas às novas estratégias de produção e de organização com a disponibilização do acesso a vínculos contratuais menos estáveis e tutelados, formas contratuais flexíveis e que se afastam da relação laboral típica.

Resulta daqui um duplo processo de segmentação: de uma parte, entre os trabalhadores que pertencem ao núcleo da empresa, estavelmente integrados e apetrechados com uma profissionalidade que é garante de estabilidade, e aqueles que estão nas orlas da organização, numa situação bem mais contingente e à mercê de uma qualquer medida de “racionalização” ou de uma opção de externalização<sup>7</sup>; de outra parte,

---

<sup>7</sup> Sobre a distinção entre “trabalhadores fortes” e “trabalhadores débeis”, pode ver-se ICHINO, 1989, pp. 231-9. Faz-se notar que a opção pela externalização implica frequentemente a conversão de postos de trabalho antes integrados na estrutura permanente da empresa, e como tal preenchidos com recurso ao contrato de trabalho comum, em funções desenvolvidas por trabalhadores de uma empresa prestadora de serviços, que esta contrata muitas vezes a termo (fazendo corresponder a duração do contrato de trabalho ao período de vigência do contrato de prestação de serviços) ou com recurso a outras formas de vinculação (por exemplo, aproveitando as medidas temporárias de

entre trabalhadores da organização e titulares de contratos “atípicos”, que podem ou não ter natureza subordinada. Segmentação que oculta uma mesma “inultrapassável dependência pessoal relativamente à sorte e às conveniências económicas da empresa de outrem, que permanece árbitro de um destino individual e de um inteiro projeto de vida” (D’ANTONA, 2000a, p. 225). E a que corresponde uma substancial variação no nível de tutela que é dado pelo ordenamento.

Ou seja, no quadro de um sistema normativo que liga à posição de trabalhador subordinado um determinado aparato de proteção, unitariamente definido, a assinalada segmentação facilmente se converte num desequilíbrio substancial de posições. A aplicação dos instrumentos do ordenamento jurídico reproduz, por isso mesmo, essas assimetrias, reforçando a posição dos trabalhadores cuja posição na empresa é mais sólida e falhando na proteção dos que se encontram em posição mais frágil.

Este elemento cruza-se com outro, que toca igualmente um aspeto central do modelo corrente do Direito do Trabalho. A subordinação jurídica, elemento tipificador do contrato de trabalho, continua a constituir o centro de imputação da tutela proporcionada pela lei do trabalho, numa lógica que é, tendencialmente, de tudo ou nada. O conceito de subordinação, aplicado transversalmente a toda a área coberta pelo Direito do Trabalho, adquiriu, porém, um elevadíssimo grau de abstração, que torna a sua aplicação extremamente complexa. Também as alterações ao nível da organização produtiva e das formas de integração dos trabalhadores nessa organização, aliadas à preponderância crescente do setor dos serviços, acentuam a perda de referenciais concretos para a subordinação e potenciam as dificuldades na aplicação do conceito.

Para além disso, e pelas razões acima indicadas, torna-se cada vez mais clara a falta de conexão entre a subordinação jurídica, como fator de tipificação de situações jurídicas, e a necessidade da tutela característica do Direito do Trabalho. Tanto é trabalhador subordinado o diretor como o trabalhador indiferenciado, embora as necessidades de tutela sejam bem diversas. Os vários ordenamentos nacionais têm respondido com esquemas de modalização dos regimes (comissão de serviço, especificação das regras sobre limitação e organização do tempo de trabalho, etc.), embora esta diversificação de tutelas esteja ainda assim aquém da

---

incentivo à contratação de jovens ou desempregados de longa duração). Para além disso, os níveis salariais e de condições de trabalho em geral são normalmente mais baixos na empresa prestadora de serviços.

dissemelhança de situações. Por outro lado, não é certamente trabalhador subordinado o que presta, com autonomia, a sua atividade à empresa, mesmo que esta seja a única destinatária desses serviços. Como não o é aquele que se encontra transitoriamente afeto à empresa nos termos de um contrato de estágio, ou similar, e que, por isso mesmo, ainda que realizando a sua atividade ao lado de “verdadeiros” trabalhadores subordinados e no contexto de uma mesma organização, não tem acesso às tutelas de estabilidade, níveis de rendimento e condições de trabalho de que beneficiam estes.

Em suma, regista-se o esvaziamento da referência semântica do conceito de subordinação e a sua perda de utilidade como conceito operativo. Em especial, é notório o esvaziamento das virtualidades do conceito para a imputação de tutela jurídica adequada.

Ora, como se disse, a efetividade da tutela garantida pelo Direito do Trabalho, enquanto projeto de garantia de cidadania social e económica no mundo produtivo, pressupõe a existência de um vínculo laboral (por isso mesmo se podia afirmar que a legislação do trabalho correspondia ao “estatuto jurídico comum da população ativa” – XAVIER, 1976, p. 318). Assim como aos programas constitucionais de proteção do trabalhador está associada a afirmação do direito ao trabalho, também a efetividade do próprio Direito do Trabalho se associa a uma específica intervenção do Estado, pela promoção de políticas dirigidas à promoção do pleno emprego. Contudo, os condicionamentos económicos das últimas décadas (recessão, crises orçamentais, excesso de endividamento público, *jobless growth*), somados à evolução das próprias organizações empresariais (externalização, desenvolvimento de tecnologias e esquemas de organização que dispensam o uso intensivo de mão de obra, *just in time*) comprometem gravemente a realização desta dimensão do compromisso que dá ao Direito do Trabalho o sentido que fomos identificando.

Como aponta M. D’Antona, parece que somos confrontados com a necessidade de escolha entre dois modelos: de uma parte, o modelo norte-americano, onde se aceitam retribuições inferiores ao patamar da pobreza e não se colocam obstáculos nem à explosão dos *bad jobs* nem às limitações à criação de obstáculos aos mecanismos de representação coletiva, aceitando-se limites nunca vistos de desigualdade social, mas que gera ocupação e alarga a possibilidade de acesso a uma atividade remunerada; e, por outro lado, o modelo europeu continental que, “querendo preservar a dignidade e a segurança do trabalho, não admite oficialmente salários abaixo de um mínimo social, mantém fortes vínculos

no acesso e na saída do emprego, preserva o controlo sindical sobre as condições mínimas de trabalho, mas expia uma mortífera combinação de alta desocupação, trabalho ilegal e imigração, restringindo as *chances* efetivas de ocupação de certas faixas sociais, como os jovens em geral, os desocupados de longo período e as mulheres com qualificação média-alta” (D’ANTONA, 2000a, p. 227).

Desde os anos 80 que os diversos Estados do nosso espaço jurídico-cultural têm tentado fugir deste impasse através de medidas, as mais das vezes avulsas, dirigidas à promoção do emprego, que tende, no léxico oficial, a substituir a antiga referência ao trabalho, enquanto objetivo a promover. Esta alteração da terminologia é significativa. Perante a contínua escassez de trabalho, o emprego designa essencialmente ocupação, seja no quadro de vínculos temporários ou com tempo de trabalho reduzido, seja pela multiplicação de formas contratuais atípicas (trabalho intermitente ou *on call*, trabalho a tempo parcial, *job sharing*, formas de trabalho para-subordinado, etc.), seja, ainda, tanto por força da necessidade de renovação dos perfis profissionais disponíveis no mercado como pela necessidade de promover a absorção dos empregos perdidos com a introdução de novas tecnologias, a vulgarização de contratos em que a prestação de trabalho subordinado é articulada com a ministração de formação profissional (é particularmente ilustrativa, neste sentido, a Reforma Biagi, empreendida em Itália no início do novo século – cf., por todos, FERRARO, 2004, pp. 1-24). Em qualquer destes casos é, desde logo, patente a diversificação e atenuação das tutelas que correspondem à prestação de trabalho subordinado. É, também, nítida a alteração da fisionomia do Direito do Trabalho, onde se afirma cada vez mais a proeminência da articulação com as políticas de emprego (já neste sentido, XAVIER, 1976, pp. 318-20 e, mais desenvolvidamente, XAVIER, 1986, pp. 519-26).

Por força desta evolução, cada vez mais nos confrontamos com uma realidade em que, como escreve G. Lyon-Caen, “a província mais extensa do Direito do trabalho é constituída paradoxalmente pelas regras relativas ao não trabalho”, regras essas, mais a mais, mal sistematizadas e, até, pouco conhecidas e transparentes (LYON-CAEN, 1995, p. 61).

Estes fatores têm, por seu turno, impacto numa outra vertente crucial do equilíbrio que faz parte do sentido tradicional do Direito do Trabalho e que integra também a sua “narrativa constitutiva” (a expressão é de LANGILLE, 2006, pp. 14 *et seq.*).

A segmentação de que acima se deu conta repercute-se, inexoravelmente, na desagregação da comunidade de trabalhadores (compreendendo trabalhadores “fortes”, trabalhadores “fracos” e titulares de vínculos precários, laborais ou não). No mesmo sentido funciona a distinção, cada vez mais nítida, entre *job owners* e *job seekers*. Estas contraposições a partir da titularidade e do tipo de emprego quebram as solidariedades coletivas e fragmentam o interesse coletivo, elemento fundamental da construção dos mecanismos de representação coletiva (neste domínio, continua relevante GIUGNI, 2011, p. 62-4). Para esse efeito de limitação das condições da ação coletiva concorre igualmente a alteração das formas de integração do trabalhador na empresa: o trabalhador a termo ou intermitente, assim como o que presta a atividade noutra local são apenas “visita” da empresa, não criam solidariedades nem se veem como participante de uma comunidade de interesses com os outros trabalhadores. Do mesmo passo, as próprias organizações sindicais tendem a encarar a proliferação dos trabalhos “atípicos” como ameaça ao emprego dos titulares de postos de trabalho permanentes, aqueles que integram as suas estruturas, que podem mobilizar e em função de cujos interesses é fundamentalmente orientada a atividade representativa.

Como é bom de ver, mais uma vez estes impactos operam de modo assimétrico: os efeitos negativos projetam-se sobretudo na representação sindical dos trabalhadores menos protegidos, num processo em boa parte autorreprodutivo.

Por outro lado, assiste-se também neste mais recente período de vida do Direito do Trabalho a uma estratégia legislativa de regulação da flexibilidade que convoca os sindicatos a participar na sua aplicação. Trata-se do que é usual designar por “flexibilidade negociada”, que consiste na atribuição à contratação coletiva da tarefa de regulação da aplicação de regimes de flexibilidade das condições de trabalho, quando não de integração dos regimes legais, através do reenvio para a disciplina produzida pela autonomia coletiva, que desempenha neste caso uma função de integração do conteúdo da norma legal, independentemente da sua maior favorabilidade. A convenção coletiva assume nestes casos um papel diferente do tradicional, surgindo agora, por força da norma legal, como guardiã, ou gestora, de instrumentos de flexibilização dos poderes patronais que, em boa parte, escapam à lógica do princípio do tratamento mais favorável. E que, na medida em que envolvam a diminuição do padrão geral de proteção, funcionam como uma derrogação *in pejus* do tratamento legal (CARABELLI & LECCESE, 2006, p. 199; aprofun-

dadamente, MAGNANI, 2006, pp. 4 e 16-69; FONTANA, 2010, pp. 115-59). Este envolvimento dos sindicatos na definição e aplicação de regimes menos favoráveis acaba também por contribuir para a desafeição dos trabalhadores relativamente ao movimento sindical.

Os efeitos da conjugação destes fatores são conhecidos: deslegitimação dos sindicatos perante os trabalhadores, diminuição da filiação, fragmentação sindical (ou, em alguns países, desaparecimento da tradicional unicidade de facto e emergência de formas *ad hoc* de representação), perda de relevância dos sindicatos como interlocutores negociais, refluxo da negociação coletiva e substancial diminuição da capacidade de mobilização dos sindicatos. Algumas análises vão mesmo mais longe, assinalando que a diluição das solidariedades profissionais e da conceção unitária do trabalho subordinado são causas de um esvaziamento da própria condição de trabalhador (que determina aspirações, atitudes e ações), condição que, como vimos, está na base do sentido normalmente conferido ao Direito do Trabalho (que não se preocupa com o trabalho em si mas sim com as pessoas que trabalham). Daí que, depois da pergunta “*who is labour law for?*” surja naturalmente outra: “*what is labour law for?*” (ARTHURS, 2011, pp. 18-22; veja-se, no entanto, para uma visão, do ponto de vista sociológico, bastante menos pessimista quanto à perda da identidade social conferida pelo trabalho, ACCORNERO, 1994, pp. 257-8).

Regista-se, mais recentemente, uma outra tendência, em parte impulsionada pelas dificuldades que afetam a representatividade sindical. Para além dos fatores que se deixaram já indicados, quer por razões de estrutura (no caso português, a falta de dispositivos convencionais-coletivos com eficácia *erga omnes*)<sup>8</sup> quer por uma expectável reticência dos sindicatos na outorga de compromissos suscetíveis de colocarem ainda mais em causa a sua base de apoio social, esta “flexibilidade negociada” não tem produzido os resultados que se almejavam. Por esse motivo, e mantendo a sua premência as circunstâncias que impelem o legislador a consagrar os mecanismos de flexibilidade, têm sido dados novos passos, agora no sentido de permitir à própria autonomia

---

<sup>8</sup> Sobre os problemas ligados ao princípio da filiação, XAVIER, 2009, pp. 111 *et seq.* O problema assume particular criticidade entre nós, na medida em que, por força da revolução copernicana no sistema de fontes dos Direito do Trabalho operada em 2003, em Portugal concretizou-se a tendência, referida por MAGNANI, 2006, p. 4, no sentido de a regulação inderrogável das relações laborais ser, em medida crescente, confiada não à norma legal mas sim à convenção coletiva.

individual a ocupação de pelo menos parte destes espaços (quando não, em certos casos à intervenção unilateral do empregador). Desta sorte, fica enfraquecida a inderrogabilidade *in pejus* da norma legal, perante a contratação coletiva, primeiro, e diante da própria autonomia negocial individual, num segundo momento. E introduz-se um novo elemento perturbador, constituído pela tendência para a individualização dos estatutos dos trabalhadores, contrariando a lógica estatutária e coletiva que desde há muito se considera inerente à ideia de Direito do Trabalho. O ressurgir do assalariado-indivíduo choca com a ideia do coletivo como “condição objetiva de possibilidade” (sobre o conceito e o impacto deste processo de individualização, pode ver-se ADAM, 2005, e, para a perspetiva referenciada no texto, pp. 472-3).

A estes fatores poder-se-iam adicionar outros, como da crescente dificuldade do Estado, por força das dinâmicas conjugadas da globalização e da integração em espaços económico-políticos transnacionais, em assegurar o papel que lhe cabe no compromisso construído a partir da metade do século passado, nos termos do qual lhe incumbe um papel crucial em termos de condução das relações económicas – sustentação da procura interna, proteção do mercado nacional, garantia da soberania económica – e de intervenção nas relações de trabalho (cf., de novo, D’ANTONA, 2000a, pp. 223-6). Certo é que da ação conjugada destes elementos decorre uma acentuada erosão dos pilares identitários do Direito do Trabalho tradicional e do projeto de justiça que lhe está associado.

Com isto, somos confrontados com o problema de saber se o ordenamento juslaboral, enquanto sistema de regras e princípios, continua a proporcionar uma resposta valorativa e pragmaticamente adequada aos problemas específicos, à interpelação própria da hodierna realidade social diferenciada (colocando estes problemas, PERULLI, 2010, pp. 3-6).

A questão coloca-se com especial premência quanto às sequelas do “novo normal” constituído pelo desemprego estrutural. O compromisso estruturante do Direito do Trabalho assenta na relevância fundamental do trabalho como fator de realização pessoal mas também de integração e participação plena na comunidade (para uma articulação das várias dimensões axiológicas do direito ao trabalho, Friboulet, 1999, pp. 229-45), pelo que o sentido de uma tutela adequada do valor do trabalho envolve, necessariamente, a possibilidade de aceder a uma ocupação remunerada. Por força das circunstâncias sumariamente descritas surge, porém, uma interrogação: na nova realidade social e económica, o nível

de tutela do trabalho não constitui mais um fator (ou, mesmo, um fator crucial) de diminuição da oferta de emprego? A escassez do trabalho não é também (ou sobretudo) uma consequência dos padrões legais de proteção aplicáveis? Numa formulação sugestiva, dever-se-á considerar que o Direito do Trabalho passou, de aliado fiável do direito ao trabalho, num seu rival? (sobre esta formulação, LE GOFF, 1999, pp. 198-216)

É, com efeito, patente “o conflito entre os trabalhadores protegidos por um estatuto de estabilidade e aqueles que não podem aceder ao mercado de emprego, a não ser pela utilização de formas mais dúcteis” (XAVIER, 1986, p. 521). Modalidades cuja flexibilidade se traduz em precarização (que dela é, muitas vezes, contraponto), menores condições de remuneração e condições de trabalho menos favoráveis. Com isso, o abaixamento do patamar de proteção, admitido como preço incontornável da tentativa de potenciar o acesso a um emprego, acaba por comprometer a própria legitimidade do processo de juridificação do mercado de trabalho, “transformando o inicial conflito entre empregador e trabalhadores numa disputa entre diferentes grupos de trabalhadores” (SIMITIS, 1987, p. 131). Paradoxalmente, temos de enfrentar a possibilidade de o ordenamento laboral, no seu novo contexto social e económico, privar de proteção os mais desfavorecidos em nome da tutela dos que beneficiam já da vantagem de um posto de trabalho com as garantias que lhe estão associadas.

Mesmo uma análise muito perfunctória dos dados estatísticos atuais e da sua evolução (para estes dados, <https://data.oecd.org/unemp/unemployment-rate#indicator-chart>) permite perceber que este confronto se coloca de modo especialmente claro entre os trabalhadores jovens que pretendem aceder a uma ocupação adequada e aqueles, mais velhos, já integrados no mercado de trabalho. O confronto entre *insiders* e *outsiders* tende, portanto, a colocar-se de modo especialmente relevante no plano geracional.

Os trabalhadores jovens são, com efeito, desproporcionalmente afetados pelos desequilíbrios do mercado de trabalho: tendem, com maior probabilidade, a encontrar-se na situação de desemprego e em empregos sem futuro (*dead-end jobs*) ou atípicos, são-lhes pagos salários menores e têm maiores dificuldades em aceder a carreiras estáveis (BRADLEY & VAN HOOF, 2005b, p. 243). Na síntese de Bradley e Van Hoof, que partem da conceção de Ulrich Beck segundo a qual “a questão central do debate sobre a sociedade de risco é a de saber se os riscos do que percecionado como um contexto crescentemente inseguro estão igual-

mente divididos entre os cidadãos”, impõe-se o reconhecimento de que os jovens têm, realmente, o pior quinhão, injustamente expostos aos riscos do mercado de trabalho por comparação com os seus mais protegidos concidadãos mais velhos, muitos dos quais beneficiam de longo tempo de serviço, de garantias de estabilidade e das regras e práticas estabelecidas (BRADLEY & VAN HOOF, 2005a, p. 6). Encontram-se, igualmente, mais expostos às consequências, em termos de cidadania, da transição dos modelos de *welfare* para os de *workfare* (assim, REITER & CRAIG, 2005, pp. 19-23).

Tão marcada assimetria na distribuição das dificuldades de acesso ao emprego – “esta atividade enquadrada por um conjunto de direitos e de deveres que forma o vetor pelo qual um indivíduo assegura uma certa percentagem da riqueza coletiva e acede à cidadania social” (SOULET, 1999, p. 12) – ou a relegação para sucedâneos mais ou menos aproximados desse emprego, numa tendência persistente nas últimas décadas, não podem deixar de ser encaradas como um rasgar do famoso véu de ignorância (parafraseando SOULET, 1999, p. 19).

Questionamento sobre a consistência do compromisso fundador do moderno juslaboralismo que é, certamente, agravado pelo efeito simultâneo do papel central reconhecido à representação sindical, tanto pela via da concertação social como da contratação coletiva, na conformação das regras enformadoras do mercado de trabalho (SIMITIS, 1987, pp. 134-43) e a assinalada subrepresentação dos trabalhadores mais jovens quer na vida sindical quer na definição das reivindicações. Esses trabalhadores veem-se, pois, remetidos para a classe do “*demos-destinatário-de decisões*”, sem efetivo e real acesso à do “*demos-participante*”, quando não mesmo à do “*demos-com-direito-de participação*” (transpomos as categorias a que recorre SANTOS CAMPOS, 2015, p. 137).

Finalmente, a maior fragilidade negocial dos trabalhadores jovens acarreta uma desproporcionada exposição aos inconvenientes dos mecanismos de individualização das condições de trabalho assentes na autonomia individual. Boa parte destes mecanismos prende-se com a regulação da limitação e da distribuição da jornada de trabalho (cf., por ex., ADAM, 2005, pp. 237-46), envolvendo, tipicamente, a sujeição dos trabalhadores a maiores cargas de trabalho e, sobretudo, ao acréscimo de dificuldades na conjugação entre vida profissional e vida pessoal e familiar. Criam-se, também aqui, vincadas assimetrias, em detrimento dos trabalhadores mais jovens e daqueles que se posicionam na “*rush hour of life*”.

Esta abordagem enferma, todavia, de alguma unilateralidade. Na verdade, a rapidez das modificações do tecido produtivo e a velocidade da alteração dos conteúdos profissionais e técnicos dos trabalhos constituem um fator de risco que incide muito particularmente sobre os trabalhadores mais velhos. Neste caso, é justamente a posição profissional de que dispõem – com maior estabilidade e maiores salários – que os coloca, na perspectiva gestonária, na primeira linha dos projetos de recomposição da força de trabalho na empresa. Esta opção é, as mais das vezes, legitimada externamente pela referência às (supostas ou reais) dificuldades de adaptação a novas exigências organizativas ou tecnológicas, bem como (o que é frequentemente ecoado pelas próprias políticas de emprego) pela ideia de que dispõem de uma alternativa “natural”: a reforma. Como escreve Simitis, “o pleno emprego é a única situação na qual a sua presença é incondicionalmente tolerada ou desejada”, justificando-se o tratamento discriminatório por essa alternativa “natural” e encarando-se a manutenção no emprego como “desvio do ‘adequado’ modelo de vida” (SIMITIS, 1987, p. 143).

A antiguidade na empresa ou no setor facilmente se convertem numa desvantagem competitiva no mercado de trabalho quando está em causa uma profissionalidade estreitamente ligada à organização ou a determinado tipo de atividade, desenvolvida em específicos parâmetros técnicos e tecnológicos, não sendo, nessa medida, transponível para outro quadro organizativo ou outro tipo de trabalho. O circunstancial afastamento do posto de trabalho facilmente se traduz, portanto, numa real exclusão do emprego ou, em situações marginalmente menos desfavoráveis, numa abrupta queda do nível das condições de trabalho.

O discurso centrado na alternativa “natural” – a reforma, que cada vez menos coincide com a ideia tradicional de incapacidade para o trabalho – (NEVES, 1996, pp. 479-82) não pode, de outra parte, fazer esquecer que “o processo de envelhecimento depende em larga medida da oportunidade de trabalhar”, sobretudo num contexto de substancial alargamento da esperança de vida: “a experiência mostra que qualquer que seja o tipo de trabalho, a cessação do emprego tem consideráveis implicações emocionais e físicas”, pelo que “nenhuma sociedade, ou lei, que pretendam condenar práticas discriminatórias podem [...] tratar os trabalhadores mais velhos como um segmento descartável da força de trabalho”; “degradação social e alienação mental só podem ser evitadas na medida em que iguais oportunidades de emprego sejam garantidas”

(SIMITIS, 1987, p. 145; sobre estes problemas, cf. VILLAVARDE CABRAL, 2013, pp. 41-88).

Temos, portanto, que à crise que afeta os pilares identitários do Direito do Trabalho, traduzida no já clássico questionamento da sua atual aptidão para garantir o compromisso que o suporta e o projeto valorativo que lhe dá razão de ser, acresce a perda da sua referência antropológica. Caída a máscara da convergência de interesses e necessidades dos trabalhadores enquanto tais, aparece, com crueza, a polarização das pretensões que dirigem ao Estado e à sociedade (e ao próprio Direito do Trabalho, como instrumento de institucionalização do mercado de trabalho), diferenciação que se alastra por várias linhas de fratura, entre os quais a geracional. Importa, com efeito, ter presente que outras linhas de fratura, que não a da inserção numa específica coorte demográfica, sempre existiram e continuam a existir. Como tem sido demonstrado, fatores como o nível económico, o sexo ou a origem étnica desempenham também um papel essencial (cf. BRADLEY, 2005, e CRAIG, DIETRICH & GAUTIER, 2005). Fica, pois, aberto espaço para a ponderação do conflito de interesses e valores entre gerações, “aquelas que estão plenamente na vida laboral, aquelas que a largaram ou a estão a largar e as jovens gerações que se preparam [...] para entrar no mundo do trabalho”, não existindo dúvidas de que, no nosso espaço jurídico, “a evolução do direito do trabalho é um terreno de conflito entre gerações”, “um terreno no qual se apresenta de modo dramático um problema constitucional de justiça intergeracional” (D’ANTONA, 2000a, p. 241). Poder-se-á talvez dizer que para além da tradicional tensão entre as duas vertentes constitutivas do Direito do Trabalho – direito da produção, que regula o adequado funcionamento da operação jurídica e económica enquadrada pelo contrato de trabalho, e direito de tutela, numa lógica social e (re)distributiva – emerge nesta segunda vertente uma tensão interna, que se prende com o funcionamento diferenciado dos mecanismos de proteção.

Simplisticamente, tudo isto nos lembra a velha alegoria de *Kronos*, a figura mitológica que, depois de derrubar o seu pai, devorava os seus filhos, temendo a profecia de que um deles o destronaria (recuperada por OST, 2001, pp. 9-10, para abordar as relações do direito e do tempo, “uma história que, para dizer a verdade, começou mal”), ilustrando o entrincheiramento dos trabalhadores protegidos diante dos que procuram o acesso ao trabalho (temendo, como escreve Soulet, o momento em que o trabalhador jovem chega a casa e anuncia “Pai, encontrei um emprego, o teu”).

IV – Na formulação de Tremmel e Wegner, “um mercado de trabalho é intergeracionalmente justo se cada grupo (isto é, nova, média e velha geração) tiver no mínimo as mesmas possibilidades de satisfazer as suas necessidades do que a anterior geração correspondente” (TREMMELE & WEGNER, 2010, p. 5).

Estamos, há que sublinhar, perante uma questão de justiça. Deixando de parte a sempre complexa tarefa de concretizar o sentido do conceito, é importante começar por sublinhar que não se trata de uma questão de eficiência (ou de eficácia, se se entender o termo numa aceção que se se afasta das coordenadas que lhe são próprias no pensamento jurídico)<sup>9</sup>. Nesta medida, não cabe aqui uma racionalidade puramente técnica – ou estrategicamente apresentada como tal – que reduza o Direito do Trabalho a simples instrumento de regulação do mercado de trabalho, conjunto de constrangimentos externos cuja adequação é aferida em função dos critérios inerentes ao funcionamento do próprio mercado (critérios muitas vezes assumidos de forma axiomática e subtraídos a verdadeira argumentação, ocultando – ou remetendo para fora do discurso – uma opção valorativa)<sup>10</sup>. Não estamos, pois, a operar com uma noção de emprego que o encare como mero “*stock* expresso pelo número, desprovido de toda

---

<sup>9</sup> Não se trata da dimensão da validade objetiva da norma, encarada quer a partir da sua legitimidade formal quer da sua consistência com os valores nucleares do sistema em que se insere. Assim como não está em causa um outro nível de significação especificamente jurídica, agora apreciando a norma no plano da sua adequação – racionalmente demonstrável e, por isso mesmo, aberta a discussão de acordo com parâmetros de racionalidade argumentativa – instrumental aos fins visados pelo legislador – “demonstração da validade ou legitimidade do ato de acordo com critérios (proporcionalidade, necessidade) postos pela lei ou dedutíveis a partir do sistema jurídico”. Trata-se, antes, de eficácia no sentido de eficiência, de acordo com critérios de racionalidade essencialmente económicos. Colocando desta forma o problema, PERULLI, 2010, pp. 5-6.

<sup>10</sup> Fazendo esta reflexão sobre as abordagens puramente económicas e as tributárias da *Law and Economics*, PERULLI, 2014, pp. 4-8, e MASTERS, 1992, pp. 6-7. Com efeito, a postergação dos valores subjacentes à tutela do trabalho, em homenagem a um determinado parâmetro de eficiência (e frequentemente desconsiderando as próprias externalidades positivas geradas pelo sistema legal de regulação) implica, logicamente, um juízo valorativo que fundamente a proeminência desse parâmetro. Para este tipo de abordagens, aliás de cunho eminentemente prescritivo, cf., v.g., MACLEOD, 2011, pp. 1591 *et seq.*, e, entre nós, CENTENO, 2013, pp. 20-49 e 65-100, e CENTENO & NOVO, 2012, pp. 9-25. Dito isto, é decerto incontornável e mesmo indispensável, no plano analítico, a compreensão do sentido e da dinâmica económicos da relação laboral e do impacto que, deste ponto de vista, decorre do sistema legal de regulação (o mesmo valendo para outras perspetivas, como a sociológica).

a dimensão individual, um bem sem qualidade” (PERULLI, 2010, p. 5). Parafrazeando Supiot, o quadrante problemático em que nos situamos não é do governo das coisas mas sim o do governo das pessoas.

A corrosão dos pilares em que assentou a construção do ordenamento laboral e a sua crescente dificuldade em dar resposta adequada às novas circunstâncias da economia e da sociedade não se reduzem a uma crise de funcionamento ou de identidade, pondo em causa, mais radicalmente, a sua legitimação, por força da dissolução do compromisso que está na sua base. Abre-se, por isso, espaço para uma crítica aos parâmetros de juridificação das relações de trabalho e à sua hodierna aptidão para proporcionar respostas pertinentes. E é aqui que deparamos com as interrogações levantadas a partir da perspectiva da justiça intergeracional. Contudo, o problema deve ser colocado na dimensão própria (valorativa) do jurídico, reconhecendo e reafirmando a “autonomia do sistema jurídico na sociedade” (D’ANTONA, 2000b, p. 71).

Está, pois, em causa um problema de justiça. Mais concretamente, de justiça distributiva: trata-se de encontrar, ou proporcionar, “o modo adequado de corresponder às necessidades e interesses conflitantes de pessoas distintas” (NAGEL, 1997, p. 108), agrupadas a partir de certa posição social relevante (RAWLS, 1993, pp. 91-5; sobre este procedimento de agregação, cf. NAGEL, 1997, p. 111). Estes conjuntos de pessoas são apresentados, na formulação acima reproduzida, como respeitantes a gerações sucessivas. Encontramos aqui um primeiro conjunto de problemas.

Se as pretensões em conflito são as de gerações sucessivas (no sentido de contemporâneas), situamo-nos num específico segmento dos problemas normalmente associados à justiça intergeracional (nos termos em que o problema vem sendo modernamente discutido, na sequência da abordagem de RAWLS, 1993, 227-33), não tendo de defrontar aporias que surgem a propósito de outros segmentos (a impossibilidade de estabelecer relações de reciprocidade entre gerações muito afastadas no tempo, o problema da não identidade, as questões da relevância, ou não, do desconto temporal, etc.). Este específico conflito não opõe os atuais elementos da sociedade (em sentido lato, a geração presente) aos futuros (gerações futuras). As posições contrastantes são assumidas pelas coortes demográficas sucessivas que integram, em conjunto, o universo dos atuais membros da comunidade. Por isso mesmo, e como se disse, não se colocam os problemas que nascem da não contemporaneidade

dos sujeitos em causa. No âmbito em que nos situamos, a perspetiva é essencialmente sincrónica, não diacrónica<sup>11</sup>.

Mas deparamo-nos, porém, com as habituais dificuldades no recorte da noção relevante de geração. Não cabendo entrar nesta discussão (sobre os conceitos de coorte demográfica e geração e seus problemas, pode ver-se o resumo feito em DANIELS, 1990, pp. 58-60), poderemos assumir que o conceito de geração deve ser encontrado a partir do ponto de vista em que é enunciado o conflito, recortando-se a partir daí a posição social relevante. A distinção entre nova, média e velha geração deve ser feita, justamente, a partir daquilo que é relevante para colocar o problema de justiça de que tratamos – como escreve Rawls, “qualquer que seja o processo [de identificação dos grupos em causa], não é possível evitar que, de algum modo, ele seja *ad hoc*” (RAWLS, 1993, p. 94). Neste sentido, e antecipando um pouco o que se dirá adiante, os grupos são definidos a partir da sua posição, em termos relevantes para o juízo valorativo do ponto de vista da justiça distributiva, quanto ao acesso a certos bens primários (aqueles cuja tutela fundamental é assegurada pelo ordenamento juslaboral). É, assim, possível diferenciar aqueles que, por força da coorte demográfica em que se inserem, têm dificuldade em aceder a uma situação que lhes permita usufruir desses bens (geração jovem), aqueles que já estão em condições de fruir esses bens (geração média), estando porém sujeitos a determinado tipo de riscos ou dificuldades (próprios da chamada *rush hour of life*, num período em que se joga o essencial da vida profissional) (GAULLIER, 1999, p. 175, que refere, também, as dificuldades no seccionamento das gerações, 1999, pp. 172-7), e aqueles que se veem perante a contingência de ser afetados ou mesmo excluídos da fruição desses bens (geração mais velha). Densificando os termos do problema da justiça intergeracional no mercado de trabalho, Tremmel e Wegner referem, assim, que “enquanto os trabalhadores jovens estão hoje em situação pior comparados com os trabalhadores jovens de há 30 anos, considerando o enquadramento legal do mercado de trabalho, as formas de emprego e o seu rendimento, os trabalhadores mais velhos deparam-se com dificuldades crescentes em encontrar novo emprego

---

<sup>11</sup> THOMPSON, 2013, pp. 87 e 101-3. A autora distingue estas duas perspetivas, pondo em evidência que a discussão a partir de RAWLS se centra na perspetiva diacrónica, mas sublinhando, porém, que este corte não pode ser absoluto, pois as escolhas feitas hoje perante as atuais gerações necessariamente se projetam nas futuras.

quando perdem o seu antigo emprego após os 55 anos” (TREMMELE & WEGNER, 2010, p. 5).

Os termos em que a formulação de que partimos é proposta sugerem também uma lógica processional. Encarando as sociedades na dimensão temporal, podemos vê-las como uma procissão de dimensão indefinida, em que constantemente entram e saem elementos, os quais, pelo lugar em que se inserem, estabelecem relações com os demais, designadamente com os que deles estão mais perto, relações essas que são relevantes no desenho das instituições que regem essas sociedades (THOMPSON, 2013, p. 102, a partir da noção de justiça processional proposta por LASLETT & FISHKIN). Estaremos, então, a tratar de sucessivas coortes demográficas, que naturalmente assumirão cada uma das posições sociais relevantes.

Pode, no entanto, o problema ser posto de modo bastante diferente, fazendo corresponder as posições sociais relevantes a coortes demográficas precisas e especificamente determinadas em termos cronológicos. Conforme se evidenciou no caminho já percorrido (II e III), a assimetria de posicionamento dos diferentes grupos surge perante um ordenamento laboral que resultou de um concreto processo histórico. O moderno Direito do Trabalho e o compromisso social que corporiza foram permitidos pela dinâmica de evolução tecnológica e de crescimento económico dos “trinta gloriosos anos”, viabilizando soluções normativas de que beneficiaram gerações concretas e de que hoje usufruem em maior grau as gerações mais velhas. Soluções normativas que têm associado um conjunto de tutelas que implicam especial onerosidade do emprego e influem na sua escassez, por essa via surgindo a marginalização da geração mais jovem. A ser assim, o problema não deve ser colocado em termos abstratos, já que se centra numa injusta diferenciação de tratamento de concretos grupos etários (também a propósito da discussão em torno da segurança social se coloca esta questão, optando alguns autores por focar o problema a partir da relação entre a “geração do *welfare state*” e as posteriores – cf. THOMPSON, 1990, pp. 32-54). A fratura entre gerações passará, pois, pela emergência da crise, refletindo o abaixamento de tutelas e/ou o momento a partir do qual surgem as patologias do sistema.

Porém, colocar o problema nestes termos envolve necessariamente a redução do atual ordenamento juslaboral – ou da sua traça tradicional – a um acidente histórico de algum modo irrepetível, a um arranjo social historicamente datado e hoje obsoleto, que beneficia circunstancialmente e de forma não equitativa um preciso grupo etário. Se bem vemos, esta percepção está subjacente no modo pelo qual Tremmel e Wegner enun-

ciam a questão e que os leva a considerar que “basicamente, do que precisamos é de um novo contrato intergeracional entre jovens e velhos trabalhadores nas empresas” (TREMME & WEGNER, 2010, p. 6). Logo, porém, reconhecem que “isto não está, de momento, a ser discutido e a nova geração não está a formular esta pretensão na negociação coletiva ou no âmbito de procedimentos legislativos” (TREMME & WEGNER, 2010, p. 6). Isso acontece, cremos, por boas razões.

Com efeito, o compromisso social inscrito nas constituições e que está na base do sistema de legislação laboral tem um sentido intemporal, que se autonomiza do concreto contexto social e económico que lhe deu origem. Constitui um projeto, que carece, em cada momento, da adequada mediação dos parceiros (não apenas do Estado legislador mas também dos que asseguram a negociação coletiva e a representação dos trabalhadores) para a sua adequada concretização. Por isso mesmo, faz sentido que as reivindicações dos trabalhadores mais jovens se dirijam não ao questionamento do contrato social básico, mas antes à correta atualização do seu sentido e concretização, considerados os dados de contexto. Diremos então, de modo que consideramos apenas aparentemente paradoxal, que muito embora estejamos perante a dimensão temporal da comunidade política e social e das relações temporais entre os seus membros, o problema deve ser colocado de forma intemporal, do ponto de vista da procissão de gerações mas ultrapassando as relações entre concretas coortes demográficas.

Estando aqui em causa uma questão de justiça distributiva, impõe-se um juízo comparativo que incide sobre as diversas posições sociais relevantes (ainda que numa lógica meramente ordinal) (RAWLS, 1993, p. 89). O modo de realização desta comparação dá, também, espaço a dúvidas relevantes. De entre eles avulta a parametrização temporal do juízo.

Desde logo, a comparação pode ser feita diretamente, comparando, num momento cronológico  $t$ , as posições das diferentes coortes demográficas – geração jovem, geração média e geração mais velha –, ou indiretamente, comparando a situação das diferentes coortes demográficas num determinado momento do seu percurso histórico – *v.g.*, a situação da atual geração jovem com a vivida pela presente geração mais velha no momento em que era jovem (assinalando a essencialidade da distinção entre comparação direta e indireta e registando a relevância de ambas, TREMME & WEGNER, 2010, pp. 10-12).

Num outro ângulo, a própria realização da comparação requer a determinação do momento a que se reporta. Tanto poderemos considerar

um determinado momento inicial (*starting-gate*), como se pode entender que a comparação deve ser feita a cada momento (LAMONT & FAVOR, 2016, p. 5).

De outra parte ainda, é necessário determinar a unidade de tempo que é considerada: o percurso existencial de cada qual, globalmente considerado (como sugerem RAWLS, 1993, e NAGEL, 1997, pp. 110, 121, e 124-5) ou, em alternativa<sup>12</sup>, um determinado segmento de vida.

Qualquer destas opções envolve problemas específicos. Eleger um específico momento cronológico pode implicar a desconsideração do percurso que levou até esse momento, bem como o tipo de perspectivas futuras de cada grupo, enquanto a comparação indireta não permite ponderar o significado das profundas mutações no contexto e nos interesses (pense-se na substancial reconfiguração do trabalho e das organizações nas últimas décadas, bem como nas modificações do próprio sistema assistencial e as inflexões no tipo de interesses relevantes). O mesmo se diga quanto à escolha de um *starting-gate*: no domínio em discussão, *ceteris non paribus*, pouco existindo em comum entre as posições de início de percurso profissional no mercado de trabalho de há trinta anos para cá. Por sua vez, a realização da comparação em cada momento pode levar a obnubilar as específicas vantagens que possam decorrer da plena integração no mercado (v.g., a profissionalidade adquirida) ou condições exógenas que confirmam uma situação de benefício (as vantagens da melhoria do sistema de educação e formação ou o próprio aumento da escolaridade mínima obrigatória). Finalmente, a consideração do percurso existencial em bloco (ainda que, neste caso, eventualmente adaptado de forma a centrar a unidade de tempo na vida laboral) tem como passivo a eventual desconsideração de circunstanciais posições de manifesta desvantagem num âmbito que põe em causa aspetos fundamentais da existência e da cidadania (e, por isso mesmo, não toleráveis), muito embora a comparação com base em segmentos de vida possa legitimar intervenções que distorcem o balanço total reportado às condições de tutela da vida profissional considerada como todo.

Não cabendo aqui uma discussão exaustiva deste ponto (ainda assim, central), ficam apenas algumas notas.

---

<sup>12</sup> Ou concomitantemente, operando com um juízo que se deve conjugar, com o que resulta da existência considerada como todo, em certas circunstâncias podendo sobrepor-se a ele (é a tese sustentada por McKERLIE, 2013, pp. 74, 96-101, e 197-201 e *passim*).

Não vemos relevância (do ponto de vista em que nos situamos) numa comparação indireta que confronte a posição de uma certa coorte etária presente (v.g., a geração jovem) com a situação passada de outra coorte no mesmo momento do seu percurso (a atual geração mais velha, no momento em que lhe cabia a qualificação de geração jovem) quando tenha ocorrido mudança relevante do contexto normativo.

De outra parte, estes parâmetros temporais não constituem uma variável totalmente independente. É incontornável a necessidade de ponderar a modificação das condições subjacentes e o significado que assumem em cada momento. Para além disso, a segmentação etária é apenas um dos vetores relevantes, devendo ter-se presente que os interesses fundamentais prosseguidos pelo ordenamento laboral não se reduzem aos dos participantes no mercado de trabalho: a consideração de interesses de toda a comunidade social é também incontornável.

Mais ainda, como em todos os processos de comparação, a forma de comparar depende essencialmente da própria razão de ser da comparação e da precisa consequência que está em causa. Tal como ficou sugerido para a delimitação das posições fundamentais, também aqui é fundamental atender aos bens relativamente aos quais se estabelecem essas posições, bem como ao comparador. Se estiver em causa a realização pessoal, como bem a que se tem acesso através do emprego, fará sentido uma perspectiva que atenda a todo o percurso existencial. Noutros casos, como seja a autonomia económica, será importante levar em consideração dados como a existência de prestações sociais, que podem dar relevância a uma análise assente nos segmentos de vida. Noutros casos ainda, tratando-se de bens como a dignidade das condições de trabalho existem limites mínimos, abaixo dos quais não é consentida gradação ou comparação.

A questão é, já o dissemos, de justiça distributiva. Mas quais são os bens de cuja distribuição se trata?

Afigura-se irrealista e redutor entender que se trata da distribuição de um *stock* de empregos. A quantidade de empregos não é fixa e depende (não exclusivamente, como é natural) dos próprios termos da institucionalização do mercado de trabalho, que especifica os modos admissíveis de prestação de trabalho. Esta institucionalização não pode, também, deixar de depender da evolução dos esquemas de produção e de organização e, bem assim, das mutações dos padrões de preferência que se vão estabelecendo na sociedade. Há, ainda, que levar em consideração as alterações nos interesses (ou na respetiva hierarquização) associados ao acesso ao mercado de trabalho – registando-se, neste âmbito, a ten-

dência, ainda que não igualmente distribuída entre as diversas coortes para conferir caráter prioritário a interesses pós-materiais (D'ANTONA, 2000a, pp. 234-8 e, desenvolvidamente quanto ao tempo de trabalho, RICCI, 2005, pp. 13-26 e 65-6), como sejam os associados ao aproveitamento do tempo, em particular na chamada *rush-hour of life*, mas também nos momentos que antecedem a saída da vida ativa. Mostra-se, assim, incontornável um maior esforço de abstração, compatível com um esforço posterior de diferenciação.

Diríamos, então, que se trata aqui da satisfação dos interesses cuja satisfação depende do acesso a uma ocupação remunerada e dignificante, dotada do nível de estabilidade que consinta a elaboração de um projeto de vida autónomo e satisfatório. A concretização de cada um destes interesses pode, no entanto, envolver diferenciação, já que o modo de perceber e hierarquizar varia em função da posição em cada momento ocupada na procissão de gerações. Em particular, a satisfação destes interesses não tem, necessariamente, que passar por uma determinada forma de estruturação jurídica da ocupação. Neste sentido, o “emprego” não deve ser restringido à noção de trabalho subordinado.

Este tipo de interesses é, diga-se, compatível com formas de tutela que se afastam dos parâmetros tradicionais do Direito do Trabalho (conforme tem sido notado a propósito das propostas que pretendem reformular a lógica de intervenção no mercado de trabalho a partir da ideia de Amartya Sen – cf. GOLDIN, 2011, pp. 79-80, e FUDGE, 2011, pp. 126-9). Em todo o caso, são estes os interesses fundamentais que justificaram a construção do ordenamento laboral: a operacionalização das formas de encontro entre capital e trabalho, em termos simultaneamente compatíveis com a racionalidade e eficiência económica das transações e com a indissociabilidade do trabalho relativamente à pessoa que trabalha, de modo a assegurar uma existência condigna e a possibilidade de participação integral na comunidade.

A lógica, que ficou sumariamente descrita, da institucionalização do mercado de trabalho através do Direito do Trabalho, e o compromisso social que lhe está subjacente, fornecem-nos o elemento que falta, o comparador. O Direito do Trabalho visa, com efeito, proceder a uma adequada<sup>13</sup> distribuição de tutelas associadas à garantia dos referidos

---

<sup>13</sup> Como é bom de ver, a aferição do exato sentido que se deve dar a esta adequação, na resolução de um problema que é de justiça distributiva, leva-nos à consubstanciação dos critérios dessa justiça. Como se vê no texto, abdicamos nesta análise de optar por

bens primários, centrando-se essencialmente na operação económica consubstanciada no contrato de trabalho. Esta adequação é determinada pelo quadro de valores matriciais que está na sua base (no nosso caso, fundamentalmente no texto constitucional).

O que atrás se deixou referido quanto ao “novo começo” do constitucionalismo do século XX de algum modo representou o reavivar da “nota marcante dos alvares do constitucionalismo e das primeiras consagrações formais dos direitos do homem”, visando-se, também aqui, “uma grande determinação em legar às gerações vindouras um conjunto de instituições políticas e jurídicas de que as gerações passadas e a geração então presente não tinham beneficiado” (PEREIRA DA SILVA, 2010, p. 490). Esse propósito, presente no vigente quadro constitucional, “compreende uma verdadeira dimensão intergeracional” (PEREIRA DA SILVA, 2010, p. 490). O conjunto de posições jurídicas que lhe está associado é construído a partir de um nível básico de proteção aplicável a todos, presentes e vindouros, e que não é compatível com reconfigurações redutoras que vão para além do que é imposto no âmbito das “relações jusfundamentais sincrónicas” – os direitos não têm carácter absoluto, no sentido de que carecem de ponderação com os direitos dos demais (PEREIRA DA SILVA, 2010, p. 498), ponderação que deve também ter lugar no âmbito das relações entre gerações simultâneas.

A esta luz, a instauração desses direitos representa um corte com o passado, pelo que não fará sentido uma lógica comparativa que convoque momentos anteriores à sua consagração. Marca, também, os próprios limites da redistribuição, já que não será aceitável uma redistribuição que afete esses padrões mínimos (pelo menos no que contenham de mínimo irredutível e que não possa ser sacrificado mesmo em situações de conflito entre posições jusfundamentais).

O sentido do compromisso fundamental em que assenta – no nosso espaço jurídico, logo no plano constitucional – o ordenamento laboral consiste na garantia de uma verdadeira cidadania social, assegurando, através do acesso ao trabalho, uma participação integral dos sujeitos na vida comunitária (cf., *v.g.*, GHERA, 2006, pp. 164-5) e uma existência condigna, tendo em atenção a posição tipicamente desfavorável do trabalhador no mercado de trabalho e nas organizações produtivas. Este é, então, o parâmetro fundamental a partir do qual deve ser avaliado não

---

um concreto critério normativo de justiça, fixando-nos no padrão legal ínsito no sistema vigente.

só o posicionamento relativo dos membros da sociedade – a partir das diversas posições sociais relevantes, como seja a que resulta de determinada inserção geracional –, como a adequação do edifício normativo de institucionalização do mercado de trabalho perante os diversos contextos sociais e económicos. Devendo, ao mesmo tempo, ter-se presente a mutação do próprio sentido do trabalho, a sua natural e incontornável fragmentação em trabalhos, bem como a própria evolução dos interesses relacionados com o trabalho e, também, a segmentação do universo de trabalhadores (avultando uma cada vez mais crescente gradação entre “trabalhadores fortes” e “trabalhadores débeis”). Mais ainda, o projeto valorativo e os respetivos pressupostos devem ser adequados às próprias metamorfoses do modelo de emprego, não podendo entender-se como exclusivos do trabalho juridicamente subordinado – também no trabalho autónomo se podem colocar os problemas de proteção do trabalhador e de necessidade de parametrização do poder do destinatário da prestação, nos moldes que levaram à emergência do Direito do Trabalho (para uma cabal demonstração, cf. ICHINO, 2004, pp. 111-3).

Nos termos que se deixaram assinalados, as substanciais mudanças verificadas após a institucionalização deste compromisso – sobretudo a dimensão estrutural do desemprego e o impacto das novas formas de trabalho e de organização, com os desequilíbrios que lhes estão associados – dificultam a sua realização, designadamente no que concerne ao tratamento equitativo das diferentes gerações. Os problemas, contudo, não se circunscrevem a uma simplística oposição entre trabalhadores jovens e mais velhos.

Na verdade, a formulação de Tremmel e Wegner, ao centrar a comparação na posição relativa de cada geração com a anterior geração correspondente, parece redutora. Esta formulação leva, aliás, os autores a considerar que “as desvantagens da nova geração (a chamada ‘geração precária’) no mercado de trabalho são sistémicas e, por isso, não comparáveis com os riscos em que os mais velhos incorrem em não conseguir (re)emprego por força da sua menor produtividade, da legislação protetora ou do apelo dos esquemas de reforma antecipada” (TREMME & WEGNER, 2010, p. 5). Esta hierarquização das questões não é, aliás, fundamentada, a não ser pela vaga referência ao caráter sistémico da primeira relativamente à segunda e é, certamente, discutível, não apenas pelos dados demográficos e do desemprego (que mostram como o desemprego de longa duração afeta assimetricamente tanto os jovens trabalhadores como os mais velhos), mas também pela desconsideração

de segmentos importantes dos interesses subjacentes à tutela fundamental do trabalho. A mudança de emprego numa idade mais tardia facilmente se pode traduzir numa radical diminuição do rendimento, impedindo o trabalhador de dar resposta às responsabilidades que assumiu. De outra parte, a mutação do tipo paradigmático de trabalhador – que se pretende crescentemente qualificado e flexível, implicando novos paradigmas de profissionalidade (vejam-se CARABELLI, 2006, pp. 380-7 e, numa abordagem sociológica, ACCORNERO, 1994, pp. 289-92, & 2000, pp. 108-19) – pode levar à exclusão dos trabalhadores mais velhos, invertendo a lógica que tende a identificar, por relação ao mercado de trabalho, os mais novos como *outsiders* e os mais velhos como *insiders* (é, justamente, esta abordagem mais abrangente que tem prevalecido a nível internacional e comunitário – cf. BARABASCHI, 2015, pp. 4-5).

Tentando reunir todos estes elementos, diremos então que a questão central colocada pela justiça intergeracional ao pensamento juslaboral envolve uma avaliação dos mecanismos jurídicos de institucionalização do mercado de trabalho, no sentido de apurar se os dispositivos de tutela relacionados com o acesso aos bens primários associados ao emprego asseguram, em cada contexto económico e social, de modo congruente com a matriz valorativa fundamental do sistema (*maxime* o quadro constitucional), a adequada proteção dos sujeitos, sem distorções decorrentes da posição que ocupam na procissão intergeracional.

V – Deste ponto de vista, a justiça intergeracional fundamenta, desde logo, uma perspectiva crítica autónoma da arquitetura do ordenamento juslaboral e um padrão de avaliação de políticas legislativas com incidência no mercado de trabalho. Constitui, também, um parâmetro a introduzir no modelo de decisão de casos concretos.

Referimos atrás que os abalos nos pilares identitários do Direito do Trabalho produziram um crescente desajustamento entre o quadro normativo e os seus valores matriciais, desajustamento que, como se notou, é também patente a partir da consideração da posição relativa das diversas gerações. Logo, também a partir das considerações de justiça intergeracional se impõe uma recalibração dos mecanismos do Direito do Trabalho em ordem a garantir a realização dos seus valores fundamentais, expressos na matriz fundamental do sistema, tal como, no nosso espaço jurídico, resulta da Constituição. No caso português, a necessidade de especial consideração das circunstâncias associadas à idade consta, inclusivamente, de previsões constitucionais expressas. A alínea *b*) do

n.º 1 do artigo 70.º confere aos jovens direito a proteção especial no acesso ao primeiro emprego, no trabalho e na segurança social, enquanto o artigo 73.º garante às pessoas idosas direito à segurança económica e prescreve políticas que garantam aos idosos oportunidades de realização pessoal, através de uma participação ativa na vida da comunidade. Mais genericamente, no âmbito da proteção do direito ao trabalho, a alínea *b*) do n.º 2 do artigo 58.º comete ao Estado a prossecução de políticas de trabalho que promovam a igualdade de oportunidades. Em todos estes casos, não estamos perante normas de aplicação direta, sendo indispensável a mediação da ação do Estado, que dá espaço a opções de política. Mas delas resultam parâmetros de avaliação dessas políticas e, bem assim, a necessidade de conjugar a aproximação igualitária com a adoção de medidas de discriminação positiva – cf., por todos, MIRANDA & MEDEIROS (2010), pp. 1140-1, 1390 e 1404-5.

Como escreve Ichino, quando, por força das concretas soluções legais aplicáveis “uma parte relevante dos desocupados ou irregulares esteja de facto condenada a continuar em permanência em tal condição, sendo composta por sujeitos cuja esperança de aceder em tempo razoável ao trabalho tutelado acaba por ser, em concreto, nula ou exígua” (ICHINO, 2004, p. 115), essas soluções devem ter-se por desconformes com o quadro constitucional. Na verdade, a hoje incontornável<sup>14</sup> e crescente fragmentação dos interesses dos trabalhadores trouxe à luz o que para alguns constitui uma função autónoma do Direito do Trabalho, a de assegurar a correta distribuição de rendimento, poder, oportunidades e recursos também entre os próprios trabalhadores (assim, MUNDLAK, 2011, pp. 315-28). Será, porventura, mais correto considerar que esta função está já compreendida na “racionalidade material” (em sentido weberiano) que caracteriza o Direito do Trabalho, dirigido à prossecução de uma igualdade material, não só entre as partes contratuais, mas também entre grupos e trabalhadores (cf. D’ANTONA, 2000c, pp. 163-71). Com efeito, “a sempre crescente heterogeneidade de interesses torna necessário admitir que a ideia de que a clivagem trabalho-capital é a mais importante instituição que anima o desenvolvimento das instituições relativas ao mercado de trabalho não pode mais merecer adesão”, pelo que, “em

---

<sup>14</sup> Não se trata, em bom rigor, de questão nova. Simplesmente, a suposta unidade antropológica da figura do trabalhador, se desde há muito colocava problemas de adequação à realidade social – ainda que, em certas perspetivas, fosse útil nos planos ideológico e sindical, quando não na formulação de políticas de trabalho – tornou-se agora insustentável.

vez de ocultar outras clivagens, é importante admiti-las e tornar a lei do trabalho responsável pelo impacto distributivo que envolve” (MUNDLAK, 2011, p. 328).

O esquema de tutelas deve, portanto, ser reequacionado nesta perspectiva, avaliando o seu funcionamento nos termos atuais e, reconhecendo-se o seu efetivo afastamento da adequada prossecução dos valores constitucionais que lhe estão subjacentes, procurando modelos adequados a estes heterogêneos interesses.

Este tipo de abordagem muitas vezes é dirigido ao mero abaixamento generalizado das tutelas, sendo, nessa medida, criticado como mero argumentário que visa fornecer lastro teórico a projetos de destruição dos aspetos fundamentais do ordenamento laboral e à reaproximação da relação do trabalho das meras transações comerciais (assinalando e desmontando estas críticas, MUNDLAK, 2011, pp. 322-3; em sentido paralelo, DONATI, 2002, p. 155, refere que o aproveitamento do tema da justiça intergeracional por diversos quadrantes leva a que certos problemas (os da pobreza ou do ambiente) sejam associados à “esquerda”, enquanto outros (tipicamente, os associados às tutelas proporcionadas pelo estado social) sejam qualificados como de “direita”). Contudo, trata-se de questão bem diferente.

Como é bom de ver, será certamente contraditório que, em nome da adequada concretização da matriz constitucional se destruam os valores básicos que estão em causa ou se prejudique a efetiva realização do projeto constitucional<sup>15</sup>, retirando consistência real a dimensões nucleares da tutela do trabalho. Assim como parece muito discutível que, precisamente a partir da afirmação de preocupações de justiça intergeracional, se avance para soluções de *layering* (instituição de um novo quadro normativo aplicável apenas às novas relações de trabalho, conservando as regras anteriores para os contratos existentes) (esta foi a via adotada recentemente em Itália, com as Reformas Fornero e Renzi – cf. para uma síntese, CARINCI, 2015, pp. 7-9 e, mais desenvolvidamente, SANTONI, 2015, pp. 113-36). Fazê-lo implica dar força de lei à criticada segmentação que resulta do que se assume ser o indevido funcionamento dos mecanismos legais.

---

<sup>15</sup> A legitimação deste tipo de solução poderá assentar numa visão particular do princípio da igualdade, que valorize mais a eliminação das (efetivas) diferenças de tratamento do que o nível geral de bem-estar. No fundo, somos aqui confrontados com um tema clássico da justiça distributiva, que tem clara projeção no tema da justiça intergeracional – cf. McKERLIE, 2013, pp. 71-4 e 78, e Arrhenius, 2011, p. 329.

O caminho deverá, pelo contrário, fazer-se pela diversificação das tutelas, conjugando as soluções legais com os interesses dos diferentes estratos etários e recalibrando os dispositivos de proteção, não apenas nos termos e âmbito da proteção da estabilidade, mas também ajustando os regimes de flexibilidade na realização da prestação à evolução dos interesses das diversas camadas etárias. E articulando também a tradicional proteção no quadro do contrato com esquemas de tutela que atendam à posição do trabalhador no mercado de trabalho, quer no que concerne aos apoios à formação e à procura de ocupação, quer, num outro plano, na correta imputação aos empregadores dos custos sociais das suas estratégias gestionárias (designadamente, tornando-os responsáveis pelos custos de proteção social inerentes a modelos que assentam numa excessiva rotação de pessoal ou no desproporcionado recurso a esquemas de contratação precários). Boa parte das tentativas de resposta a estes problemas tem, aliás, passado pelo incentivo a esquemas de contratação que permitam simultaneamente o acesso ao emprego e o afastamento progressivo do trabalho, designadamente pela partilha de postos de trabalho, ajustada com mecanismos de apoio social (veja-se BARABASCHI, 2015, pp. 5-8).

Da mesma forma, também as próprias normas que instituem e suportam a representação coletiva apenas estarão conformes a essa mesma matriz fundamental se proporcionarem uma intervenção destinada a “uma elevação geral das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores” e não “em função da autodefesa de um grupo circunscrito contra a concorrência privada” (ICHINO, 2004, p. 116; mais desenvolvidamente sobre as clivagens inerentes às estratégias sindicais, MUNDLAK, 2011, pp. 321-2 e 325-7). Não podendo a lei laboral impor às estruturas de representação coletiva uma específica linha de atuação, cabe-lhe, no entanto, avaliar e regular os resultados dessa ação, garantindo a sua adequação ao quadro valorativo fundamental – recorde-se, *v.g.*, que o Código do Trabalho contempla já um sistema de controlo das convenções coletivas no sentido de garantir a inexistência de discriminações em função da idade (n.ºs 3 e 4 do artigo 25.º). Deverá, ainda, estimular a assunção de responsabilidades dessas estruturas no âmbito da articulação dos interesses diferenciados das sucessivas gerações de trabalhadores. A preponderância que a representação coletiva dos trabalhadores assume na matriz constitucional do sistema requer adaptação às novas circunstâncias, traduzida na adaptação da legislação de suporte à ação coletiva.

Mais radicalmente, a perspetiva intergeracional põe em evidência a crescente obsolescência de um esquema de tutelas rigidamente enraizado

no contrato de trabalho comum ou, mesmo, no trabalho subordinado. No caso português, é usual considerar-se, por exemplo, a contraposição das posições jusfundamentais ligadas à segurança no emprego e à posição jurídica do trabalhador no contrato de trabalho, tuteladas com o regime dos direitos, liberdades e garantias, com o direito ao trabalho, o qual “embora se funde ainda na dignidade da pessoa humana e se destine ‘a prover às necessidades de uma vida digna’ (cf. Acórdão n.º 635/99 do Tribunal Constitucional), constitui tipicamente, por contraposição aos direitos, liberdades e garantias, um direito económico, social e cultural”, pelo que “o seu destinatário primeiro é o Estado [...] e a sua plena efetividade pressupõe a prévia criação das condições normativas e fácticas de que depende o pleno cumprimento do programa constitucional” (MIRANDA & MEDEIROS, 2010, pp. 1139-40). Sublinha-se, ao mesmo tempo, que “a segurança no emprego [...] respeita aos trabalhadores subordinados e pressupõe ‘a existência de uma situação jurídica laboral’, ‘visando assegurar a sua subsistência e o seu normal desenvolvimento’”, ao passo que “em contrapartida [...] o direito ao trabalho refere-se genericamente aos cidadãos”, abrangendo “o exercício de qualquer profissão ou género de trabalho, anda que se trate de trabalho dependente” (MIRANDA & MEDEIROS, 2010, pp. 1139, reportando-se também aqui à jurisprudência do Tribunal Constitucional). A dicotomia condiciona, pois, a tutela efetiva e reforçada dos direitos inerentes ao trabalho à titularidade de uma relação de trabalho, dela privando aqueles que não acedem a um posto de trabalho ou cuja atividade não se desenvolve nos moldes do trabalho subordinado. Esta visão é, no fundo, ainda tributária da velha conceção do Direito do Trabalho como ordenamento aplicável aos trabalhadores subordinados, enquanto parte de um contrato de trabalho. Carece, todavia, de atualização, que a faça corresponder à substituição do trabalho pelos trabalhos, mais a mais quando assimetricamente distribuídos em função da idade. A plena realização do compromisso social corporizado no projeto constitucional requer uma leitura consentânea com um recentramento do próprio Direito do Trabalho, quer através do alargamento da sua malha protetora, quer pela reconfiguração do próprio conceito de subordinação (vejam-se, *v.g.*, nesta linha, entre muitos outros, SIMITIS, 1997, 632-4, GHERA, 2006, pp. 158-66, e FREELAND & KOUNTOURIS, 2011, pp. 11-43).

Verificamos, portanto, que a justiça intergeracional proporciona, em simultâneo, um parâmetro de avaliação do vigente ordenamento laboral e um critério de ação. Que impõe, igualmente, a reponderação de institutos específicos do ordenamento laboral (desde logo, e como se assinalou,

nos que se prendem com a medida e o tipo de tutela da estabilidade do vínculo, mas também, entre outros, os atinentes à configuração dos regimes de flexibilidade – acentuando a dimensão atinente aos interesses, distintos, dos vários universos de trabalhadores – ou, mesmo, à vigência das convenções coletivas – uma vez que a possibilidade de renovação dos conteúdos convencionais pode ser decisiva nesta matéria).

Cabe-lhe, ainda um outro papel, o de tópico relevante na construção de modelos de decisão de casos concretos. Vejamos, muito brevemente, três exemplos.

No Acórdão n.º 474/2013, o Tribunal Constitucional pronunciou-se pela inconstitucionalidade de uma norma que alargava o regime então vigente de cessação do contrato de trabalho por razões objetivas dos trabalhadores da Administração Pública aos trabalhadores que, até então, beneficiavam da proteção que lhes era conferida pelo n.º 4 do artigo 88.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro. Este último preceito, com natureza de regime transitório, colocava os trabalhadores nomeados definitivamente até à data de entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008 e cujo vínculo passasse a seguir as regras do contrato de trabalho em funções públicas ao abrigo dos regimes de cessação do contrato de trabalho por razões objetivas aplicáveis aos demais trabalhadores com vínculo de idêntica natureza. Esta norma de salvaguarda suscitou acesa discussão, centrada no princípio da igualdade.

Mesmo reconhecendo que os trabalhadores da Administração Pública não beneficiam, por força da Constituição, de proteção acrescida em matéria de estabilidade do vínculo para além da concedida à generalidade dos trabalhadores (designadamente, dos sujeitos ao Código do Trabalho), o Tribunal considerou que a supressão dessa garantia constituiria violação do princípio da tutela da confiança e que “não se encontra fundamento que permita considerar a presença de razões de interesse público com peso prevalecente sobre a confiança gerada pela expectativa legítima reforçada de defesa relativamente ao afastamento do despedimento sem justa causa subjetiva, nos mesmos termos de outros trabalhadores com que partilharam até à entrada em vigor da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro, o regime de nomeação definitiva”. Esta argumentação centrou-se, pois, exclusivamente no princípio da tutela da confiança (sendo relevante notar que esta especial proteção tinha sido conferida apenas cinco anos antes, não existindo até então), sugerindo uma comparação com os trabalhadores cujo vínculo passou, com a Lei de 2008, a assumir a natureza de nomeação. Nada se refere, porém, quanto aos efeitos deste

absoluto bloqueio dos despedimentos com justa causa objetiva, em especial quando conjugados com a persistência de grandes restrições à admissão de novos trabalhadores para a Administração Pública. Aliás, vigorava ao tempo uma versão especialmente draconiana desta política, determinando que no máximo pudesse ser admitido um trabalhador por cada quatro saídas. Estas restrições à admissão na função pública, cujo impacto se projeta assimetricamente nos mais jovens, suscitam por si mesmas fonte de reflexão (em termos práticos, está-se a reduzir drasticamente, quanto aos trabalhadores mais jovens, o direito de acesso à função pública garantido pelo n.º 2 do artigo 47.º da Constituição). A sua conjugação com a salvaguarda *ad hoc* de 2008 é especialmente lesiva da situação dos mais jovens. Teria, por isso, sido importante que a ponderação da justiça intergeracional tivesse sido introduzida no processo argumentativo (enfatizando a unilateralidade da argumentação fundada no princípio da confiança, nos termos em que neste aresto a desenvolveu o Tribunal Constitucional, e assinalando as questões relativas à representatividade sindical, MEDEIROS & PEREIRA DA SILVA, 2015, pp. 424-31).

Num outro aresto, o Acórdão n.º 602/2013, o mesmo Tribunal considerou inconstitucional a eliminação dos critérios legais de seleção dos trabalhadores a despedir em caso de despedimento por extinção do trabalho nos termos em que foi operada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de junho. Este diploma substituiu os critérios que então vigoravam, na tradicional lógica *last in, first out*, passando a exigir que o empregador indicasse “critérios relevantes e não discriminatórios face aos objetivos subjacentes à extinção do posto de trabalho”. O Tribunal Constitucional considerou que a nova solução legal não previa regras capazes de acautelar suficientemente a defesa da posição do trabalhador perante a invocação de fundamentos adequados. Em consequência desta decisão, foi ripristinada a formulação anterior (posteriormente substituída, e em termos que suscitam, do nosso ponto de vista, muito maiores dúvidas do que a previsão reprovada pelo Tribunal Constitucional, entre outras razões pela inconsistência interna também do ponto de vista da justiça intergeracional). De novo, em parte alguma foi equacionado o impacto da regra tradicional na posição relativa dos trabalhadores de diferentes quadros etários. O Tribunal limitou-se (aliás, estranhamente, considerando o regime vigente para o despedimento coletivo) a ponderar a substituição de critérios taxativos e rigidamente hierarquizados a partir de uma das dimensões do princípio da segurança do emprego, sem atender a consi-

derações de outra índole, designadamente à discriminação proporcionada pelas regras anteriores, cuja repriminção determinou.

Deparamos, no fundo, com a omissão da temática da justiça intergeracional. Certamente que a ponderação dos problemas ligados às posições relativas na procissão geracional e o impacto que nelas tem o ordenamento laboral teriam proporcionado um mais adequado modelo de decisão (ainda que, porventura, sem alterar o sentido desta).

Já o Tribunal de Justiça da União Europeia, debruçando-se sobre tratamentos diferenciados em função da idade, evoluiu no sentido da ponderação dos aspetos associados à justiça intergeracional. Partindo dos princípios e normas comunitários (sobretudo a Diretiva 2000/78/CE), a questão é metabolizada através dos temas da igualdade e da não discriminação. Em casos como os abordados em *Mangold* (Processo C-144/04, *Werner Mangold* contra *Rüdiger Helm*) e *Swedex* (Processo C-555/07, *Seda Küçükdeveci* contra *Swedex GmbH&Co, KG*), estas diferenciações foram enquadradas a partir das regras comunitárias que vedam a discriminação em função da idade, sem ponderar, de um ponto de vista “interno”, o posicionamento relativo dos trabalhadores a partir da idade. Já com o Acórdão *Palacios de la Villa* (Processo C-411/05, *Félix Palacios de la Villa* contra *Cortefiel servicios, SA*) o Tribunal manifestou abertura, em sede de apreciação de regimes baseados em distinção etária, para a ponderação dos aspetos ligados ao mercado de trabalho. Mais claramente, no Acórdão *Petersen* (Processo C-341/08, *Domnica Petersen* contra *Berufungsausschuss für den Bezirk Wetzfalen-Lippe*) é feita diretamente menção à legitimidade da ponderação da situação específica dos jovens quanto ao acesso a determinada profissão. Por sua vez, em *Age Concern England* [Processo C-388/07, *The Incorporated Trustees of The National Council on Ageing (Age Concern England)* contra *Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*] o Tribunal de Justiça não apenas admite a pertinência da consideração de políticas de emprego, do mercado de trabalho e da formação profissional como defere aos tribunais nacionais a competência para verificar a adequação e necessidade de medidas legislativas à luz desses objetivos (para uma análise abrangente da jurisprudência europeia nesta matéria, MOREIRA, 2012, pp. 63-124; e MESTRE, 2014, pp. 582-621; bem como BARNARD, 2014, pp. 368-75). Ainda que com as limitações decorrentes de uma abordagem fundada na ideia de não discriminação (e, bem assim, de uma visão discutível do mercado de trabalho, dando por assente a fungibilidade entre jovens e idosos), encontramos, pois, abertura à ponderação de tópicos ligados à

justiça intergeracional e o convite às instâncias jurisdicionais nacionais para a sua realização.

Curiosamente, este mesmo tipo de questões tem sido debatido no contexto nacional, (recorde-se, em todo o caso, que já há várias décadas se aludia aos problemas colocados por um “princípio latente de discriminação” contra os trabalhadores mais velhos – MONTEIRO FERNANDES, 1965, p. 87) sobretudo a propósito do regime de acesso à reforma por velhice e da sua repercussão na vigência do contrato de trabalho (concretamente, no quadro da solução introduzida pelo artigo 5.º do regime jurídico da cessação do contrato de trabalho aprovado pelo Decreto-Lei n.º 64-A789, de 27 de fevereiro, e que, com várias adaptações, consta hoje do artigo 348.º do Código do Trabalho – sobre estes problemas, cf. RAMOS DE FARIA, 2009, pp. 225-36; e FURTADO MARTINS, 2012, pp. 114-20). E também nesta discussão o Tribunal Constitucional recusou relevância ao tópico da justiça intergeracional. Conforme se escreveu no Acórdão 581/95 (cuja argumentação foi acolhida também no Acórdão n.º 747/95), “é sobretudo na perspetiva de uma justificação inerente à função do trabalho e ao equilíbrio do contrato que haverá de indagar-se da razoabilidade da opção do legislador”, “ou seja, a lógica não é aqui a de uma ‘justiça de distribuição’ que tenha em vista uma ‘osmose’ entre a empresa e o mercado de trabalho, mas uma lógica que, em nome da dignidade e da solidariedade, atende às alternativas que se apresentam ao trabalhador e, num certo sentido, à relação comutativa das prestações no contrato” (isto porque, no entender do Tribunal, “aqui, não deve convocar-se uma conceção ‘utilitarista’ dos direitos fundamentais no sentido de encontrar, sem mais, justificação para uma estabilidade condicionada do emprego ‘particular’ dos mais velhos em ordem à satisfação de um ‘bem geral’ a que se ordenem as políticas de pleno emprego”, pois “como direitos individuais, os direitos fundamentais têm limites de redutibilidade, não podem ser dissolvidos nos desideratos das políticas globais do Estado”). Deparamos, pois, com a desconsideração dos aspetos distributivos desde sempre inerentes ao próprio Direito do Trabalho (desconhecendo-se a nova realidade de escassez estrutural do emprego) e com uma inesperada cisão entre a vertente contratual (ligada à ponderação da situação do trabalhador no contrato de trabalho) e a dimensão de ordem pública do ordenamento juslaboral (na qual está presente, ao lado dos interesses das partes, a ponderação dos interesses gerais).

Estes são, apenas, alguns exemplos da relevância da justiça intergeracional como parâmetro de valoração do ordenamento vigente, critério

para a sua reformulação e tópicos a ponderar na construção de modelos de decisão. Fica, naturalmente, a faltar a sua aplicação sistemática aos principais domínios do Direito do Trabalho.

### Bibliografia referenciada

- ACCORNERO, 1994. A. Accornero, *Il mondo della produzione*, Bolonha: Il Mulino
- ADAM, 2005. P. Adam, *L'individualization du Droit du Travail. Essai sur la réhabilitation juridique du salarié-individu*, Paris: L.G.D.J.
- ARRHENIUS, 2011. Arrhenius, "Egalitarianism and Population Change", in *Intergenerational Justice*, reimp., ed. A. Gosseries & L. H. Meyer, Oxford: Oxford University Press
- ARTHURS, 2011. H. Arthurs, "Labour Law After Labour", in *The Idea of Labour Law*, G. Davidov & B. Langille, Oxford: Oxford University Press
- AUERBACH, 2014. Bruce E. Auerbach, *Unto The Thousandth Generation. Conceptualizing Intergenerational Justice*, Nova Iorque: Peter Lang
- BARABASCHI, 2015. B. Barabaschi, "Intergenerational Solidarity in the Workplace: Can It Solve Europe's Labor Market and Social Welfare Crisis?", *Journal of Workplace Rights*, SAGE Open, outubro-dezembro 2015: I-II, disponível em <https://us.sagepub.com/en-us/nam/open-access-at-sage>
- BAYLOS GRAU, 1993. A. Baylos Grau, *Derecho del Trabajo: modelo para armar (Diritto del Lavoro. Un modello per progettare)* (trad.), Turim: Giapichelli Editore
- BARNARD, 2014. C. Barnard, *EU Employment Law*, 4.ª edição, Oxford: Oxford University Press
- BECK, 2015. U. Beck, *A Sociedade de Risco mundial. Em busca da segurança perdida* (trad.), Lisboa: Edições 70
- BRADLEY, 2005. "Winners and losers: young people in the 'new economy'", in *Young People in Europe. Labour markets and citizenship*, ed. H. Bradley & J. Van Hoof, Bristol: The Policy Press
- BRADLEY & HOOF, 2005a. H. Bradley & J. Van Hoof, "Introduction", in *Young People in Europe. Labour markets and citizenship*, ed. H. Bradley & J. Van Hoof, Bristol: The Policy Press
- BRADLEY & HOOF, 2005b. H. Bradley & J. Van Hoof, "Fractured transitions: The changing context of young peoples's labour market situations in Europe", in *Young People in Europe. Labour markets and citizenship*, ed. H. Bradley & J. Van Hoof, Bristol: The Policy Press
- BIAGI, 2003. M. Biagi, *Istituzioni di Diritto del Lavoro*, 2.ª edição, ed. M. Tiraboschi, Milão: Giuffrè Editore
- CARABELLI, 2006. "Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro", in *Percorsi di Diritto del Lavoro*, ed. D. Garofalo & M. Ricci, Bari: Cacucci Editore
- CARABELLI & LECCESE, 2006. U. Carabelli & V. Leccese, "Il sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: alcune riflessioni ispirate dalla nuova disciplina dell'orario

- di lavoro”, in *Percorsi di Diritto del Lavoro*, ed. D. Garofalo & M. Ricci, Bari: Cacucci Editore
- CARINCI, 2015. F. Carinci, “Il tramonto dello Statuto dei lavoratori (dalla l. n. 300/1970 al Jobs Act”, *Quaderni di Argomenti di Diritto del Lavoro*, 14 (2015)
- CASAS BAAMONDE, 2004. Maria Emília Casas Baamonde, “Las transformaciones del Derecho del Trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo”, in *Scritti in memoria di Massimo D’Antona*, vol. IV, Milão: Giuffrè
- CORIAM, 1982. B. Coriam, *L’atelier et le chronomètre*, Paris: Christian Burgois Editeur
- CORIAM, 1994. B. Coriam, *L’atelier et le robot*, Paris: Christian Burgois Editeur
- CRAIG, DIETRICH & GAUTIER, 2005. G. Craig, Dietrich & Gautier, “Excluded youth or young citizens? Ethnicity, young people and the labour market in three EU countries”, in *Young People in Europe. Labour markets and citizenship*, ed. H. Bradley & J. Van Hoof, Bristol: The Policy Press
- D’ANTONA, 2000a. M. D’Antona, “Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?”, in *Opere*, vol. I, Milão: Giuffrè
- D’ANTONA, 2000b. M. D’Antona, “L’anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo”, in *Opere*, vol. I, Milão: Giuffrè
- D’ANTONA, 2000c. M. D’Antona, “Uguaglianze difficili”, in *Opere*, vol. I, Milão: Giuffrè
- DANIELS, 1990. N. Daniels, “Justice and Transfers Between Generations”, in *Workers versus Pensioners. Intergenerational justice in an ageing world*, ed. P. Johnson, C. Conrad & D. Thomson, reimpressão, Manchester: Manchester University Press
- DEAKIN & WILKINSON, 2005. S. Deakin & F. Wilkinson, *The law of the labour market. Industrialization, employment and legal evolution*, Oxford: Oxford University Press
- DONATI, 2002. P. Donati, “Equità fra le generazioni: una nuova norma sociale”, in [www.pass.va/content/dam/scienzesociali/pdf/acat8/avtas8-donati2.pdf](http://www.pass.va/content/dam/scienzesociali/pdf/acat8/avtas8-donati2.pdf)
- DRAY, 2015. G. Dray, *O Princípio da Protecção do Trabalhador*, Coimbra: Almedina
- FERRARO, 2004. G. Ferraro, *Tipologie di lavoro flessibile*, 2.<sup>a</sup> edição, Turim: Giapichelli
- FONTANA, 2010. G. Fontana, *Dall’inderrogabilità alla ragionevolezza*, Turim: G. Giapichelli Editore
- FREEDLAND & KOUNTOURIS, 2011. M. Freedland & N. Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford: Oxford University Press
- FRIBOULET, 1999. J. J. Friboulet, “Pour une nouvelle définition du droit au travail”, in *Le travail, nouvelle question sociale*, ed. M.-H. Soulet, Friburgo: Éditions Universitaires Fribourg Suisse
- FUDGE, 2011. J. Fudge, “Labour as a ‘Fictive Commodity’”, in *The Idea of Labour Law*, ed. G. Davidov & B. Langille, Oxford: Oxford University Press
- FURTADO MARTINS, 1992. P. Furtado Martins, *Despedimento ilícito, reintegração na empresa e dever de ocupação efectiva*, Direito e Justiça – suplemento (1992)
- FURTADO MARTINS, 2012. P. Furtado Martins, *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3.<sup>a</sup> edição, Cascais: Príncipeia
- GAULLIER, 1999. X. Gaullier, *Les temps de la vie. Emploi et retraite*, Paris: Éditions Esprit

- GHERA, 2006. E. Ghera, *Il Nuovo Diritto del Lavoro. Subordinazioni e lavoro flessibile*, Turim: G. Giappichelli Editore
- GIUGNI, 1989. G. Giugni, “Il diritto del lavoro negli anni’80”, in *Lavoro, leggi, contratti*, Bolonha: Il Mulino
- GIUGNI, 2011. G. Giugni, *Diritto Sindacale* (atualizado por L. Bellardi, P. Curzio & M. G. Garofalo), Bari: Cacucci Editore
- GOLDIN, 2011. A. Goldin, “Global Conceptualizations and Local Constructions”, in *The Idea of Labour Law*, ed. G. Davidov & B. Langille, Oxford: Oxford University Press
- GUAGLIANONE, 2014. L. Guaglianone, “Il caso Abercrombie: contratto intermittente e discriminazioni per età”, *Rivista Giuridica del Lavoro*, ano LXV (2014), n.º 4
- HEPPE, 2011. B. Hepple, “Factors Influencing the Making of Labour Law”, in *The Idea of Labour Law*, ed. G. Davidov & B. Langille, Oxford: Oxford University Press
- ICHINO, 1989. P. Ichino, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, Milão: Giuffrè
- ICHINO, 2004. P. Ichino, *Lezioni di Diritto del Lavoro. Un approccio di labour law and economics*, Milão: Giuffrè
- JONAS, 1992. H. Jonas, *Le principe de la responsabilité: une éthique pour la civilisation technologique*, Paris: Cerf
- LAMONT & FAVOR, 2016. J. Lamont & C. Favor, “Distributive Justice”, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, ed. E. N. Zalta (Winter 2016 edition), disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/justice-distributive>
- LANGILLE, 2006. B. Langille, “Labour Law’s Back Pages”, in *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, ed. G. Davidov & B. Langille, Oxford & Portland: Hart Publishing
- LE GOFF, 1999. J. Le Goff, “Le droit au travail, regain?”, in *Le travail, nouvelle question sociale*, ed. M.-H. Soulet, Friburgo: Éditions Universitaires Fribourg Suisse
- LE GOFF, 2004. J. Le Goff, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail*, Rennes: Presses Universitaires de Rennes
- LOUREIRO, 2014. J. C. Loureiro, *Direito da Segurança Social*, vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora
- LYON-CAEN, 1995. G. LYON-CAEN, *Le droit du travail. Une technique reversible*, Paris: Dalloz
- MACLEOD, 2011. W. B. Macleod, “Great Expectations: Law, Employment, Contracts, and Labor Market Performance”, in *Handbook of Labor Economics*, vol. 4B, ed. D. Card & O. Ashenfelter, Amsterdão: Elsevier
- MAGNANI, 2006. M. Magnani, *Il Diritto del Lavoro e le sue categorie. Valori e tecniche nel diritto del lavoro*, Pádua: CEDAM
- MARÍN, 2006. “The Employment Relationship: The Issue at the International Level”, in *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, ed. G. Davidov & B. Langille, Oxford & Portland: Hart Publishing
- MASTERS, 1992. “The Problem of Justice in Contemporary Legal Thought”, in *The Sense of Justice. Biological Foundations of Law*, ed. R. D. Masters & M. Gruter, Newbury Park, Londres & Nova Deli: Sage Publications

- McKERLIE, 2013. D. McKerlie, *Justice between the young and the old*, Oxford: Oxford University Press
- MEDEIROS & PEREIRA DA SILVA, 2015. R. Medeiros & J. Pereira da Silva, “Segurança no emprego de trabalhadores em funções públicas. A tutela reforçada dos trabalhadores com nomeação definitiva segundo o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 427/2013”, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*, vol. III, *Direito e Justiça*, volume especial
- MENEZES CORDEIRO, 1994. A. Menezes Cordeiro, *Manual de Direito do Trabalho*, Coimbra: Almedina
- MESTRE, 2014. B. Mestre, “Discriminação em função da idade – Análise crítica da jurisprudência comunitária e nacional”, in *Para Jorge Leite. Escritos jurídico-laborais*, vol. I, ed. J. Reis, Leal Amado, Liberal Fernandes & R. Redinha, Coimbra: Coimbra Editora
- MIRANDA & MEDEIROS, 2010. J. Miranda & R. Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora
- MONTEIRO FERNANDES, 1965. A. Monteiro Fernandes, “O Problema da ‘Condição de Idade Máxima’”, *Estudos Sociais e Corporativos*, n.º 15
- MOREIRA, 2013. T. Coelho Moreira, “A discriminação em função da idade no contexto de uma população envelhecida na UE”, *Minerva – Revista de Estudos Laborais*, Ano VIII, n.ºs 1-2
- MUNDLAK, 2011. D. Mundlak, “The Third Function of Labour Law”, in *The Idea of Labour Law*, ed. G. Davidov & Langille, Oxford: Oxford University Press
- NAGEL, 1997. T. Nagel, “Equality”, in *Mortal Questions*, Cambridge: Cambridge University Press
- NEVES, 1996. Ilídio das Neves, *Direito da Segurança Social. Princípios fundamentais numa análise prospectiva*, Coimbra: Coimbra Editora
- NUNES DE CARVALHO, 1999. A. Nunes de Carvalho, “Ainda sobre a crise do Direito do Trabalho”, in *II Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, ed. A. J. Moreira, Coimbra: Almedina
- OST, 2001. F. Ost, *O Tempo do Direito*, Lisboa: Instituto Piaget
- PALMA RAMALHO, 2000. M.ª Rosário Palma Ramalho, *Da Autonomia Dogmática do Direito do Trabalho*, Coimbra: Almedina
- PASSANTI, 2006. P. Passanti, *Storia del Diritto del Lavoro*, I, *La questione del contratto di lavoro nell’Italia liberale (1865-1920)*, Milão: Giuffrè
- PEREIRA DA SILVA, 2010. J. Pereira da Silva, “Breve ensaio sobre a protecção constitucional dos direitos das gerações futuras”, in *Em Homenagem ao Professor Doutor Diogo Freitas do Amaral*, Coimbra: Almedina
- PERULLI, 2010. A. Perulli, “Evaluer le Droit du Travail”, in *Valutare il Diritto del Lavoro – Evaluer le Droit du Travail – Evaluate Labour Law*, ed. A. Lyon-Caen & Perulli, Pádua: CEDAM
- PERULLI, 2014. A. Perulli, “Le parole chiave della riforma del mercato del lavoro”, in *Il Nuovo Diritto del Lavoro*, vol. IV, *La riforma del mercato di lavoro*, ed. Fiorillo & Perulli, Turim: G. Giappichelli Editore

- POLANYI, 1983. K. Polanyi, *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris: Gallimard
- RAMM, 1986. T. Ramm, “Epilogue: The New Ordering of Labour Law 1918-45”, in *The Making of Labour Law in Europe*, ed. B. Hepple, Londres & Nova Iorque: Mansell Publishing Limited
- RAMOS DE FARIA, 2009. P. Ramos de Faria, “Velhos são os trapos: discorrendo por analogia sobre o Acórdão Palacios de la Villa”, *Questões Laborais*, 34 (2009)
- RAWLS, 1993. J. Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, Lisboa: Editorial Presença
- REITER & CRAIG, 2005. H. Reiter & G. Craig, “Youth in the labour market: citizenship or exclusion?”, in *Young People in Europe. Labour markets and citizenship*, ed. H. Bradley & J. Van Hoof, Bristol: The Policy Press
- RICCI, 2005. G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giurida nel diritto interno e dell’UE*, Milão: Giuffrè
- ROMAGNOLI, 1989. U. Romagnoli, “Introduzione”, in *Lavoro subordinato e dintorni*, ed. M. Pedrazzoli, Bolonha: Il Mulino
- ROMAGNOLI, 1993. U. Romagnoli, prefácio à edição italiana da monografia de A. Baylos Grau, *Derecho del Trabajo: modelo para armar (Diritto del Lavoro. Un modelo per progettare)*, Turim: Giapichelli Editore
- ROMAGNOLI, 1997. U. ROMAGNOLI, *El Derecho, el Trabajo y la Historia* (trad.), Madrid: CES
- SANKARAN, 2006. K. Sankaran, “Protecting the Worker in the Informal Economy: The Role of Labour Law”, in *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, ed. Davidov & Langille, Oxford & Portland: Hart Publishing
- SANTONI, 2015. F. Santoni, “Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23”, *Quaderni di Argomenti di Diritto del Lavoro*, 14 (2015)
- SANTOS CAMPOS, 2015. A. Santos Campos, “Justiça Intergeracional: a Temporalidade da Política como Resposta à Pergunta ‘Quais são os Nossos Deveres em Relação às Gerações Futuras?’”, *Revista Portuguesa de Filosofia*, 71 (2015)
- SIMITIS, 1987. S. Simitis, “Juridification of Labour Relations”, in *Juridification of Social Spheres*, ed. G. Teubner, Berlim-Nova Iorque: Walter de Gruyter
- SIMITIS, 1997. S. Simitis, “Il diritto del lavoro ha ancora un future?”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 76 (1997)
- SOULET, 1999. “Le travail aujourd’hui: enjeu public de redistribution, enjeu social de répartition”, in *Le travail, nouvelle question sociale*, ed. M.-H. Soulet, Friburgo: Editions Universitaires Fribourg Suisse
- SUPIOT, 2002. A. Supiot, *Critique du droit du travail*, Paris: PUF – Quadrige
- SUPIOT, 2004. A. Supiot, *Le Droit du Travail*, Paris: PUF
- SUPIOT, 2010. A. Supiot, *L’esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marche total*, Paris: Éditions du Seuil
- THOMSON, 1990. D. Thomson, “The Welfare State and Generation Conflict: Winners and Losers”, in *Workers versus Pensioners. Intergenerational justice in an ageing world*, ed. Johnson, Conrad & Thomson, Manchester: Manchester University Press

- THOMPSON, 2013. J. Thompson, *Intergenerational Justice. Rights and Responsibilities in an Intergenerational Polity*, Nova Iorque & Londres: Routledge
- TREMMEL, 2006. J. Tremmel, “Introduction”, in *Handbook of Intergenerational Justice*, ed. Jörg Tremmel, Cheltenham: Elgar Publishing
- TREMMEL & WEGNER, 2010. J. Tremmel & P. Wegner, “German Bundestag Survey on Intergenerational Justice in the Labour Market”, in *A Young Generation Under Pressure? The Financial situation and the “Rush Hour” of the Cohorts 1970-1985 in a Generational Comparison*, ed. Jörg Tremmel, Berlin-Heidelberg: Springer Verlag, 2010 (disponível em: [http://intergenerationaljustice.org/images/stories/publications/study\\_bundestag.pdf](http://intergenerationaljustice.org/images/stories/publications/study_bundestag.pdf) – as remissões do texto são feitas para as páginas da versão disponível na internet e não para as que correspondem na publicação)
- VARDARO, 1986. G. Vardaro, “Tecnica, tecnologia e ideologia della tecnica nel diritto del lavoro”, *Politica del Diritto*, 1986, n. 1
- VILLAVERDE CABRAL, 2013. M. Villaverde Cabral (coord.), *Processos de Envelhecimento em Portugal. Usos do tempo, redes sociais e condições de vida*, Lisboa: FFMS
- XAVIER, 1976. B. Lobo Xavier, “A política de emprego e o regime do contrato de trabalho (Alguns aspectos do regime da duração do trabalho em Portugal)”, *Revista de Direito e Economia*, II (1976)
- XAVIER, 1986. B. Lobo Xavier, “A crise e alguns institutos do Direito do Trabalho”, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXVIII (I da 2.ª série), n.º 4
- XAVIER, 2005. B. Lobo Xavier, *Direito do Trabalho. Ensinar e investigar*, Lisboa: Universidade Católica Editora
- XAVIER, 2009. B. Lobo Xavier, “As fontes específicas do Direito do Trabalho e a superação do princípio da filiação”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora
- XAVIER, 2014. B. Lobo Xavier, *Manual de Direito do Trabalho*, 2.ª edição, com a colaboração de P. Furtado Martins, A. Nunes de Carvalho, Joana Vasconcelos e Tatiana Guerra de Almeida, Lisboa: Verbo
- ZANELLI, 1985. P. Zanelli, *Impresa, lavoro e innovazione tecnologica*, Milão: Giuffrè