

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



A QUALIFICAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA DO ADVOGADO
ASSOCIADO COM AS SOCIEDADES DE ADVOGADOS

JOÃO PAULO RODRIGUES RIBEIRO
N.º DE ALUNO: 25691

MESTRADO EM DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA
ESPECIALIDADE DE DIREITO LABORAL

JUNHO/2018

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



A QUALIFICAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA DO ADVOGADO
ASSOCIADO COM AS SOCIEDADES DE ADVOGADOS

JOÃO PAULO RODRIGUES RIBEIRO
N.º DE ALUNO: 25691

DISSERTAÇÃO ORIENTADA PELO EXMO. SR. PROF. DOUTOR PEDRO ROMANO MARTINEZ
MESTRADO EM DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA – ESPECIALIDADE DE DIREITO LABORAL

JUNHO/2018

Dedico este trabalho,

A Deus, por ser o farol que ilumina o meu caminho;

À minha família, precipuamente aos meus pais, Maria Elcilene e Paulo Leôncio, aos meus irmãos, Paulo Ricardo e José Fabiano, à minha irmã, Anne Valéria e seu cônjuge, Rodrigo Lima e à minha tia, Elza Maria em razão do apoio moral, material e por sempre acreditarem em mim;

E aos meus amigos, eternos companheiros de batalha.

RESUMO

Uma das novas formas de exercer a advocacia é se associar a uma sociedade de advogados. Neste caso, o associado é denominado, pelo Estatuto da Ordem dos Advogados, de advogado associado. Este não é dono do escritório, pois apenas exerce o seu mister naquela. É uma relação jurídica que durante a sua execução provoca o surgimento de indícios de um contrato de trabalho. Com efeito, durante a investigação, tentaremos responder à seguinte questão: esta relação jurídica é uma verdadeira associação ou é um contrato de trabalho mascarado? Para tanto, foram estudados os elementos do contrato de trabalho segundo o Código do Trabalho e a sua diferença em comparação com o contrato de prestação de serviço. Também foram ponderados os mecanismos para evitar o uso dos falsos contratos de prestação de serviço, tais como a Ação de Reconhecimento de Existência do Contrato de Trabalho, que obriga as empresas a qualificarem os contratos de trabalho que estão sendo denominados como autônomos para burlar a legislação. Posteriormente, destacamos os principais pontos sobre o contrato de associação em participação e sua dicotomia com o contrato de trabalho. Por fim, opinamos pela inexistência de associação em participação entre o advogado associado e as sociedades de advogados tendo em vista a ausência de autonomia daquele. Ou seja, considerando-se que o advogado associado, na maioria dos casos, é subordinado a sociedades de advogado, sustentamos a existência de um contrato de trabalho entre as partes.

Palavras-chave: Advogado associado. Sociedade de advogados. Qualificação. Contrato de trabalho. Contrato de prestação de serviço.

ABSTRACT

Working as an associate lawyer in a law firm currently consists a common way for a lawyer to develop his career. The word “associate lawyer” is used by the Bar Association to qualify this specific type of legal bond. The associate lawyer does not own the law firm, he simply provides his services in such workplace with resemblance to an employee within the context of a labour contract rather than an independent worker. Therefore, the purpose of this investigation is to provide an answer to the question of whether the associate lawyer legal bond may indeed be qualified as a labour contract relationship. The research undertook the elements of the labour contract according the Labour Law and compared with the elements of a service agreement. In addition, certain protection mechanisms against fake service agreements such as a recognition before court of the such as an action before court claiming the recognition of the existence of a labour contract are also mentioned. A favourable decision for the plaintiff will be demandatory for companies who will have to qualify the legal bond as a labour contract what was primarily qualified as a service agreement in order to dodge the legislation. Furthermore, the main aspects of the participation of a lawyer as an associate and of a labour contract are highlighted. We stand by the conclusion that the legal bond between an associate lawyer and a law firm consists in a labour contract due to the fact that the associate lawyer is not autonomous is the way he executes his task being, in the majority of the cases, subordinated to the law firm as an employee rather than an independent worker.

Keywords: Associate Lawyer. Law Firm. Qualification. Labour Contract. Service Agreement.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACT	Autoridade para as Condições do Trabalho
BCE	Banco Central Europeu
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CC	Código Civil
CECA	Comunidade Europeia do Carvão e do Aço
CEE	Comunidade Económica Europeia
CEEA	Comunidade Europeia para Energia Atômica
CF	Constituição Federal
CIRC	Código de Imposto de Renda de Pessoa Coletiva
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CT	Código do Trabalho
CTN	Código Tributário Nacional
DGCI	Direção Geral dos Impostos
ECOFIN	Assuntos Económicos e Financeiros
FMI	Fundo Monetário Internacional
GAAR	General Anti Avoidance Rule
IVA	Imposto sobre o Valor Acrescentado
LGT	Lei Geral Tributária
MP	Ministério Público
OA	Ordem dos Advogados
OCDE	Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico
ONU	Organização das Nações Unidas
RGIT	Regime Geral das Infrações Tributárias
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJCE	Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
UE	União Europeia
UEM	União Europeia Monetária

SUMÁRIO

RESUMO.....	IV
ABSTRACT	V
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS.....	VI
INTRODUÇÃO.....	8
1 O ADVOGADO ASSOCIADO NAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS.....	10
2 TRABALHO SUBORDINADO (CONTRATO DE TRABALHO)	17
2.1 ELEMENTOS DO CONTRATO DE TRABALHO	17
2.1.1 <i>NEGÓCIO JURÍDICO BILATERAL</i>	17
2.1.2 <i>PRESTAÇÃO DE UMA ATIVIDADE</i>	18
2.1.3 <i>RETRIBUIÇÃO</i>	20
2.1.4 <i>ATIVIDADE SUBORDINADA</i>	21
3 DISTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO EM RELAÇÃO A FIGURAS AFINS.....	41
3.1 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO	45
3.1.1 <i>MODALIDADES DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO</i>	54
3.2 OUTRAS FIGURAS PRÓXIMAS	60
3.2.1 <i>CONTRATO DE AVENÇA</i>	60
3.2.2 <i>CONTRATO DE AGÊNCIA</i>	61
3.2.3 <i>CONTRATO DE SOCIEDADE E CONTRATO LIGADOS À GESTÃO SOCIETÁRIA</i>	63
4 PRESUNÇÃO DE CONTRATO DE TRABALHO	70
4.1 O ARTIGO 12.º DO CÓDIGO DO TRABALHO DE 2003 (REDAÇÃO ORIGINÁRIA).....	75
4.2 ARTIGO 12.º DO CÓDIGO DO TRABALHO (LEI N.º 9/2006, DE 20 DE MARÇO).....	77
4.3 ARTIGO 12.º DO CÓDIGO DO TRABALHO DE 2009.....	78
5 A AÇÃO DE RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE TRABALHO	83
6 A ASSOCIAÇÃO EM PARTICIPAÇÃO	94
6.1 NOÇÃO	94
6.2 DISTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO.....	96
CONCLUSÃO.....	102
REFERÊNCIAS.....	105

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa esclarecer a seguinte questão: qual é o real vínculo estabelecido entre o advogado associado e as sociedades de advogados? Isto é, esta relação jurídica é um contrato de trabalho ou uma associação em participação? Embora ocorra esta qualificação pelo contrato assinado entre as partes, existe dúvida se, deveras, é uma associação tendo em vista a forma/modo que é executada a atividade.

Para se chegar a uma conclusão a respeito deste assunto iremos estudar as principais formas de exercer a advocacia hodiernamente e ponderar as características práticas da atividade exercida pelo advogado associado.

Vale ressaltar que não existe um detalhamento ou aprofundamento do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 145 de 9 de setembro de 2015) sobre o advogado associado. Aquela lei somente diz que este é o profissional que exerce advocacia nas sociedades de advogados sem ser o sócio.

Se calhar, tal situação ocorre tendo em vista que as sociedades de advogados somente passaram a existir após o 25 de Abril.

Cabe assinalar que o modelo de exercer advocacia, associado a uma sociedade de advogados, hodiernamente, difere daquele modelo clássico, no qual o advogado, individualmente, abre um escritório ao público.

Portanto, estendemos que este modo de exercer a advocacia (associado a um escritório de advocacia) é novel.

Também iremos estudar o que a legislação portuguesa considera para qualificar uma relação jurídica como um contrato de trabalho. Entre os assuntos que serão abordados podemos destacar os elementos e presunções do contrato de trabalho.

Outro ponto que será tratado e que é de extrema relevância para o tema diz respeito à distinção do contrato de trabalho das figuras afins (por exemplo, o contrato de prestação de serviço), uma vez que o mesmo é parecido com o contrato de associação existente entre a sociedade de advogados e os advogados associados. Desse modo, serão analisados todos os critérios mais frequentemente utilizados para realizar esta tarefa (distinguir o contrato de trabalho das figuras afins). A importância deste ponto tem fundamento também porque o resultado desta distinção irá determinar o regime jurídico aplicável ao caso concreto.

Outro assunto que será abordado na presente dissertação é a chamada Ação de Reconhecimento da Existência de Contrato de Trabalho, que visa identificar falsos contratos de

prestação de serviço e qualificar este como contrato de trabalho visando, entre outros escopos, proteger o trabalhador e evitar a evasão ao sistema jurídico laboral.

Por fim, iremos emitir a nossa opinião, na conclusão, com base na análise de todos os institutos supracitados, sobre a qualificação da relação jurídica estabelecida entre o advogado associado e as sociedades de advogados.

1 O ADVOGADO ASSOCIADO NAS SOCIEDADES DE ADVOGADOS

Advogado é o profissional que representa os interesses de outrem, judicialmente e extrajudicialmente, em assuntos que têm profunda relação com a legislação, visando à prevenção ou à solução de problemas.

A forma clássica/tradicional para exercer a advocacia é aquela segundo a qual o advogado, individualmente, inaugura um escritório aberto ao público.

Todavia, hodiernamente, a advocacia está sendo exercida de outras e novas formas, por exemplo, em uma empresa (advogado de empresa), em um agrupamento de advogados (advogado em agrupamento de advogado) ou em uma sociedade de advogados (advogado em sociedade de advogados).

Logo, vale a pena comentarmos, em breves palavras, estas novas formas de exercer a advocacia.

O advogado com escritório aberto ao público, conforme dito anteriormente, corresponde ao modelo clássico de exercício da advocacia. O mesmo desenvolve a sua atividade, normalmente, em todas as áreas do direito, individualmente inserido na sua própria estrutura. É ele quem determina quando, onde e como será o desempenho do seu mister.

Isabel Ribeiro Parreira destaca que neste modelo de advocacia frequentemente:

- a) O advogado pode ter clientes particulares e clientes empresas, sem se encontrar adstrito a nenhum com exclusividade, estando sempre disponível para outros que venham posteriormente;
- b) Relativamente a qualquer cliente o advogado pode seguir as várias opções já acima referidas: facturação *ad hoc* a cada consulta, facturação periódica a iniciativa do advogado nos casos de dossiers de assistência jurídica diversa e avenças com ou sem limites;
- c) Quanto às avenças com os clientes empresas, estas podem implicar: - um número de horas fixo por dia, semana ou mês, de presença física na empresa, ou até mesmo um horário; um número de horas fixo por dia, semana ou mês ou mesmo um horário de disponibilidade no escritório para atender; - nenhuma limitação temporal de presença na empresa ou disponibilidade no escritório;
- d) O advogado tem retribuição certa, variável ou mista e pede normalmente pedidos de provisão (adiantamentos) para despesas e para honorários;
- e) Todos os encargos da estrutura do escritório são da responsabilidade do advogado: renda, luz, água, ar condicionado, condomínio, telefone, fax, computadores, móveis, livros, material de escritório, salários a secretárias e a paquetes ou a outros trabalhadores administrativos, pagamentos de quotas da AO e CPA. Estes encargos serão deduzidos aos ganhos do advogado a fim de ser calculado o respectivo lucro; [...].¹

¹ PARREIRA, Isabel Ribeiro. *Contrato de trabalho de advogado, uma tarefa de qualificação*: ou a distinção entre contrato de trabalho e relações jurídicas estabelecidas com advogados. Relatório do Mestrado em Ciência Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2000, p. 42.

O advogado de empresa é aquele que exerce o seu ofício, normalmente, em decorrência de um contrato de trabalho celebrado com uma empresa.

Todos os ramos do direito desta forma de exercer a advocacia estão diretamente relacionados à atividade econômica exercida pela empresa. Isabel Ribeiro Parreira relaciona as principais características deste modelo nestes termos:

- a) Inserção física do advogado na estrutura empresarial (o advogado trabalha nas instalações da empresa ou a estas encontra-se estreitamente ligado, aproveitando as vantagens dos serviços comuns);
- b) Essa inserção acontece a maior parte do tempo;
- c) O advogado pode ter ou não escritório aberto ao público nas restantes horas;
- d) Na empresa o advogado pode ter o seu gabinete próprio ou trabalhar em *open space*, mas ser-lhe-á sempre disponibilizado um espaço seu, exclusivo ou não, e beneficiará de toda a estrutura (serviço externo, secretárias, telefonistas, telefone, fax, correios, contabilidade, administração, informática, electricidade, internet);
- e) A empresa pode ter ou não biblioteca jurídica e pode por vezes pagar ao advogado as quotas da AO e CPA e até mesmo a toga;
- f) Pode o advogado estar ou não sujeito a um horário, ter ou não um limite mínimo de presenças na empresa, sendo que ideia básica é a de que a maior parte do tempo encontra-se ao serviço da empresa;
- g) O advogado pode ter ou não exclusividade na empresa (o seu escritório pode ter ou não fechado ou aberto só nas extras ou até pode mesmo atender outros clientes no próprio gabinete da empresa);
- h) O advogado aufere sempre uma retribuição periódica, certa ou mista;
- i) O advogado pode encontrar-se ou não integrado na estrutura hierárquica da empresa, assumindo cargos de chefia ou responsabilidades perante superiores;
- j) O advogado pode usufruir expressamente dos serviços humanos da empresa a ponto de alguma gestão e organização próprias da sua actividade ser feita por aqueles (quando é a empresa a marcar as reuniões, a conferir agenda do advogado, a alertá-lo para os prazos, a elaborar as facturas e fazer as respectivas cobranças).²

O advogado em agrupamento é aquele que se une a outros advogados para dividir os custos em razão da existência de estrutura física de um escritório de advocacia.

Segundo Pereira Barrocas, neste caso ocorre uma união entre advogados individuais que se concretiza da seguinte forma:

dividindo instalações, estruturas comuns de apoio e certos custos com outros colegas, sem, contudo, se associarem na divisão do trabalho e na repartição dos rendimentos. Por vezes, chegam mesmo a informalmente se associarem em pequenas organizações de dois ou três advogados, repartindo entre si de forma nem sempre uniforme o trabalho e os rendimentos, além das despesas. Dedicam-se especialmente à advocacia de prática geral, mas muitas vezes também à advocacia das áreas económicas.³

Neste caso, podemos afirmar que existe uma sociedade de advogados de fato, mas não de direito, pois não há registro da mesma da Ordem dos Advogados.

² PARREIRA, *Contrato...*, cit., p. 40.

³ BARROCAS, Pereira. Qualidade e eficácia de serviços profissionais de advocacia prestados por sociedades de advogados e por profissionais em nome individual. *ROA*, ano 53, vol. I, p. 123-4.

Todas as regras de funcionamento deste agrupamento são fixadas livremente pelos advogados que o compõe, ou seja, não resultam do Estatuto da OA.

De acordo com Isabel Ribeiro Parreira as características frequentes deste modelo são as seguintes:

- a) Os advogados não constituem uma sociedade, não existe uma nova entidade jurídica, continuando todos a actuar autonomamente. O que acontece é uma mera divisão de despesas comuns;
- b) Existe, pois, em comum, a partilha do espaço e dos meios (secretárias, telefones, faxes, livros, limpeza, ar condicionado);
- c) No seu relacionamento com os clientes actuam sempre em nome próprio embora os clientes saibam que numa urgência têm ali outros advogados quando o seu não estiver presente e sabem também que, na eventualidade de subestabelecimento o seu advogado o fará naqueles colegas;
- d) Os advogados entre si não trabalham uns para os outros. O que pode por vezes ter lugar é figura da substituição que implica apenas uma relação *ad hoc* com o cliente, mas nenhum contrato com o antigo advogado;
- e) O que por vezes acontece também é a colaboração entre advogados que assumem várias formas, como por exemplo, um advogado contratar com o cliente, mas ser outro que faz efetivamente as coisas à revelia do cliente. Esta situação pode implicar a contratação pelo advogado que dá a cara de outro que lhe faz todo o trabalho. Dependerá, pois, da situação em concreto, mas adiantamos desde já que só isso não afasta a qualificação como contrato de trabalho;
- f) Actuando os advogados sempre em nome próprio [...].⁴

Por fim, a advocacia poderá ser exercida na sociedade de advogados. Nessa perspectiva Pereira Barrocas assevera que

as sociedades de advogados nasceram e cresceram, em todo o mundo, para atender as solicitações dos *business clients*, quantas vezes grandes empresas multinacionais, que procuram nas sociedades de advogados uma resposta adequada, completa e pronta nos diferentes domínios dos ramos do Direito, nacional, estrangeiro e internacional.⁵

Pereira Barrocas divide as sociedades de advogados entre grandes e pequenas. O autor destaca que as primeiras possuem, em regra,

uma larga capacidade de prestação de serviços profissionais em diferentes ramos gerais ou especializados do Direito, numa base multidisciplinar, isto é, possuindo advogados de prática geral e simultaneamente especialistas; grandes recursos humanos, quer em advogados, quer em empregados e outros colaboradores, por vezes consultores de profissões não jurídicas; um controle sistemático de qualidade dos serviços prestados; um sistema próprio de educação profissional contínua dos seus membros, quer com o objectivo de desenvolver e melhorar a especialização, quer com o propósito de propiciar a troca de conhecimentos entre os advogados da sociedade, de diferentes idades e experiência; uma bem apetrechada biblioteca jurídica e um sistema informático completo e eficiente; uma rede de escritórios, quer sucursais quer correspondentes independentes noutras cidades, do país e do estrangeiro; um sistema eficiente de fornecimento aos clientes de relatórios periódicos do desenvolvimento dos assuntos jurídicos que se ocupam; a existência de departamentos; a existência de

⁴ PARREIRA, *Contrato...*, cit., p. 50.

⁵ BARROCAS, *Qualidade...*, cit., p. 114.

departamentos auxiliares que vão desde a gestão dos escritórios até ao estudo do mercado e às possibilidades de desenvolvimento dos contactos profissionais e das oportunidades de obtenção de serviço, aspectos administrativos e outros de organização interna prestados por contabilistas, controladores de crédito, bibliotecários, técnicos de informática, etc., etc.⁶

Já as pequenas sociedades de advogados, normalmente, dispõem apenas

de capacidade de aconselhamento e de representação de clientes em assuntos que não são do âmbito dos negócios; capacidade de aconselhamento e representação de clientes de negócios numa base mais ou menos ampla não especializada; ou alternativamente, capacidade de aconselhamento e de representação de clientes em termos altamente especializados, mas limitada a certos ramos do direito (Direito Comunitário, Direito da Concorrência, contencioso penal, etc.); um reduzido número de advogados, empregados e outros colaboradores; cada advogado trabalha num número variável de ramos do direito, frequentemente sem qualquer especialização particular e, por vezes, efectuando também a gestão do escritório e a realização de contactos sociais em vista do desenvolvimento da profissão; não existência de um sistema institucionalizado de controle de qualidade dos serviços prestados por cada advogado (a qualidade é usualmente medida por forma empírica, a partir do grau de satisfação do cliente pelos serviços prestados e pelo grau de sucesso obtido na resolução do assunto); não existência de qualquer departamento institucionalizado interno de educação profissional continua dos seus membros (a educação profissional é, em regra, obtida exteriormente através da participação em cursos, conferências, seminários, colóquios, etc. e também, por vezes, através da troca de experiências com outras sociedades de advogados correspondentes situadas noutros locais); a existência de uma biblioteca compatível com as necessidades mais importantes ou mais correntes da firma e o recurso ou o acesso a base de dados adquirida ou disponível no mercado, complementada por anotações pessoais de cada membro; podem ter instituídas relações profissionais com outras sociedades de advogados, no país e no estrangeiro, que representam ou de quem se socorrem reciprocamente.⁷

Nos termos do número 1 do artigo 213.º do Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 145 de 9 de Setembro de 2015) “os advogados podem exercer a profissão constituindo ou ingressando em sociedades de advogados, como sócios ou associados.”

Desse modo, nos termos do Estatuto, a sociedade de advogados é composta por duas categorias de advogados: o advogado *sócio* e o advogado *associado*.

Esta lei trata do advogado sócio no seu artigo 214.º nestes termos: “Os sócios profissionais de indústria só podem exercer a atividade profissional de advogado numa única sociedade, não podendo exercer tal atividade fora desta, salvo se o contrato de sociedade dispuser em contrário ou for celebrado acordo escrito nesse sentido por todos os sócios.”

O advogado sócio é o dono do escritório de advocacia, pois os lucros e as perdas lhe pertencem. É a ele que cabe a palavra final.

⁶ BARROCAS, *Qualidade...*, cit., p. 117.

⁷ BARROCAS, *Qualidade...*, cit., p. 117.

Por sua vez, o advogado associado é regulado no Estatuto no seu artigo 215: “1 – Nas sociedades de advogados podem exercer a sua atividade profissional advogados não sócios que tomam a designação de associados. 2 – Os direitos e deveres dos associados devem constar do contrato de sociedade ou ficar definidos nos planos de carreira e deles deve ser dado conhecimento ao associado, no momento da sua integração na sociedade.”

Percebe-se que a única dicotomia entre estes dois métodos de exercer a atividade em apreço nas sociedades de advocacia é quanto à titularidade da mesma: o advogado associado não é dono, é contratado para exercer o seu ofício em benefício daquela, bem como dos seus clientes.

Vale ressaltar que os advogados associados compartilham os ganhos da sociedade, todavia, as perdas não, pois terão a sua remuneração, independentemente das circunstâncias, conforme observa-se na prática.

Exemplificando: se um grande cliente da sociedade revogar um contrato de prestação de serviço que contribuía sobremaneira para o sustento econômico da sociedade, a mesma não poderá deixar de retribuir o advogado associado. Logo, o advogado associado tem direito seu direito preservado (a remuneração), independentemente, se a sociedade teve lucros ou prejuízos.

Compartilha este entendimento Isabel Ribeiro Parreira ao asseverar que o “que distingue o advogado associado dos restantes advogados é o facto de, não sendo sócio, deter uma mínima participação nos lucros que acresce à sua remuneração mensal, não participando, contudo, das perdas.”⁸

Normalmente, ocupam a posição de advogado associado os jovens advogados ou aqueles profissionais que visam especializar-se em um ramo do direito (por exemplo, direito do trabalho, direito fiscal, etc.), pois a dimensão das sociedades de advogados permite tal feito. É por isto que Isabel Ribeiro Parreira afirma que

os traços mais marcantes da atividade em análise, diremos que estes advogados:

- a) trabalham para a sociedade pois que os clientes não seus mas desta, mesmo quando por si angariados, o que traduz o afastamento do trabalho por conta própria e o preenchimento do elemento essencial alienidade no caso da consultoria jurídica;
- b) auferem sempre uma retribuição certa e regular que pode incluir prémios de produtividades;
- c) são obrigados a pelo menos um certo número de horas de presença e trabalho no escritório;
- d) trabalham sempre em exclusividade pelo menos quanto à advocacia;
- e) encontram-se inseridos na estrutura autónoma que é a sociedade, da propriedade aos respectivos sócios, onde desenvolvem a sua atividade, possuindo gabinete próprio, individual ou conjuntamente, onde todos seus instrumentos relevantes de trabalho e

⁸ PARREIRA, *Contrato...*, cit., p. 45.

serviços gerais de apoio (faxes, telefones, sistema informáticos, biblioteca, economato, telefonistas, secretárias, contabilidade, administração, solicitadoria, serviço externo) pertencem à sociedade, onde esta organiza quase toda a sua actividade de advocacia (entregando peças processuais nos tribunais, lançando facturações, fazendo cobranças, adiantando despesas, fazendo retenções de taxa social única e IRS, etc.).⁹

Acrescenta Luís André Azevedo Dias Branco Lopes que as características mais comuns dessa atividade resumem-se aos seguintes aspetos: a) Cumprimento de um horário de trabalho, o qual é habitualmente definido pela sociedade; b) Retribuição certa, regular e periódica, qual pode prever prémios de produtividade; c) Regime habitual de exclusividade; d) Inserção na estrutura organizativa e autónoma da sociedade, de acordo com um plano de carreira definido pela própria sociedade; e) Disponibilização dos instrumentos de trabalho pela sociedade, entre os quais, telefones, computadores, faxes, livros, secretárias, salas de reuniões e sistemas de videoconferência; f) Local de trabalho habitual coincidente com um escritório da sociedade de advogados, sendo que existe a possibilidade de deslocações inerentes às funções desenvolvidas, nomeadamente a Tribunal e às instalações de clientes; g) Exigência de utilização de vestuário consonante com a política e imagem da sociedade de advogados; h) Necessidade de registo de horas despendidas no exercício das funções, como prova de cumprimento do horário de trabalho e de “*chargeability*” horária; i) Avaliação da atividade desempenhada, seja em função das horas despendidas, seja em função da angariação de clientes da sociedade de advogados.¹⁰

Podemos destacar também outras características da atividade em exame: a) é delimitada pela sociedade de advogados, isto é, o sócio ou um encarregado transfere o serviço que fora contrato para que advogado associado o faça (poderá ter origem em razão de um novo contrato ou devido um processo judicial ou contrato de serviços advocatícios em andamento); b) Não há liberdade para escolher qual atividade executar, pois a mesma deve estar em consonância com as determinações da sociedade; c) o trabalho é fiscalizado por diversos meios, por exemplo, mediante e-mails corporativos; d) existe uma hierarquia na qual os superiores hierárquicos devem ser consultados diante de imprevistos; e) os atos dos advogados associados devem estar em consonância com as regras estruturais da sociedade de advogados (exemplificando: os prazos judiciais devem ser cumpridos no máximo até o penúltimo dia); f) têm direito a férias, que poderão ser negociadas com os sócios da sociedade.

⁹ PARREIRA, *Contrato...*, cit., p. 197-8.

¹⁰ LOPES, Luís André Azevedo Dias Branco. *A face oculta do vínculo laboral na advocacia*. Dissertação de Mestrado em Direito. Porto, 2012, p. 27.

É importante sublinhar que estas realidades apontadas podem ou não fazer parte da rotina do advogado associado. As mesmas foram citadas tendo vista que são identificadas na maioria dos casos.

2 TRABALHO SUBORDINADO (CONTRATO DE TRABALHO)

2.1 ELEMENTOS DO CONTRATO DE TRABALHO

A noção legal do Contrato de Trabalho está prevista no art. 11.º do Código do Trabalho de 2009: “Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.”

Também tem definição legal no art. 1152.º do Código Civil: “Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direção desta.”

Segundo Jorge Leite o contrato de trabalho é

o mecanismo jurídico através do qual se realiza o acesso ao trabalho subordinado, analisa-se num acordo entre uma pessoa que oferece e uma pessoa que procura emprego. Por meio deste acordo, uma das partes (o trabalhador) obriga-se a prestar à outra (o empregador), contra uma retribuição, a sua atividade intelectual ou manual, sob a autoridade e direção deste.¹¹

Diante do exposto, entendemos que o contrato de trabalho é constituído pelos seguintes elementos: a) negócio jurídico bilateral, b) prestação de uma atividade, c) retribuição, d) atividade subordinada.¹²

Contudo, vale ressaltar que existe divergência na doutrina quanto ao número de elementos do contrato de trabalho.

A título meramente exemplificativo, Maria do Rosário Palma Ramalho dispensa o elemento “negócio jurídico bilateral”, ou seja, a autora cita como elementos do contrato de trabalho a actividade laboral, a retribuição e a subordinação.¹³

2.1.1 NEGÓCIO JURÍDICO BILATERAL

O contrato de trabalho é um negócio jurídico bilateral, pois tem origem na declaração de duas vontades, a do trabalhador e a do empregador, uma vez que a vontade deste é contratar uma pessoa para que execute uma atividade, sob a sua autoridade e no âmbito de sua

¹¹ LEITE, Jorge. *Direito do Trabalho*. Coimbra: Serviço de Textos da Universidade de Coimbra, 1993, p. 331.

¹² Vide MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito do Trabalho*. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 291 e seguintes.

¹³ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. *Tratado de Direito do Trabalho*. Parte II – Situações Laborais Individuais – Situações Laborais Individuais. 5.ª ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 23 e ss.

organização. Por outro lado, a vontade do trabalhador é ser retribuído por seu trabalho que fora realizado em favor do primeiro.

Pedro Romano Martinez diz que “[...] como negócio jurídico bilateral, pressupõe duas declarações de vontade contrapostas, que estão na origem do contrato de trabalho.”¹⁴ Também afirma que “o contrato de trabalho é um negócio jurídico bilateral ajustado para produzir efeitos no seio empresarial.”¹⁵

2.1.2 PRESTAÇÃO DE UMA ATIVIDADE

A prestação de atividade é um elemento do contrato de trabalho pois é o seu objeto, isto é, no contrato de trabalho existe uma troca da atividade ou serviço por retribuição ou dinheiro.¹⁶ Em outras palavras, o trabalhador está obrigado a executar a atividade para realizar um fim que é esperado pela entidade patronal.

Segundo Fernando Ribeiro Lopes, o “trabalhador obriga-se a ceder ao outro sujeito, permitindo-lhe a apropriação, o seu próprio trabalho, para que este o oriente em função do resultado final que deseja atingir e por si pré-ordenado.”¹⁷ Por sua vez, de acordo com Bernardo Lobo Xavier

[...] a actividade em causa é encaminhada para os fins produtivos debaixo da autoridade da entidade empregadora, isto é, por outrem, que a organiza e conjuga, pelas suas ordens, com os outros factores produtivos de que dispõe. [...] o trabalhador cede a sua força de trabalho em favor de quem possui os outros factores produtivos, o qual os conjuga em ordem à produção.¹⁸

O pressuposto do cumprimento desta atividade por parte do trabalhador é a sua disponibilidade em receber ordens e não somente a efetivação da atividade. Tal argumento é confirmado pelo art. 197.º, n.º 1 do CT: “[...] o trabalhador exerce a actividade ou permanece adstrito à realização da prestação.”

¹⁴ MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 293.

¹⁵ MARTINEZ, Pedro Romano. Trabalho subordinado e trabalho autónomo. In: _____ (Coord.). INSTITUTO DE DIREITO DO TRABALHO (Org.). *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2001, p. 272.

¹⁶ XAVIER, Bernardo Lobo; MARTINS, Furtado; CARVALHO, Nunes de; VASCONCELOS, Joana; ALMEIDA, Tatiana Guerra de. *Manual de Direito do Trabalho*. Lisboa: Verbo, 2011, p. 293.

¹⁷ LOPES, Fernando Ribeiro. Trabalho subordinado ou trabalho autónomo: um problema de qualificação. *RDES*, 1987, n.º 1, p. 58.

¹⁸ XAVIER, *Manual...*, cit., p. 295.

Portanto, se o trabalhador se apresenta no local e no horário determinado pelo empregador oferecendo a sua disponibilidade para trabalhar, a sua obrigação está cumprida, independente se ocorreu ou não a utilização da mão de obra.

A propósito, acrescenta Monteiro Fernandes que “trata-se de uma prestação de actividade, que se concretiza, pois, em fazer algo que é justamente a aplicação ou exteriorização da força de trabalho tornada disponível, para a outra parte, por este negócio.”¹⁹

Além disso, em regra, a natureza da obrigação no contrato de trabalho é de meio e não de resultado.

Adota esta ideia Pedro Romano Martinez nas seguintes palavras:

[...] a atividade laboral corresponde a uma obrigação de meio, que impõe uma atividade a prosseguir, independentemente da obtenção do seu fim; deste modo, a não obtenção do fim é, em principio, irrelevante, pois não afeta, nem a validade, nem a perfeita execução do contrato de trabalho. Assim, se o trabalhador desenvolver a atividade diligentemente, mas, por causa que não lhe seja imputável, o fim pretendido pelo empregador não se verificar, a remuneração continua a ser devida.²⁰

É importante assinalar que, embora a obrigação do trabalhador seja de meio, isto é, independe de resultado para que seja cumprida, a atividade diligente desenvolvida pelo trabalhador é apreciada pelo empregador, pois é um critério qualitativo que poderá influenciar na manutenção ou não do vínculo laboral.

No pretérito a legislação tratava de forma diferenciada, precipuamente quando o assunto era férias e a indenização em razão de despedimento, o trabalho manual ou intelectual. Todavia, atualmente o Código do Trabalho trata-os de forma uniforme.

É importante ressaltar que a atividade em exame é necessariamente executada por uma pessoa física devido à impossibilidade de se reconhecer o contrato de trabalho com uma pessoa colectiva.

No pretérito vigorava divergência doutrinária no que atine à aceitação da pessoa coletiva fazer ou não parte no contrato de trabalho.

Todavia, o Código do Trabalho acolheu a tese segundo a qual o contrato de trabalho só poderá ser celebrado com uma pessoa singular/física.

Também adota esta linha pensamento a professora Maria do Rosário Palma Ramalho ao afirmar que o elemento da pessoalidade, previsto no contrato de trabalho, não combina com o trabalhador sendo uma empresa. O elemento em exame, segundo a autora, origina-se da

¹⁹ FERNANDES, Monteiro. *Direito do Trabalho*. 17.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014, p. 113.

²⁰ MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 293.

relação existente entre a actividade e o trabalhador, bem como da importância das características deste levada em consideração pelo empregador.²¹

Todavia, é necessário ficar atento se a criação da pessoa colectiva tem como finalidade, na prática, burlar o regime laboral. Esta estratégia, por exemplo, poderá ser utilizada por meio de um falso contrato de prestação de serviço escondendo o real vínculo (subordinação) estabelecido entre as partes.

2.1.3 RETRIBUIÇÃO

A retribuição é a vantagem que o trabalhador tem direito em razão do trabalho executado.

Diante disso, o contrato de trabalho não pode ser gratuito, pois sempre a atividade do trabalhador é compensada mediante uma remuneração, isto é, o contrato de trabalho é sempre oneroso. Sobre esta matéria explica Monteiro Fernandes:

É elemento essencial do contrato individual de trabalho que, em troca da disponibilidade da força de trabalho, seja devida ao trabalhador uma retribuição, normalmente em dinheiro (embora possa ser paga, parcialmente, em géneros – art. 259.º/CT). Qualquer forma de trabalho gratuito é, como se sabe, excluída deste âmbito.²²

Portanto, este é o terceiro elemento do contrato de trabalho, sendo essencial à constituição do mesmo.

A jurisprudência entendia a onerosidade como a dependência económica do trabalhador com a empresa. Veja o que diz o seguinte acórdão do STJ (22/04/2010, P. 506/06.8TTGRD.C1.S1, MÁRIO PEREIRA): “Os elementos essencialmente constitutivos do contrato são a subordinação económica – traduzida na existência de remuneração suportada pelo empregador – e a subordinação jurídica do trabalhador ao empregador, traduzida na sujeição daquele, na prestação da sua actividade, às ordens, direcção e fiscalização deste.”

Atualmente, a retribuição não é necessariamente a dependência económica, uma vez que o trabalhador poderá ser parte em outro contrato de trabalho, ou seja, trabalhar para outro empregador. Neste caso, não há uma única e exclusiva fonte de rendimento. Portanto, existe a remuneração, porém não há que se falar em dependência económica.

²¹ RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Delimitação do contrato de trabalho e presunção de laboralidade no novo código do trabalho: breves notas. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 573.

²² FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 120.

2.1.4 ATIVIDADE SUBORDINADA

O escopo do Direito do Trabalho é regular a relação existente entre aquele que executa a atividade (trabalhador) e aquele que se beneficia da mesma (empresa).

Todavia, as regras deste ramo jurídico só serão aplicadas nas relações cuja existência pressupõe que a atividade seja subordinada: o contrato de trabalho.

Portanto, a subordinação somente é encontrada nesta relação jurídica.

Vale ressaltar, conforme trataremos nas linhas subseqüentes, que, de acordo com a jurisprudência e a doutrina, o elemento da subordinação exerce imensa importância na tarefa que visa à diferenciação do contrato de trabalho das demais relações jurídicas figuras próximas do mesmo. Compartilha tal entendimento Maria do Rosário Palma Ramalho:

O confronto do elemento da subordinação com os restantes elementos essenciais do contrato de trabalho evidencia a sua importância vital para a distinção do negócio laboral de outros negócios que envolvem a prestação de uma actividade laborativa: enquanto o elemento da actividade é comum e o elemento da retribuição pode estar presente nas várias formas de prestação de um trabalho, o elemento da subordinação é típico e específico do contrato de trabalho. Por esta razão, e independentemente do modo como se retira do sistema normativo, a doutrina considera o elemento da subordinação como o traço verdadeiramente distintivo e identificado do contrato de trabalho perante as figuras próximas, dedicando-lhe grande atenção. A aptidão do elemento da subordinação para a qualificação do contrato de trabalho tem sido igualmente salientada pela jurisprudência, que considera este elemento decisivo de qualificação.²³

Exemplificando: no contrato de prestação de serviço, podem também os constituir os dois elementos estudados anteriormente (atividade e remuneração). Porém, a subordinação não faz parte do mesmo, pois nesta relação jurídica vigora a autonomia (antônimo de subordinação/dependência).

Assim, o trabalho que é exercido de forma independente, ou seja, principalmente sem dependência na seleção do tempo, lugar e procedimento, é excluído do objeto do direito do trabalho.

É o caso de um médico e outros profissionais liberais. A escolha/decisão da forma do trabalho exercida por estes profissionais independe de quem está se beneficiando da prestação de serviço.

Este elemento está previsto no art. 11.º do CT nos seguintes moldes: “[...] no âmbito de organização e sob autoridade destas.”

²³ RAMALHO, *Tratado...*, cit., p. 36-7.

Segundo a doutrina, existem duas espécies de subordinação: económica e jurídica.²⁴

Segundo a subordinação/dependência económica o vínculo estabelecido entre a empresa e o trabalhador tem fundamento na necessidade económica deste, pois é a sua fonte de sustento.

É um critério subjetivista. Todavia, não é adotado no direito do trabalho, pois, hodiernamente a dependência económica não é mais levada em conta para a caracterização do contrato de trabalho, ou seja, poderá existir contrato de trabalho se o trabalhador não depende economicamente do empregador, conforme comentamos anteriormente.

Por exemplo, o trabalhador poderá celebrar dois ou mais contratos com empresas distintas. Desse modo, não será economicamente dependente exclusivamente do empregador. Ademais, poderá ter outras fontes de rendas.

Vale ressaltar que poderá existir subordinação económica sem subordinação jurídica, ou seja, o trabalhador poderá depender economicamente de uma empresa sem tal fato configurar um contrato de trabalho. Podemos exemplificar, em consonância com Monteiro Fernandes, com a situação do “[...] alfaiate que, em sua casa, faz exclusivamente casacos e calças para um estabelecimento [...]”.²⁵

A subordinação/dependência jurídica, de acordo com Pedro Romano Martinez, ocorre quando o “[...] o trabalhador executa uma atividade sob autoridade e a direção do empregador. Isto implica que o trabalhador receba instruções e ordens, bem como esteja sujeito ao poder disciplinar do empregador.”²⁶

2.1.4.1 REQUISITOS DA SUBORDINAÇÃO

São levados em conta estes três requisitos para simbolizar a subordinação jurídica: alienabilidade, dever de obediência e sujeição ao poder disciplinar do empregador.²⁷

²⁴ MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 152-3.

²⁵ FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 123.

²⁶ MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 152.

²⁷ MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 153; MESQUITA, José Andrade. *Direito do Trabalho*. 2.^a ed. Lisboa: AAFDL, 2004, p. 322-3.

2.1.4.1.1 ALIENABILIDADE

A legislação portuguesa não se aprofunda no conceito de alienabilidade, pois apenas a define, em consonância com o art. 11.º do Código do Trabalho, nos seguintes termos: “[...] a outra ou outras pessoas [...]”.

A alienabilidade pressupõe a transferência do resultado da atividade do trabalhador para o empregador em razão do contrato de trabalho, ou seja, os frutos da atividade não pertencem a quem exerce a mesma, bem como não compartilha os seus riscos ou prejuízos.

Assim, compete tão somente ao empregador decidir o destino do resultado decorrente da atividade exercida pelo trabalhador, bem como a responsabilidades pelos prejuízos. Os sócios da empresa, por inexistir alienabilidade entre os mesmos, podem escolher o destino dos frutos da atividade econômica: investir no próprio negócio, pagar despesas ou funcionários, etc.

Em razão disso, por exemplo, o trabalhador não poderá realizar um planejamento financeiro, salvo acordo em contrário, abarcando o lucro da atividade. Ao trabalhador cabe apenas cobrar o seu salário. Pouco importa o lucro ou o prejuízo para o mesmo.

Desse modo, António Lopes Batalha assevera que “[...] a alienabilidade consiste na transferência *ab initio* da actividade, da disponibilidade da força de trabalho e dos frutos para pessoa distinta dos seus produtos, bem como da utilidade patrimonial da venda dos mesmos no mercado [...] finalidade do empregador.”²⁸ De acordo com as sábias palavras do professor Pedro Romano Martinez,

[...] alienabilidade significa que o trabalhador exerce uma atividade para outrem, alienando a sua força de trabalho; o trabalhador põe à disposição de outra pessoa a sua atividade, sem assumir os riscos. Assim, os resultados dessa atividade entram, desde logo, na esfera jurídica do empregador. Por exemplo, se um trabalhador de uma marcenaria está adstrito a fazer cadeiras, como ele alienou a sua atividade, quer dizer que as cadeiras que tiver realizado são, em qualquer fase da sua execução, propriedade do dono da marcenaria (empregador). No fundo, a ideia de alienar o trabalho corresponde ao que, no direito romano, se entendia por locação de atividade; alguém punha à disposição de outrem a sua força de trabalho, mediante uma remuneração.²⁹

Certeiras são também as palavras de Monteiro Fernandes sobre o assunto:

De um lado, os possuidores dos meios de produção, para se lançarem, de facto, numa actividade produtiva, carecem de obter força de trabalho para combinar e articular com aqueles meios; do outro, apresentam-se todos aqueles que não contam senão com a sua força de trabalho para subsistir, faltando-lhes os excedentes de dinheiro necessários para o acesso aos restantes meios produtivos. Estes não podem senão

²⁸ BATALHA, António Lopes. *A alienabilidade no Direito Laboral*. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2007, p. 60.

²⁹ MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 153.

renunciar ao uso da força de trabalho em actividade económica autónoma – necessitam de alienar o poder de dispor dela.³⁰

Portanto, os empresários/empresas, titulares dos meios de produção de um produto ou um serviço, são aqueles que solicitam a renúncia da disponibilidade dos frutos da actividade do trabalhador em seu benefício. Desse modo, a partir da renúncia, os empregadores possuem o direito de adequar a actividade do trabalho a sua dinâmica empresarial tendo direito aos lucros da mesma. Por conseguinte, a alienabilidade estará assim configurada.

Por outro lado, se inexistente a alienabilidade quem executa o serviço é o titular do direito de exigir o lucro total resultante da actividade do cliente (por exemplo), bem como estará sujeito aos prejuízos ou riscos da mesma, isto é, poderá ocorrer um acréscimo ou um decréscimo no património do sujeito que executada a actividade.

Neste caso não existe o triângulo comercial constituído pelo cliente, trabalhador e pela empresa, pois a relação jurídica é formada apenas pelo primeiro e pela última. Por isso que o trabalho exercido com estas características é qualificado como autónomo.

Por fim, referentemente a este ponto, comenta José Andrade Mesquita que a

[...] prestação autónoma de serviço em que resultado se integra automaticamente na esfera do beneficiário, encontram-se múltiplos exemplos, como a empreitada para remodelar uma casa do credor, a operação por um médico, ou a acção intentada por um advogado em Tribunal. Em todos estes casos podem haver prestações autónomas de serviço em que o resultado se integra, directamente, na esfera do credor da actividade.³¹

2.1.4.1.2 PODER DISCIPLINAR

Este poder é a faculdade do empregador de aplicar punições em consequência de transgressões de regras organizacionais por parte do empregado, isto é, é uma declaração estabelecendo a faculdade da empresa de escolher uma espécie de punição, prevista na legislação, em reacção a uma conduta equivocada do trabalhador, com assento legal no art. 98.º do Código do Trabalho nos seguintes termos: “O empregador tem poder disciplinar sobre o trabalhador ao seu serviço, enquanto vigorar o contrato de trabalho.”

Segundo Pedro Romano Martinez o

[...] poder disciplinar é uma consequência do poder de direcção. Como a entidade patronal pode emitir determinadas ordens e há o dever de obediência em relação às mesmas, se estas não forem respeitadas pelo trabalhador, a entidade patronal tem a possibilidade de o punir. Mas o poder disciplinar existe não só em caso de desrespeito

³⁰ FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 10.

³¹ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 324.

de ordens, como também na hipótese de incumprimento de regras contratuais e legais, relativas à relação laboral, que vigoram na empresa.³²

Compartilha este entendimento José Andrade Mesquita, pois assevera que o poder disciplinar “[...] é um corolário do poder direção, representativo da sua juridicidade (coercibilidade), e permite à entidade patronal aplicar sanções ao trabalhador.”³³

Percebe-se que o principal fundamento de aplicação do poder disciplinar reside no dever de cumprir as ordens do empregador por parte do trabalhador. Destarte, se existe descumprimento das ordens em comento surge o direito de aplicar punições. Diante disso, Pedro Romano Martinez destaca que “[...] é um poder conferido ao empregador perante incumprimento por parte do trabalhador de obrigações emergentes do contrato de trabalho.”³⁴

Por exemplo, em uma empresa poderá vigorar uma regra vedando que seus funcionários fumem dentro do estabelecimento. Se for identificado uma violação a este mandamento a empresa poderá, com base no poder disciplinar, punir o infrator visando à prevenção e à repressão do comportamento desviante, bem como ao restabelecimento da ordem.

As sanções aplicadas ao empregado com fundamento ao poder em comento, nos termos do número 1 do artigo 328.º do Código do Trabalho podem ser as seguintes: a) Repreensão; b) Repreensão registada; c) Sanção pecuniária; d) Perda de dias de férias; e) Suspensão do trabalho com perda de retribuição e de antiguidade ou em hipóteses excepcionais; ou ainda f) Despedimento sem indemnização ou compensação.

Todavia, assim como o poder de direção tem limites, o poder disciplinar também possui, isto é, não é um direito absoluto.

A título de ilustração, podemos citar o número 3 do artigo 328.º do CT, elaborado nos seguintes termos: “3 – A aplicação das sanções devem respeitar os seguintes limites: a) As sanções pecuniárias aplicadas a trabalhador por infrações praticadas no mesmo dia não podem exceder um terço da retribuição diária e, em cada ano civil, a retribuição correspondente a 30 dias; b) A perda de dias de férias não pode pôr em causa o gozo de 20 dias úteis; c) A suspensão do trabalho não pode exceder 30 dias por cada infração e, em cada ano civil, o total de 90 dias.”

Vale ressaltar que o art. 331.º do CT considera como abusiva a sanção disciplinar em razão do trabalhador “a) Ter reclamado legitimamente contra as condições de trabalho; b) Se recusar a cumprir ordem a que não deva obediência, nos termos da alínea e) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 128.º; c) Exercer ou candidatar-se ao exercício de funções em estrutura de

³² MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 155.

³³ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 327.

³⁴ MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 155.

representação colectiva dos trabalhadores; d) Em geral, exercer, ter exercido, pretender exercer ou invocar os seus direitos ou garantias.”

Outras regras que devem se pautar o empregador para aplicação da punição podem ser consultadas na Secção III do Capítulo VI do Título II do Código do Trabalho, destacando-se os artigos 329.º (Procedimento disciplinar e prescrição)³⁵ e 330.º (Critério de decisão e aplicação de sanção disciplinar).³⁶

Ademais, existem princípios que, decorrentes da doutrina e da jurisprudência, poderão orientar o aplicador da sanção, nomeadamente princípio da proporcionalidade e o princípio da unicidade. De acordo com José Andrade Mesquita, o primeiro “[...] relaciona directamente a sanção com a culpabilidade (elemento subjectivo) e com a gravidade da infracção (elemento objetivo)”^{37, 38}, ao passo que, conforme o segundo princípio, é permitido “[...] aplicar apenas uma sanção disciplinar por cada infracção [...]”.³⁹

Desse modo, o exercício do poder disciplinar deve está em consonância com as normas/critérios/princípios/regras supramencionado(a)s. Caso contrário o mesmo poderá ser considerado ilícito e em consequência terá seus efeitos anulados. Tal realidade pode ser corroborada no julgamento abaixo (Ac. STJ 09/02/2017 – P. 2913/14.3TTLSB.L1.S1, RIBEIRO CARDOSO), que considerou que na situação concreta não era mais possível o poder disciplinar ser exercido tendo em vista a sua caducidade: “[...] 2 – Tendo o empregador conhecimento da prática por determinado trabalhador de infracções disciplinares pelas quais o pretende sancionar, terá que iniciar o procedimento disciplinar com a notificação da nota de

³⁵ “1 – O direito de exercer o poder disciplinar prescreve um ano após a prática da infracção, ou no prazo de prescrição da lei penal se o facto constituir igualmente crime. 2 – O procedimento disciplinar deve iniciar-se nos 60 dias subsequentes àquele em que o empregador, ou o superior hierárquico com competência disciplinar, teve conhecimento da infracção. 3 – O procedimento disciplinar prescreve decorrido um ano contado da data em que é instaurado quando, nesse prazo, o trabalhador não seja notificado da decisão final. 4 – O poder disciplinar pode ser exercido directamente pelo empregador, ou por superior hierárquico do trabalhador, nos termos estabelecidos por aquele. 5 – Iniciado o procedimento disciplinar, o empregador pode suspender o trabalhador se a presença deste se mostrar inconveniente, mantendo o pagamento da retribuição. 6 – A sanção disciplinar não pode ser aplicada sem audiência prévia do trabalhador. 7 – Sem prejuízo do correspondente direito de acção judicial, o trabalhador pode reclamar para o escalão hierarquicamente superior ao que aplicou a sanção, ou recorrer a processo de resolução de litígio quando previsto em instrumento de regulamentação colectiva de trabalho ou na lei. 8 – Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto no n.º 6”.

³⁶ “1 – A sanção disciplinar deve ser proporcional à gravidade da infracção e à culpabilidade do infractor, não podendo aplicar-se mais de uma pela mesma infracção. 2 – A aplicação da sanção deve ter lugar nos três meses subsequentes à decisão, sob pena de caducidade. 3 – O empregador deve entregar ao serviço responsável pela gestão financeira do orçamento da segurança social o montante de sanção pecuniária aplicada. 4 – Constitui contra-ordenação grave a violação do disposto nos n.ºs 2 ou 3.”

³⁷ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 327.

³⁸ Com efeito, em regra, segundo este princípio, o empregador não poderá aplicar sanção igual para aquele empregador que furtou objetos de sua propriedade para si e para aquele que desobedeceu uma ordem que vedava fumar no estabelecimento. Perceba que são fatos diferentes, isto é, faltas diferentes, pois uma é grave e outra é leve. Assim, entendemos como ilegal uma sanção de despedimento para o segundo caso.

³⁹ Portanto, é vedado aplicar sanção pecuniária e perda férias ao empregado após o mesmo incorrer numa infracção.

culpa nos 60 dias posteriores àquele conhecimento, sob pena de caducidade do respetivo direito. 3 – Caso os factos conhecidos e as suas circunstâncias sejam insuficientes para fundamentar a nota de culpa, poderá proceder-se a inquérito prévio a iniciar nos 30 dias subsequentes àquele conhecimento, destinado ao apuramento dos factos e à recolha das respetivas provas, interrompendo-se então o prazo de caducidade de 60 dias prescrito no art. 329.º, n.º 2 do CT. 4 – Concluído o inquérito, o trabalhador tem que ser notificado da nota de culpa nos 30 dias posteriores, sob pena de caducidade do direito de exercer o procedimento disciplinar. 5 – Tendo o inquérito prévio, iniciado em 2.08.2013, data em que o trabalhador foi também suspenso preventivamente, sido concluído no dia 20.02.2014 e a notificação da nota de culpa tido lugar em 21.04.2014, ocorreu a caducidade do direito de exercício do procedimento disciplinar.”

Desse modo, vale ressaltar que todas as punições aplicadas pelo empregador poderão ser contestadas nos tribunais. Logo, as empresas devem analisar profundamente a sanção que será adequada ao caso concreto.

Situação anômala é aquela que trata sobre a titularidade do poder disciplinar no regime do contrato temporário, pois difere do que já foi explicado.

Antes de tudo, em síntese, é importante ressaltar que esta relação jurídica é formada pela empresa de trabalho temporário, pela empresa utilizadora e pelo trabalhador.

O trabalhador exerce a atividade em favor da empresa utilizadora, porém, seu empregador é a empresa de trabalho temporário.

Entre a empresa de trabalho temporário e a empresa utilizadora existe um contrato de prestação de serviço, o qual obriga aquela a disponibilizar um trabalhador a esta, temporariamente.

José Andrade Mesquita utiliza o seguinte exemplo para esclarecer este ponto:

A empresa de trabalho temporário (A) celebra um contrato de trabalho com uma secretária (B), mas com o objectivo de a colocar a desempenhar a respectiva actividade numa empresa sua cliente. Quando a empresa C (utilizadora) necessita de uma secretária, por que umas das trabalhadoras está de férias, celebra um contrato de prestação de serviço com A, para que esta coloque à sua disposição a secretária B. Esta não celebra qualquer contrato com C, mantendo o vínculo laboral com A [...].⁴⁰

No regime em estudo, o titular do poder de direção pertence ao beneficiário da mão de obra (empresa utilizadora), nos termos da alínea “c” do art. 2.º da Lei n.º 19/2007 de 22 de maio.⁴¹

⁴⁰ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 331.

⁴¹ “«Utilizador» a pessoa singular ou colectiva, com ou sem fins lucrativos, que ocupa, sob a sua autoridade e direcção, trabalhadores cedidos por uma empresa de trabalho temporário;”

Todavia, quanto ao poder disciplinar o regime é diferente, uma vez que somente poderá ser exercido por seu empregador, isto é, pela empresa de trabalho temporário, de acordo o n.º 3 do art. 35.º da Lei n.º 19/2007 de 22 de maio.⁴²

Desse modo, neste caso não é o beneficiário da mão de obra que irá aplicar a sanção disciplinar ao trabalhador (como ocorre frequentemente). Por outro lado, poderá orientar a atividade do mesmo.

2.1.4.1.3 DEVER DE OBEDIÊNCIA

Refere, sobre este ponto, Monteiro Fernandes, que

para que se reconheça a existência de um contrato de trabalho, é fundamental que, na situação concreta, ocorram as características da subordinação jurídica por parte do trabalhador [...]. A subordinação jurídica consiste numa relação de dependência necessária da conduta pessoal do trabalhador na execução do contrato face às ordens, regras ou orientações ditadas pelo empregador, dentro dos limites do contrato e das normas que o regem.⁴³

Segundo Fernando Ribeiro Lopes o “[...] poder de direção constitui o instrumento através do qual a entidade patronal orienta a realização da actividade devida pelo trabalhador para obtenção do resultado final.”⁴⁴

Destaca Supiot que a empresa tem “o poder de empregar as forças do trabalhador e de lhe impor os gestos, as atitudes e os ritmos que correspondem à organização do trabalho na empresa.”⁴⁵

Desse modo, a subordinação jurídica é caracterizada pelo dever de obediência do empregado ao poder de direção da empresa. Logo, há uma clara dependência do trabalhador face ao empregador no desempenhar da atividade. Assim, o dever de obediência é um efeito do poder de direção.

Este dever do trabalhador está prescrito no art. 128.º, n.º 1, alínea e) do CT: “cumprir as ordens e instruções do empregador respeitantes a execução ou disciplina do trabalho, bem como a segurança e saúde no trabalho [...]”

⁴² “O exercício do poder disciplinar cabe, durante a execução do contrato, à empresa de trabalho temporário.”

⁴³ FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 121.

⁴⁴ LOPES, Fernando, *Trabalho...*, cit., p. 59.

⁴⁵ SUPIOT, Alain. La dynamique du corps (protection physique et transformations du droit du travail et de la sécurité sociale). In: *Studi sul Lavoro, Scritti in Onore di Gino Giugni*. Cacucci, Ediotre, Bari, 1999, tomo II, p. 1624.

Por sua vez, o poder de direção tem fundamento legal no art. 97.º do Código do Trabalho: “Compete ao empregador estabelecer os termos em que o trabalho deve ser prestado, dentro dos limites decorrentes do contrato e das normas que o regem.”

Em razão de muitas empresas estarem estruturadas hierarquicamente, os trabalhadores devem também obedecer às ordens não só do empregador, como também de outros funcionários, conforme determina o art. 128.º, n.º 2, do Código do Trabalho: “O dever de obediência respeita tanto a ordens ou instruções do empregador como de superior hierárquico do trabalhador, dentro dos poderes que por aquele lhe forem atribuídos.”

Diante disso, a obrigatoriedade em cumprir as ordens do empregador simboliza o dever de obediência.

É importante mencionar que para a subordinação existir é dispensável a emissão permanente de ordens, pois basta o empregado estar disponível para recebê-las.

Pensemos, por exemplo, no caso de um empregado que já exerce uma função na empresa há muito tempo e que em razão disso já não mais necessita de orientação frequente para exercê-la. Neste caso, obviamente, o empregador não mais necessitará emitir ordens objetivando definir a atividade, pois o empregado já foi orientado anteriormente. Portanto, a emissão de ordens será quase inexistente.

Ademais, podemos usar como exemplo aquela função que só é exercida em decorrência da necessidade do contato direto com os clientes da empresa. É o caso da empresa de *call center*. Embora não ocorra o recebimento ou a realização de ligações, a subordinação irá existir uma vez que o trabalhador estava disponível para exercer seu labor. Vale ressaltar que as ligações estão sendo realizadas ou recebidas em razão de uma ordem do empregador.

Todos estes exemplos citados podem ser qualificados como atividade subordinada. Nas palavras de Pedro Romano Martinez a “[...] obediência significa uma obrigatoriedade de acatar ordens emitidas pelo empregador, mas não pressupõe uma emissão permanente de comandos; para haver subordinação jurídica basta que o trabalhador esteja na disponibilidade de receber ordens.”⁴⁶

Sobre este ponto esclarece o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de Maio de 1995, in BMJ, n.º 447, p. 308 e seguintes: “[...] a subordinação jurídica existirá sempre que ocorra a mera possibilidade de ordens e direcção, bem como quando a entidade patronal possa de algum modo orientar a actividade laboral em si mesma, ainda que só no tocante ao lugar ou momento da sua prestação.”

⁴⁶ MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 154.

Complementa Maria do Rosário Palma Ramalho que a

[...] subordinação pode ser meramente potencial, no sentido em que para a sua verificação não é necessária uma actuação efectiva e constante dos poderes laborais, mas basta a possibilidade de exercício deste poderes – assim, um trabalhador a quem o empregador já não dê ordens, porque nele deposita a maior confiança, ou aquele cujo empregador esteja ausente, não perde a qualidade de trabalhador subordinado.⁴⁷

É através da subordinação que se especificam ou se detalham as tarefas que devem ser feitas, isto é, determina a prestação do serviço. Assim, quem determina como, onde e quando a atividade será prestada é o empregador. É por este motivo que o contrato de trabalho é considerado relativamente indeterminado. Ao comentar esta função da subordinação escreve Bernardo Lobo Xavier:

[...] o trabalhador vincula-se a prestar um certo tipo de actividade, e mais se sujeita (encontramos aqui a ideia de subordinação) a que ela seja concreta concretamente determinado por uma espécie de escolha da entidade empregadora. Não promete, pois, apenas a actividade, mas também concorda executá-la naqueles precisos termos que o empregador venha a exigir. A este último pertence, a cada momento e em certos limites, dirigir a execução efectiva da prestação do trabalho, ordenando-a na sua actuação concreta.⁴⁸

Este direito do empregador pode ser exercido em abstracto, por meio de regulamentos, bem como em concreto, através de ordens.

Todavia, o poder de direção não é absoluto, pois possuem limites fixados em lei, bem como podem estar previstos no contrato celebrado entre as partes. Com efeito, dispõe o art. 128.º, n.º 1, alínea e) do CT que as “[...] ordens e instruções do empregador [...]” dirigidas ao trabalhador “[...] não sejam contrárias aos seus direitos ou garantias [...]”

Oportuna é a lição de José Andrade Mesquita sobre este ponto, ao asseverar que

[...] o poder de dar ordens ou emitir normas genéticas tem limitações que resultam, desde logo, dos arts. 121.º, n.º 1, al. d, e 374.º, n.º 1, al. b), e ainda de qualquer fonte de Direito (desde a Constituição aos usos) ou de cláusulas contratuais, expressa ou tacitamente aceites. Em especial, deve ter-se em atenção a categoria profissional e ainda as autonomias técnicas e deontológica. Não é possível ao empregador, por exemplo, determinar o modo de um advogado intentar uma acção judicial, ou o tipo de medicamentos que um médico deve receitar. Estas ordens violariam a autonomia técnica inerente ao exercício de ambas as profissões.⁴⁹

⁴⁷ RAMALHO, *Tratado...*, cit., p. 38-9.

⁴⁸ XAVIER, *Manual...*, cit., p. 296.

⁴⁹ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 326.

Adota a mesma linha de raciocínio Pedro Romano Martinez, pois diz que inexistente “[...] um direito ilimitado de empregador dar ordens, tendo o trabalhador direito à desobediência legítima.”⁵⁰

Desta maneira, se ocorrer conflito entre o poder de direção previsto para o empregador e os direitos e garantias do trabalhador, devem prevalecer estes, não aqueles.

Neste caso, a desobediência será legítima, não podendo o trabalhador ser punido por tal atitude conforme determina o art. 331.º, n.º 1, alínea b), pois o mesmo entende como abusiva a sanção aplicada ao trabalhador que se “[...] recusar a cumprir ordem a que não deva obediência, nos termos da alínea e) do n.º 1 e do n.º 2 do artigo 128.º”.

Entre os direitos e garantias do trabalhador previstos no Código do Trabalho podemos destacar as regras de igualdade e não discriminação (arts. 23.º a 32.º do CT), bem como aquelas que tratam da proteção de parentalidade (arts. 33.º a 65.º do CT). Estas prerrogativas/limites também podem estar previstas em instrumentos de regulamentação colectiva. Portanto, o trabalhador não está obrigado a executar uma ordem ilegal do empregador.

Sobre o assunto, veja o seguinte Acórdão do STJ (08/05/2012, Processo 263/06.8TTCSCL1.S1, SAMPAIO GOMES): “Não tendo sido possível acertar os interesses de ambas as partes, os interesses da lactante devem sobrepor-se aos interesses da entidade patronal da mãe, pelo que a ordem dada, no sentido de aquela cumprir um horário totalmente incompatível com a amamentação da recém-nascida se mostra ilegítima e, enquanto tal, a A. não estava obrigada a cumpri-la, sendo o seu despedimento, fundamentado neste incumprimento, ilícito.”

É importante assinalar que há relações jurídicas aparentemente de trabalho autónomo, porém são relações de trabalho subordinado.

Por isso, ressalta Fernando Ribeiro Lopes que “[...] perante relações contratuais concretas, a sua qualificação pode ser difícil ou mesmo impossível.”⁵¹

Nestes casos a subordinação jurídica não é evidente ou óbvia, principalmente por não ser possível identificar facilmente a vinculação do trabalhador às ordens do empregador. É uma característica do caso concreto que dificulta a atividade que visa à qualificação deste como contrato de trabalho em razão do grau de especialização. É por isso que, segundo Maria do Rosário Palma Ramalho,

a subordinação comporta graus no sentido em que pode ser mais ou menos intensa, de acordo com as aptidões do próprio trabalhador, com o lugar que ocupa na organização

⁵⁰ MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 154.

⁵¹ LOPES, Fernando, *Trabalho...*, cit., p. 60.

laboral ou com o nível de confiança que o empregador nele deposita – assim, a subordinação de um trabalhador especializado ou de um quadro técnico é habitualmente menos intensa do que a subordinação de um trabalhador indiferenciado.⁵²

Acrescenta Mazzoni que

quanto mais o trabalho se refina e assume carácter intelectual, mais difícil é estabelecer uma nítida diferenciação, porque a subordinação tende a atenuar-se cada vez mais, na relação de trabalho subordinado, e a avizinhar-se daquela genérica supervisão, por parte do empregador, que se encontra também na relação de trabalho autónomo e que corresponde a um direito do comitente.⁵³

Ao ponderar este tema, Monteiro Fernandes diz que

[...] de resto, persistem, amiúde, nessas mesmas situações de trabalho subordinado, resquícios do conteúdo tradicional dos contratos de prestação de serviço, em cujos vazava, com prevalência, o exercício das chamadas profissões liberais. Apontaremos, entre eles, o regime de retribuição por tarefa e a correlativa maleabilidade do esquema de duração do trabalho.⁵⁴

Neste mesmo sentido afirma Pera que

[...] a subordinação em concreto, ou seja, a possibilidade para o dador de trabalho de dirigir a actividade do trabalhador subordinado, é condicionada pelo tipo específico de trabalho estabelecido no contrato. Neste sentido o grau de subordinação efectiva reduz-se progressivamente consoante se passa de um trabalho comum, manual ou corrente a um especializado e implicando progressivamente competências técnicas mais ou menos elevadas.⁵⁵

A título de ilustração, podemos citar o caso dos trabalhadores (advogados, médicos e engenheiros) cujas atividades, em razão da sua natureza, são, em regra, exercidas mediante um contrato de prestação de serviço,

Nestas situações, o grau de subordinação será menor. Contudo, também é perfeitamente possível o reconhecimento da subordinação jurídica. Um advogado, por exemplo, poderá ocupar um dos polos na relação jurídica laboral.

Vale ressaltar que a autonomia técnica não é óbice para o reconhecimento da subordinação jurídica, ou seja, para o direito do trabalho não importa a independência técnica e sim a dependência/subordinação jurídica para a qualificação do contrato de trabalho.

A autonomia técnica ocorre quando o profissional especializado executa a sua atividade técnica sem nenhuma determinação detalhada do empregador.

⁵² RAMALHO, *Tratado...*, cit., p. 39.

⁵³ *Apud* FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 121, nota de rodapé 1.

⁵⁴ FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 122.

⁵⁵ PERA, G. *Diritto del Lavoro*. 2.^a ed. Padova: Cedam, 1984, p. 408.

Portanto, não existe orientação do empregador determinando como será feita a atividade tendo em vista o seu desconhecimento técnico.

É importante comentar que é comum uma empresa contratar um trabalhador que é altamente qualificado para desenvolver uma atividade que não têm relação com a atividade fim da mesma. Podemos exemplificar com as contratações realizadas para a área da informática e para a área da contabilidade. Com toda certeza estes profissionais são admitidos para executar um trabalho que não têm dependência técnica com o empregador, pois carece ao mesmo conhecimento técnico avançado sobre a atividade em desenvolvimento.

Contudo, existe subordinação jurídica, pois podem obedecer a ordens genéricas (a empresa, por exemplo, determina o local e o horário de trabalho) e podem, caso seja necessário, ser sancionados pelo empregador.

Logo, o empregador poderá determinar onde e quando o labor será exercido. Por conseguinte, a subordinação jurídica poderá ser identificada nestes casos pela vinculação do trabalhador em relação às regras estruturais administrativas da empresa (local, horário, normas internas procedimentais). Estas regras demonstram que a atividade desenvolvida está inserida “no âmbito de organização” da empresa.

Se não fosse possível qualificar estas relações jurídicas como contrato de trabalho, os trabalhadores independentes técnicos iriam ser afastados da tutela jurídica laboral e em consequência iriam ser gravemente prejudicados.

Assim, é possível existir um contrato de trabalho em que há independência técnica entre empregador e trabalhador.

Nas palavras de Monteiro Fernandes “[...] existe subordinação jurídica sem dependência técnica.”⁵⁶

Assim concluiu o STJ (Data do Acórdão: 04/02/2015, Processo 437/11.0TTOAZ.P1.S1, Relator: PINTO HESPANHOL⁵⁷) após analisar a relação jurídica que um médico fez parte: “[...] No que se reporta à atividade exercida pelo A. — médico dentista — , conquanto tenha, tradicionalmente, natureza liberal, nada obsta a que possa ser exercida em regime de trabalho subordinado, sendo que a isso não obsta a autonomia técnica, e a *legis artis*, próprias do exercício dessa atividade profissional. Aliás, atualmente e cada vez mais, se vai esbatendo a fronteira entre atividades que, pela sua natureza liberal, eram exercidas por conta própria, e que foram passando a ser exercidas em regime de trabalho subordinado,

⁵⁶ FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 122.

⁵⁷ Disponível em www.dgsi.pt.

consentido este a autonomia técnica e podendo a subordinação jurídica manifestar-se de outras formas que não a ingerência na autonomia técnica. [...]"

No mesmo sentido decidiu o Tribunal da Relação de Lisboa (Data do Acórdão: 16/01/2008, Processo 2224/2007-4, Relator: MARIA JOÃO ROMBA⁵⁸), pois qualificou como contrato de trabalho a atividade de um engenheiro: “[...] II – Não obstante o elevado grau de autonomia exigível nesses casos, é possível o desempenho de funções de elevada craveira técnica e intelectual em regime de subordinação jurídica, como acontece com a profissão de engenheiro. [...]”. É nesta perspectiva que Maria do Rosário Palma Ramalho ensina que

a subordinação é jurídica e não técnica, no sentido em que é compatível com a autonomia técnica e deontológica do trabalhador no exercício da sua atividade e se articula com as aptidões profissionais específicas do próprio trabalhador e com a autonomia inerente à especificidade técnica da própria actividade (art. 116.º do CT) – assim, o estado de subordinação e, conseqüentemente, a existência de um contrato de trabalho é compatível com uma actividade profissional especializada ou que tenha uma componente académica ou artística.⁵⁹

Para reforçar, vale a pena a leitura do artigo 116.º, sob epígrafe *autonomia técnica*, do Código do Trabalho: “A sujeição à autoridade e direção do empregador não prejudica a autonomia técnica do trabalhador inerente à atividade prestada, nos termos das regras legais ou deontológicas aplicáveis.” É por isto que Monteiro Fernandes ensina que

para além das situações em que, de facto, não ocorrem comportamentos directivos do empregador, há que considerar aquelas em que constituem objeto de contrato de trabalho (e, por conseguinte, são exercidas em subordinação jurídica) atividades cuja natureza implica a salvaguarda absoluta da autonomia técnica do trabalhador (p. ex. um médico ou um engenheiro): é a possibilidade admitida pelo art. 116.º CT. Em tais casos, o trabalhador apenas ficará adstrito à observância das directrizes mais gerais do empregador em matéria de organização do trabalho (local, horário, normas de procedimento burocrático, regras disciplinares): existe subordinação jurídica sem dependência técnica.⁶⁰

Por fim, Júlio Vieira Gomes defende

[...] que o que importa para que o trabalho seja subordinado não é que ele seja heterodirigido, mas sim que ele possa ser. Por outras palavras, o que importa é que a prestação a que o trabalhador contratualmente se obrigou possa ser dirigida na sua execução pelo empregador, que este tenha a possibilidade (mesmo que decida não a utilizar) de intervir, a qualquer momento, ordenando que a prestação seja executada desta ou daquela maneira. Em suma, o que releva é que o operário altamente especializado pode, na prática, apenas receber directivas muito genéricas, mas o seu

⁵⁸ Disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁹ RAMALHO, *Tratado...*, cit., p. 39.

⁶⁰ FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 122.

empregador (ou o superior hierárquico competente) pode ainda dar-lhe instruções concretas de assim o desejar. [...]»⁶¹

Podemos resumir as razões de ser ou fundamentos de existência do poder de direcção em três circunstâncias.⁶²

A primeira é a eficácia da hierarquia (representa a subordinação, pois pressupõe ordens e obediência entre os membros da equipe de trabalho) para o bom funcionamento das empresas, pois dificilmente sem a hierarquia a mesma iria desenvolver sua atividade econômica com sucesso.

Concretizemos através de um exemplo. Normalmente é o líder de uma organização (o superior hierárquico) quem determina as práticas prósperas dos subordinados; em outras palavras, é ele quem determina como, quando e onde será realizada a atividade que causará lucros. Nesta perspectiva José Andrade Mesquita escreve que

[...] as organizações apenas excepcionalmente conseguem funcionar sem hierarquia, pelo que lhes é inerente a ideia de subordinação. A produção de bens e serviços fora deste sistema, não sendo inviável, acarreta seguramente muitas dificuldades, que aumentam na razão directa do tamanho da organização. Uma sociedade de poucas pessoas, com uma relação mútua de confiança, pode funcionar sem hierarquia quando, por exemplo, todos assumem funções de gerência, mas a organização empresarial, não obstante o princípio da gestão democrática, carece de uma direcção eleita pelos cooperadores.⁶³

Desse modo, a manifestação da importância desta função da hierarquia é proporcional ao tamanho das empresas. Quanto maior for, mais será manifestação da hierarquia. Destarte, fica cristalino o papel do poder de direcção, manifestado, neste caso, pela hierarquia.

A segunda razão reside no fato de que, no dia da celebração do contrato de trabalho, as partes não podem elencar o rol taxativo e imutável de atividades que serão desenvolvidas pelo trabalhador. Segundo José Andrade Mesquita

[...] torna-se quase impossível determinar a prestação laboral prévia e pormenorizadamente. A eventual determinação prévia, além, do risco bastante provável de falhar, tornar-se-ia muito difícil, a não ser em casos excepcionais como, por exemplo, no de um contrato com um prazo de poucos dias, para execução de um serviço determinado precisamente definido (art. 129.º, n.º 2, al. g). Já um contrato de prestação de serviço, em regra, permite programar a actividade mais facilmente. Numa empreitada, por exemplo, define-se a obra a executar com todo pormenor, havendo apenas, depois, que cumprir as cláusulas contratuais. Se, por exemplo, alguém se obriga a construir uma casa de acordo com um projecto

⁶¹ GOMES, Júlio Vieira. *Direito do Trabalho*. I Vol., Relações individuais de trabalho. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 124.

⁶² MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 324.

⁶³ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 324.

pormenorizadamente elaborado, não se torna necessário determinar mais nada durante a execução do contrato, carecendo as alterações de aprovação consensual das partes.⁶⁴

É nesta oportunidade que o poder de direção será profícuo, pois o mesmo irá definir o *modus operandi* detalhado prático do labor.

A terceira e última razão da existência do poder de direção é o desejo do empresário em influenciar, por meio de suas orientações ou ordens, o serviço que será realizado na sua empresa. Para José Andrade Mesquita “[...] a justificar o poder de direção e o correspondente dever de obediência, está o facto de o credor dos serviços pretender dirigir a execução das tarefas, em vez de esperar, de forma passiva, pelo resultado final.”⁶⁵

Exemplificando: imaginemos uma empresa cuja atividade econômica é a venda de produtos. Nesta existem metas diárias, semanais e mensais para os vendedores. O empregador, em razão do poder de direção, poderá dirigir ou fiscalizar as tarefas dos vendedores visando à concretização de suas metas. Portanto, a empresa poderá, constantemente, definir a estratégia para realizar este desiderato.

Desse modo, a metodologia para alcançar o resultado poderá ser adotada pela empresa e não somente pelo empregado. Isto não acontece no contrato de prestação de serviço, pois não é o beneficiário da mão de obra quem dá as ordens e as instruções para ser executada a tarefa.

No que ao atine ao elemento mais importante da subordinação (a alienabilidade, dever de obediência, sujeição ao poder disciplinar), existe divergência na doutrina.

José Andrade Mesquita julga que o dever de obediência é o mais relevante para a caracterização da subordinação jurídica. Ao cotejar o mesmo com o poder disciplinar, afirma que aquele poderá se manifestar automaticamente após a assinatura do contrato de trabalho. Contudo, o poder disciplinar só poderá ser externado em razão de uma desobediência do trabalhador.⁶⁶ Exemplificando: o dever de obediência poderá ser observado no dia seguinte à assinatura do contrato, pois pode-se determinar em suas cláusulas, *incontinenti*, o local e o horário de trabalho. Todavia, nesta mesma situação jurídica não é possível observar o poder disciplinar se o trabalhador não fora desobediente, isto é, se não descumpriu o contrato de trabalho. Vale ressaltar que um contrato de trabalho poderá ser encerrado com um trabalhador sem o mesmo ter recebido uma única punição. Ademais, José Andrade Mesquita comenta que

[...] seria perfeitamente possível o trabalho subordinado sem poder disciplinar exercido pelo empregador, bastando que se atribuísse aos Tribunais a competência para aplicar as sanções disciplinares. Embora a solução fosse pouco eficaz, não

⁶⁴ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 325.

⁶⁵ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 326.

⁶⁶ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 329-30.

descharacterizava a subordinação jurídica. Diversamente, faltando o dever de desobediência e o poder de direção, não restam dúvidas de que a subordinação desaparece.⁶⁷

José Andrade Mesquita reforça o argumento de que o dever de obediência e o correspondente poder de direção é mais relevante que o poder disciplinar ao asseverar que é possível identificar a existência do poder disciplinar em relações jurídicas que não são qualificadas como contrato de trabalho. É o caso dos cooperadores que podem sofrer sanções, conforme dispõe o n.º 1 do artigo 25.º do Código Cooperativo: “Podem ser aplicadas aos cooperadores as seguintes sanções: a) Repreensão; b) Multa; c) Suspensão temporária de direitos; d) Perda de mandato; e) Exclusão.”⁶⁸ José Andrade Mesquita conclui que “[...] as sanções disciplinares previstas nos artigos citados aplicam-se quando não existe qualquer subordinação, regendo-se a cooperativa pelo princípio da gestão democrática.”⁶⁹

José Andrade Mesquita sublinha que

[...] a alienabilidade não se enquadra na subordinação jurídica, porque estes dois conceitos reportam-se a diferentes aspectos da atividade laboral, podendo encontrar-se subordinação jurídica sem alienabilidade e vice-versa. [...] Basta pensar no caso de um vendedor que recebe, durante a semana, o dinheiro dos clientes, depositando-o na sua conta bancária e fica obrigado a transferir para a entidade patronal o montante final, depois de descontada a sua percentagem e algumas despesas.⁷⁰

Deste modo, segundo este autor, poderá existir subordinação jurídica sem a presença do elemento da alienabilidade. Perceba que no exemplo citado do vendedor uma parte dos frutos da atividade é compartilhada com quem executa a mesma, ou seja, com o trabalhador. Desse modo, para o autor, nesta hipótese fica cristalino a inexistência de alienabilidade, pois existe divisão do lucro resultante da atividade.

Em sentido contrário, Maria do Rosário Palma Ramalho ressalta que “[...] a verdade é que, enquanto marca distintiva do contrato de trabalho, o poder de direção é pouco saliente, o que dificulta a sua aptidão para distinguir este contrato das figuras afins.”⁷¹

Portanto, na visão da professora o poder de direção não se destaca como critério para diferenciar o contrato de trabalho das suas relações jurídicas afins devido à falta de saliência em algumas relações jurídicas subordinadas.

⁶⁷ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 329-30.

⁶⁸ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 329-30.

⁶⁹ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 329-30.

⁷⁰ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 329-30.

⁷¹ RAMALHO, *Tratado...*, cit., p. 58.

Maria do Rosário Palma Ramalho utiliza-se de três argumentos para demonstrar o seu posicionamento.⁷²

O primeiro respalda-se na possibilidade que durante a execução do contrato de contrato este pode não ser exercido. Maria do Rosário Palma Ramalho assevera que

[...] há situações em que o poder de direção não é exercido pelo seu titular (assim, o trabalhador cujo empregador esteja ausente e aquele que, por qualquer outra razão, não receba ordens ou instruções, bem como as situações de elevada autonomia técnica); ora como nestas situações o contrato de trabalho não se descaracteriza, forçoso é concluir pelo fraco valor qualificativo deste poder.⁷³

O segundo fundamenta-se em realidades cujo poder directivo não pertence ao empregador, mas a outrem. Maria do Rosário Palma Ramalho cita as seguintes realidades para reforçar o seu argumento:

[...] No contrato temporário, o poder directivo cabe à empresa utilizadora, embora a lei reconheça a empresa de trabalho temporário como empregador – arts. 172º a) e b) e 185º nº 2 do CT; e, no trabalho portuário, o empregador é a empresa de trabalho portuário mas os trabalhadores são cedidos às empresas de estiva que dirigem o respectivo – art. 2º c) do DL nº 280/93, de 13 de Agosto); por outro lado, em vicissitudes contratuais como a cedência ocasional de trabalhadores o poder directivo é atribuído à entidade cessionária (art. 288º do CT), que, todavia, não é o empregador.⁷⁴

Com efeito, de acordo com a autora, nestes casos o poder de direção será ineficaz para comprovar o vínculo laboral.

O terceiro argumento reside na existência de características do poder de direção também em outras relações jurídicas não laborais. Em outras palavras, também é possível identificar instruções e fiscalizações em figuras jurídicas que não são qualificadas como contrato de trabalho. O argumento em análise é defendido por Maria do Rosário Palma Ramalho da seguinte forma:

[...] ainda que sob outras designações, nas diversas figuras negociais que enquadram o denominado trabalho autónomo são previstos poderes de instruir o prestador da actividade e de controlar a actividade prestada – assim, na execução do mandato, o mandatário deve conformar-se às instruções do mandante (art. 1161.º a) do CC; na empreitada, o dono da obra tem o poder de fiscalizar o empreiteiro e pode mesmo, unilateralmente, introduzir modificações ao plano inicial, que vinculam o empreiteiro (arts. 1209.º e 1216.º, n.º 1 do CC); e no contrato de agência o agente deve conformar a sua conduta às instruções da outra parte (art. 7.º a) do DL n.º 178/86, de 3 de Julho).⁷⁵

⁷² RAMALHO, *Tratado...*, cit., p. 58.

⁷³ RAMALHO, *Tratado...*, cit., p. 58.

⁷⁴ RAMALHO, *Tratado...*, cit., p. 58.

⁷⁵ RAMALHO, *Tratado...*, cit., p. 59.

Desse modo, devido a este carácter não especial e não singular, na opinião da autora, este critério poderá ser declarado ineficaz no intuito de qualificar o contrato de trabalho.

Tendo em vista a fraqueza do poder de direção para qualificar o contrato de trabalho nas situações jurídicas citadas nos dois primeiros argumentos, Maria do Rosário Palma Ramalho entende que o poder disciplinar é mais apto para qualificar o contrato de trabalho nas mesmas. A autora afirma, ao comentar as realidades jurídicas utilizadas para reforçar o segundo argumento, que “[...] nestes casos, a lei qualifica como empregador o titular do poder disciplinar, o que evidencia o valor qualificativo autónomo deste poder [...]”⁷⁶, e referindo-se aos exemplos citados para demonstrar o primeiro argumento, assenta que

[...] nestes casos, o elemento decisivo para a qualificação será, com probabilidade, o grau de integração do trabalhador no seio da organização empresarial e a sua sujeição a regras de disciplina da organização, que não se reportem à prestação (em suma, a sujeição ao poder disciplinar na sua faceta ordenadora ou prescritiva), para além da sujeição ao poder disciplinar sancionatório.⁷⁷

No mesmo sentido decidiu o Tribunal da Relação do Porto (Data do Acórdão: 23/03/2009, Processo 0845906, Relator: ALBERTINA PEREIRA⁷⁸), pois considerou a inexistência do poder disciplinar para não qualificar o vínculo jurídico existente entre instituição de ensino e um professor universitário: “Tendo as partes celebrado contratos que denominaram de prestação de serviços (docência universitária), cujas cláusulas se ajustam a este tipo contratual, e não provando o autor factos suficientemente reveladores de que se verificasse uma situação de subordinação jurídica do mesmo em relação à ré – nem se vislumbrando que o mesmo estivesse sujeito ao poder disciplinar da ré, ou que esta exercesse autoridade para controlar a actividade desenvolvida pelo autor – não pode afirmar-se a existência de um contrato de trabalho.”

Julgamos que a eleição do elemento mais importante para qualificar a subordinação dependerá do caso concreto.

Desse modo, se o elemento do poder de direção não estiver sendo exercido, por exemplo, em razão do mesmo for transferido para um terceiro, que é o caso do trabalho temporário, o melhor caminho é recorrer ao poder disciplinar, pois nesta situação jurídica o mesmo é de titularidade tão somente do empregador.

Ademais, será mais relevante para a caracterização do elemento da subordinação o dever de obediência e o correspondente poder de direção em relações jurídicas cujo poder

⁷⁶ RAMALHO, *Tratado...*, cit., p. 60-1.

⁷⁷ RAMALHO, *Tratado...*, cit., p. 60.

⁷⁸ Disponível em www.dgsi.pt.

disciplinar nunca fora exercido, uma vez que um dos efeitos imediatos do contrato de trabalho é a execução da atividade sob autoridade e sob a direção do empregador.

Por fim, entendemos que o qualificador de uma relação jurídica atribuirá mais importância para o elemento da alienabilidade, a título de ilustração, em atividades que exigem conhecimento técnico avançado. Nesta relação jurídica o empregador dificilmente irá emitir instruções (poder de direção) ou identificar um equívoco do trabalhador que autorizará o exercício do poder disciplinar. Contudo, todos os frutos da atividade executada pertencem ao empregador e não ao trabalhador. Desse modo, nesta situação o poder disciplinar e o poder de direção poderão ser considerados irrelevantes para a qualificação do trabalho subordinado.

3 DISTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO EM RELAÇÃO A FIGURAS

AFINS

Nos termos do número 1 do artigo 405.º do Código Civil, “dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos, celebrar contratos diferentes dos previstos neste código ou incluir nestes as cláusulas que lhes aprouver”.

Tal artigo expressa o Princípio da Liberdade Negocial que é aplicado na relação contratual de trabalho: as cláusulas de um contrato podem ser pactuadas livremente pelas partes. É por esta razão que o contrato nasce em virtude do acordo entre o empregador e o trabalhador.

Todavia, esta autonomia é limitada devido à desigualdade (desequilíbrio contratual) existente entre as partes, bem como em razão do uso da mesma para fins ilícitos ou para fraudar a legislação laboral.

Vale assinalar que entre as funções do Direito do Trabalho destaca-se a proteção que o mesmo exerce em favor do trabalhador ao limitar os poderes do empregador através da criação de regras, como por exemplo a criação de limites máximos da duração do trabalho. Nesse sentido assevera Arnaldo Sussekind que

[...] o princípio protetor, ou da proteção do trabalhador, erige-se como o mais importante e fundamental para a construção, interpretação e aplicação do Direito do Trabalho. A proteção social aos trabalhadores constitui a raiz sociológica do Direito do Trabalho e é imanente a todo o seu sistema jurídico.⁷⁹

É uma limitação que visa à prevenção de ilicitudes, como por exemplo a qualificação de um contrato de prestação de serviço sendo um contrato de trabalho. Isto é, em razão deste sistema protetor previsto para o contrato de trabalho é possível identificarmos, na prática, a adoção de fraudes, como por exemplo a qualificação de um contrato de trabalho como um trabalho autónomo (contrato de prestação de serviço).

Deste modo, a escolha pelo regime aplicável referentemente ao trabalho autónomo poderá ser alvo de apreciação no intuito de verificar se tal escolha é lícita ou ilícita.

O caso supracitado é um claro exemplo de qualificação abusiva de um contrato para se escusar da legislação laboral. É assim que esclarece João Leal Amado que “[...] naturalmente, o trabalhador também participa, mas o qual normalmente, lhe é imposto pelo empregador como condição *sine qua non* para proceder à respectiva admissão na empresa”.⁸⁰

⁷⁹ SUSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 111.

⁸⁰ AMADO, João Leal. O contrato de trabalho entre a presunção legal de laboralidade e o presumível desacerto legislativo. In: *Temas laborais luso-brasileiros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 4.

Sobre o assunto Pedro Romano Martinez comenta que a qualificação pelo trabalho autónomo poderá está fundamentada em um motivo fraudulento

[...] para obstar à aplicação das normas imperativas de direito do trabalho, como meio de prejudicar, em princípio, o prestador de trabalho. De facto, a fuga para o trabalho autónomo, tendo em vista a flexibilização do vínculo jurídico, pode implicar que não apliquem as regras jurídico-laborais que melhor protegem o trabalhador. Em tal caso, haverá uma errada (ou abusiva) qualificação do contrato, que não vincula o intérprete, cabendo ao tribunal corrigir o lapso.⁸¹

Acrescenta Orlando de Carvalho que “[...] a liberdade contratual é a liberdade de modelar e de concluir os negócios, não a de decidir arbitrariamente da lei a que eles devem submeter-se [...]”.⁸²

Com intuito de amparar o trabalhador nestas situações aplica-se o Princípio da Primazia da Realidade, segundo o qual a verdade real sobrepõe-se à verdade formal. Com muita sabedoria afirma João Leal Amado que “[...] os contratos são o que são, não o que as partes dizem que são [...]. Na verdade, as partes são livres de concluir o contrato x ou contrato y, mas já não são para celebrar o contrato x dizendo que celebraram o contrato y.”⁸³

Portanto, o direito do trabalho atribui mais relevância aos factos em comparação à qualificação jurídica atribuída pelas partes para evitar que a qualificação equivocada de uma relação jurídica possa causar extraordinários danos ao trabalhador.

Destarte, para definirmos qual regime será aplicável em uma situação jurídica é necessário identificarmos o tipo do contrato em apreciação. Em outras palavras, a decisão que visa sujeitar uma situação jurídica a um regime jurídico deve está pautada em um estudo prévio referente à qualificação da mesma. Segundo Maria do Rosário Palma Ramalho a qualificação “[...] constitui o pressuposto natural da sujeição ao respectivo regime jurídico.”⁸⁴

Para o direito do trabalho ser aplicado deve-se analisar a maneira que o labor é exercido, uma vez que o seu objeto é a atividade subordinada, isto é, não é em qualquer relação jurídica que o objeto é a execução de uma atividade que este ramo do direito é aplicado. Monteiro Fernandes explica que

[...] o Direito do Trabalho não recobre todo o trabalho, nem mesmo todas as modalidades em que alguém beneficia da força de trabalho de outrem, mediante uma contraprestação pecuniária. Só a prestação de trabalho numa relação de certa estrutura lhe interessa: trata-se do trabalho subordinado. Significa isto que espécies importantes de relações sociais baseadas na aplicação da força de trabalho são deixadas à margem do Direito do Trabalho – o que, em princípio, redundaria na sua sujeição às regras gerais

⁸¹ MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 309.

⁸² CARVALHO, Orlando de. *Escritos*. Páginas de Direito. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 1998, p. 22-3.

⁸³ AMADO, *O contrato...*, cit., p. 118.

⁸⁴ RAMALHO, *Delimitação...*, cit., p. 562.

do direito privado referentes às obrigações e aos contratos, ou seja, na ausência de qualquer proteção legal específica para quem fornece, no quadro dessas relações, a força de trabalho alheio.⁸⁵

A subordinação jurídica é caracterizada quando há uma relação de dependência ou sujeição, quanto à atividade, entre quem executa e aquele que se beneficia da mesma.

Explica Pedro Romano Martinez que “[...] importa que o empregado decida, nomeadamente, o que há-de o trabalhador fazer, como deve realizar a prestação e quais as horas em que desempenha o seu trabalho.”⁸⁶

Portanto, é exigido que haja subordinação jurídica entre o empregador e empregado para que seja reconhecido um contrato de trabalho, visto que a atividade exercida de forma independente não autoriza a aplicação das normas do direito do trabalho. Portanto a atividade deve estar vinculada à autoridade e direção do empregador.

Teoricamente é fácil diferenciar as relações jurídicas afins do contrato de trabalho. Todavia tal intento é difícil na prática, precipuamente, porquanto o contrato de trabalho é uma espécie do gênero contrato de prestação de serviço, isto é, são figuras próximas. Escreve Pedro Romano Martinez que em

[...] termos teóricos, podemos aceitar que há um contrato de prestação de serviços em sentido amplo, o qual engloba a prestação de serviços subordinada – onde se inclui o contrato de trabalho – e a prestação de serviços autónoma, que corresponde ao contrato de prestação de serviço propriamente dito. Este, por sua vez, subdivide-se em quatro categorias: a prestação de serviço atípica, o mandato, o depósito e a empreitada.⁸⁷

Portanto, como os dois institutos (o contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviço) em comento possuem afinidades, a atividade cuja intenção é qualificá-lo, precipuamente ao contrato de trabalho, torna-se penosa, pois necessita-se de um processo que demanda provas (ônus do trabalhador) para qualificar os elementos do contrato de trabalho. Entre esta desvantagem destaca-se também a morosidade e incerteza da justiça.

Com base neste entendimento, Maria do Rosário Palma Ramalho, recomenda “[...] uma avaliação cuidada do modo como o contrato é executado e um juízo sobre a actuação das partes nesse contrato.”⁸⁸

Sobre este ponto assevera Pedro Romano Martinez que “[...] é perante cada hipótese concreta que os tribunais têm de qualificar as situações, podendo haver algum casuísmo na

⁸⁵ FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 126.

⁸⁶ MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 38.

⁸⁷ MARTINEZ, *Trabalho...*, cit., p. 275.

⁸⁸ RAMALHO, *Delimitação...*, cit., p. 566.

respectiva resolução. Casuísmo, não no sentido de incerteza, mas tendo em conta a especificidade de cada caso concreto que será um fator relevante.”⁸⁹

Para Luís Manuel Teles de Menezes Leitão

[...] essa distinção apresenta-se como de extraordinária importância, uma vez que o Direito do Trabalho com as suas características de proteção dos trabalhadores, apenas pode ser aplicado ao trabalho dependente. Consequentemente, da qualificação de determinada relação contratual como trabalho dependente resulta a existência ou não de tutela das condições de trabalho, proteção contra os despedimentos sem justa causa, ou submissão a fontes específicas laborais, como os instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho [...].⁹⁰

Outro fator que dificulta a diferenciação entre o contrato de prestação de serviço e o contrato de trabalho, conforme fora comentado alhures, é a utilização de meios fraudulentos para burlar a legislação trabalhista que confundem o qualificador. São táticas que atribuem uma aparência de relação jurídica autónoma a uma relação jurídica subordinada.

Sobre este assunto Monteiro Fernandes assevera que “[...] é corrente o uso de expedientes simulatórios, destinados a disfarçar a natureza das relações de trabalho e a evitar a qualificação de contrato de trabalho. Normalmente, esses expedientes visam a criação da aparência de autonomia na execução do trabalho.”⁹¹

É o caso, por exemplo, quando o empregador nomeia um contrato como de prestação de serviço sendo que o mesmo, na prática, possui os elementos do contrato de trabalho. Este ponto é comentado por Andrade Mesquita de acordo com as seguintes palavras:

Em alguns casos, a qualificação como contrato de prestação de serviço traduz, de forma nítida tentativa de o empregador se furtar ao regime imperativo laboral, para ficar, acima de tudo, com a possibilidade alargada de fazer cessar o contrato. Quando uma empresa contrata uma secretária para trabalhar nas suas instalações, das nove da manhã às cinco da tarde, e qualifica o contrato como prestação autónoma de serviço (mediante a passagem dos denominados “recibos verdes”), procede claramente a uma qualificação incorrecta, dado tratar-se, materialmente, de uma relação laboral.⁹²

Diante do exposto, vale a pena distinguirmos o contrato de prestação de serviço e as figuras próximas ao contrato de trabalho.

⁸⁹ MARTINEZ, *Trabalho...*, cit., p. 281.

⁹⁰ LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do Trabalho*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 103.

⁹¹ FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 127.

⁹² MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 345.

3.1 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

Nos termos do artigo 1152.º do Código Civil, contrato de trabalho “[...] é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta.”

O Código do Trabalho, por meio do artigo 11.º, diz que o contrato de trabalho “[...] é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.”

Por outro lado, segundo o artigo 1154.º do Código Civil, contrato de prestação de serviço é “[...] aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição.”

Após a comparação dos artigos citados, que tratam do contrato de prestação de serviço e do contrato de trabalho, conclui-se que estes institutos são parecidos, porém não são iguais.

Vejamos.

No contrato de prestação de serviço, em regra, a parte obriga-se a obter o resultado. Por outro lado, no contrato de trabalho, em regra, a obrigação é executar a actividade, ou seja, a obrigação é de meio.

Desse modo, no contrato de prestação de serviço a remuneração só será devida se for executado o objeto do mesmo, ou seja, a consequência do cumprimento do contrato é o pagamento. Portanto, no contrato de prestação de serviço a remuneração está condicionada à realização do resultado (que é o seu objeto). Por outro lado, no contrato de trabalho, em regra, a remuneração é devida com a prestação da actividade.

É o caso, por exemplo, da contratação de um pintor que se obriga a pintar um quadro de uma pessoa. Nesta situação, se o pintor não cumprir o objeto do contrato o mesmo não será remunerado (imaginemos que este profissional tenha sido contratado para pintar um quadro do jogador de futebol Cristiano Ronaldo, entretanto, pinta o quadro do ator Leonardo DiCaprio). Perceba que a actividade profissional fora desenvolvida; porém, o resultado (o objeto do contrato) não foi alcançado. Desta forma, o pintor não será remunerado. Com efeito, esta relação jurídica não poderá ser qualificada como um contrato de trabalho, pois neste, para o trabalhador ter direito à remuneração basta a execução da actividade (o empregador não poderá alegar que o resultado não fora alcançado; porém, resta à empresa apenas o direito de puni-lo tendo em vista o seu poder disciplinar e a imensa desatenção do pintor). Este assunto é explicado por Luís Manuel Teles de Menezes Leitão da seguinte maneira:

[...] no contrato de trabalho, o devedor se vincula a uma prestação de actividade, enquanto que no contrato de prestação de serviços se vincula antes à obtenção de um resultado, o que tem consequências em relação à própria estrutura do sinalagma, já que a retribuição é contrapartida do trabalho prestado no contrato de trabalho, enquanto que surge antes como contrapartida do resultado desse trabalho na prestação de serviços.⁹³

De acordo com Maria do Rosário Palma Ramalho

[...] há contrato de trabalho quando o trabalhador desenvolve a sua actividade com sujeição aos poderes laborais de autoridade do credor (máxime, o poder directivo e o poder disciplinar); e haverá contrato de prestação de serviço sempre que o prestador desenvolva o seu trabalho com autonomia, limitando-se a entregar ao credor o resultado desse trabalho.⁹⁴

Sobre o contrato de prestação de serviço diz Maria Adozinda Barbosa Pereira que “[...] o que o caracteriza é a obrigação de prestação de uma actividade dirigida a certo resultado, em regime de autonomia do devedor perante o credor.”⁹⁵

Monteiro Fernandes destaca que, se o objeto do contrato for

[...] resultado do trabalho significa, além do mais, que o processo conducente à produção dele, a organização dos meios necessários e a ordenação da actividade que condicionam, estão, em principio, fora do contrato, não são vinculados – mas antes determinados pelo próprio fornecedor do trabalho. É claro que, em última análise, tais contratos se traduzem numa alienação de trabalho (o que, justamente, se incorpora no resultado devido) – só que esse trabalho não é dominado e organizado pelo beneficiário final (que apenas controla o produto), e sim por quem o fornece: trabalho autónomo, portanto.⁹⁶

O critério do resultado já foi adotado pelo STJ (04/05/2011, Processo 3304/06. 5TTLSB.S1, FERNANDES DA SILVA) da seguinte forma: “O contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviço distinguem-se, basicamente, pelo objecto e pelo tipo de relacionamento entre as partes: enquanto no primeiro se contrata a actividade subordinada, no segundo visa-se a prossecução de um determinado resultado, em regime de autonomia”.

Este método não é aceite por Júlio Vieira Gomes, ao afirmar que

[...] basta considerar, no entanto, que um médico ou um advogado podem ser – e são frequentemente – trabalhadores autónomos para compreender que no trabalho autónomo a obrigação assumida pode ser simplesmente uma obrigação de meios. O médico e o advogado não se obrigam, respectivamente, a salvar o paciente ou a ganhar a causa, mas tão-só a agir com a diligência exigível a um bom profissional para atingir aqueles desideratos. E, em rigor, em nada difere, neste aspecto, a posição de um médico por ser trabalhador autónomo ou, ao invés, trabalhador subordinado. Além de

⁹³ LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., p. 105.

⁹⁴ RAMALHO, *Delimitação...*, cit., p. 565.

⁹⁵ PEREIRA, Maria Adozinda Barbosa. Contrato de trabalho: contrato de prestação de serviços: distinção. *Revista do Ministério Público*. Lisboa, ano 23, n.º 90 (Abr.-Jun. 2002), p. 179.

⁹⁶ FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 128.

que a distinção entre meios e resultados é tudo menos líquida: não falta quem considere que a própria realização da prestação de trabalho é em si mesma um resultado, o resultado para que tende o contrato de trabalho. Não parece, pois, que este critério de distinção tenha algum préstimo.⁹⁷

Portanto, na prática, tal distinção se torna difícil ou até mesmo impossível diante das singularidades das situações. Além disso, vale ressaltar que os critérios para identificar a dicotomia entre estas relações jurídicas nem sempre são uniformes, isto é, podem ser adotados métodos diferentes.

A doutrina recomenda, para identificar se a atividade é de meio (o objeto é a prestação de atividade/está à disposição) ou de fim (o objeto do contrato é um resultado), verificar de quem é a responsabilidade pelos riscos pela não realização do resultado no contrato, pois frequentemente tal encargo é do prestador de serviço, ou seja, não pode ser transferida ao trabalhador subordinado.

Por esse motivo, na hipótese de o engenheiro se deslocar para o local no qual está ocorrendo a empreitada (por exemplo), mas não realizar o resultado por falta de luz, o mesmo iria assumir os riscos e conseqüentemente não iria ser compensado financeiramente. Porém, no contrato de trabalho tal possibilidade não é possível, pois se o trabalhador se apresentou ao local de trabalho, mas não realizou a sua atividade por falta de luz, o mesmo iria ser retribuído, pois a sua obrigação é cumprida com o mero fato de estar à disposição da empresa. Sobre este critério escreve Pedro Romano Martinez que

[...] no contrato de prestação de serviço, por via de regra, o risco é assumido pelo credor de umas prestações; o beneficiário não obtém a vantagem da atividade e o prestador não auferir a retribuição; aquele que presta um serviço corre o risco de a atividade por si desenvolvida, inviabilizando-se o resultado, não ser retribuída. No contrato de trabalho como o risco corre por conta do empregador, se o trabalhador, por qualquer razão que não lhe seja imputável, não puder desenvolver a sua atividade, tem direito à remuneração.⁹⁸

Ademais, Júlio Vieira Gomes afirma que “[...] o trabalhador subordinado não assumiria o risco da produção ou não do resultado pretendido pelo credor da prestação laboral, ao passo que esse risco é assumido pelo trabalhador autónomo.”⁹⁹ Sobre este ponto, lapidar é a explicação de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão:

A distinção tem ainda conseqüências em termos de risco, já que, ao prometer o resultado, o prestador de serviços assume o risco de a sua prestação a ele não conduzir, perdendo a retribuição se o resultado não chega a ser atingido (art. 795º, nº 1, CC). Pelo contrário, o trabalhador não assume o risco de a sua prestação não atingir o

⁹⁷ GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 126.

⁹⁸ MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 326.

⁹⁹ GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 126.

resultado visado pelo empregador, mantendo o direito à retribuição, independentemente da obtenção ou não desse resultado.¹⁰⁰

A segunda distinção é a de que o contrato de trabalho só é admitido se ocorrer contraprestação pecuniária (art. 1152.º do CC e art. 11.º do CT). Todavia, o contrato de prestação de serviço poderá ser oneroso e sem retribuição (art. 1154.º do CC).

Este critério não tem utilidade quando no contrato de prestação de serviço ocorre a retribuição, como é o caso da empreitada, pois pressupõem a remuneração em razão do serviço executado (do artigo 1207.º do Código Civil). Ademais, conforme assinala Andrade Mesquita,

[...] a falta de retribuição não implica automaticamente a exclusão do enquadramento laboral, porque pode verificar-se uma ilegalidade, havendo trabalho subordinado sem a necessária contrapartida salarial. Nesta hipótese, qualificando o contrato como laboral, aplicar-se-ão depois tanto a regra do art. 265.º, n.º 1, como as normas que estabelecem salários mínimos, conferindo ao trabalhador o direito à retribuição. Caso, por exemplo, se celebre um contrato sem retribuição, qualificando-o como mera formação profissional, este facto não leva a que se esteja perante um contrato de prestação de serviço, podendo haver, inclusivamente, um contrato de trabalho com desrespeito pela retribuição mínima. Apenas uma avaliação global permitirá enquadrar a situação.¹⁰¹

Em terceiro lugar, no contrato de trabalho vigora a subordinação jurídica, enquanto que no contrato de prestação de serviço vigora a autonomia, isto é, a subordinação jurídica é necessária para caracterização do contrato de trabalho enquanto no contrato de prestação de serviço é inexigível pois o mesmo exige a autonomia.¹⁰²

Este é o principal critério para diferenciar estes dois institutos.

No contrato de prestação de serviço, quem presta a actividade tem liberdade para escolher quando, onde e como irá realizar a obrigação resultante do contrato.

Esclarece Pedro Romano Martinez que “[...] no contrato de trabalho, o empregador dá ordens ao trabalhador, enquanto, no contrato de prestação de serviço, o beneficiário fornece instruções ao prestador da atividade.”¹⁰³ Ressalta Fernando Ribeiro Lopes que

¹⁰⁰ LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., p. 105.

¹⁰¹ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 350.

¹⁰² MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 343, também está em consonância com este entendimento e reforça o mesmo ao ilustrar a existência e a inexistência de subordinação da seguinte forma: “Pensemos, por exemplo, no caso de um arquitecto em regime liberal, que executa um projecto para uma empresa, no seu escritório, trabalhando diariamente o número de horas de que pode dispor, escolhendo ainda os seus colaboradores (secretária, desenhador, etc.). A empresa, uma vez determinadas as características do projecto, espera pela respectiva entrega sem exercer qualquer controlo sobre a actividade do arquitecto, limitando-se a receber o resultado final a que esta conduz (o qual consubstancia o cumprimento). Se, diferentemente, o arquitecto trabalha de forma subordinada para a empresa, a situação será bem diferente. A empresa, por exemplo, exige o cumprimento de trinca e cinco horas semanais, dentro de determinado horário, ordena a prestação de trabalho suplementar, escolhe as pessoas que colaboram com o arquitecto, atribui-lhe outras tarefas, retirando-o, eventualmente, do projecto que está a executar, etc.”

¹⁰³ MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 295.

embora existam hipóteses singulares em que o trabalhador autónomo pode receber instruções – como no mandato, em que o mandante pode dar instruções sobre o modo de praticar os actos compreendidos no mandato, art. 1161.º, alínea a) – a regra é de, para além dos limites das vinculações contratuais, o trabalhador autónomo ter a faculdade de escolher os meios e processos a utilizar bem como a sua organização no tempo e no espaço.¹⁰⁴

Sobre o assunto, explica Maria Adozinda Barbosa Pereira que

[...] o contrato de trabalho tem como elemento típico e distintivo a subordinação jurídica do trabalhador, traduzida no poder do empregador de conformar, através de ordens directivas e instruções, a prestação a que o trabalhador se obrigou; é ao credor que cabe programar, organizar e dirigir a actividade do devedor, incumbindo-lhe não apenas distribuir as tarefas a realizar, mas ainda definir como, quando, onde e com que meios as deve executar cada um dos trabalhadores. Ao contrário, no contrato de prestação de serviço, o prestador obriga-se à realização de um serviço, que efectuará por si, com autonomia, sem subordinação à direcção da outra parte.¹⁰⁵

O STJ (10/10/1985, Processo 072984, GOIS PINHEIRO) ponderou a dicotomia entre o contrato de trabalho e o contrato de prestação de serviço com base na ausência de subordinação neste nos seguintes termos: “[...] o prestador não fica sujeito a autoridade e direcção da pessoa ou entidade servida, exercendo a actividade conducente ao resultado pretendido como melhor entender, de harmonia com o seu querer e saber e a sua inteligência.”

António Menezes Cordeiro, após analisar os traços distintivos entre as figuras em estudo, escreveu que

como traço distintivo decisivo do contrato de trabalho ficará, pois a subordinação jurídica, repetidamente enfocada na jurisprudência e na doutrina. A subordinação jurídica corresponde às direcção e autoridade referidas no artigo 1.º da LCT e 1152.º do Código Civil; ela analisa-se, em termos técnicos, numa situação de sujeição em que se encontra o trabalhador de ver concretizada, por simples vontade do empregador, numa noutra direcção, o dever de prestar em que está incurso.¹⁰⁶

Portanto, no contrato de prestação de serviço cabe ao prestador escolher o método, a equipe de trabalho, o local, o horário, o dia, etc., para produzir o resultado pretendido no contrato, ou seja, não é o credor da actividade quem determina o que deve ser feito para se alcançar o resultado. Não é exagero afirmar que, normalmente, o beneficiário final do trabalho apenas participa no início do contrato (na sua assinatura) e no fim (para identificar o resultado). Não há uma participação do mesmo no meio (execução) do contrato.

¹⁰⁴ LOPES, Fernando, *Trabalho...*, cit., p. 60.

¹⁰⁵ PEREIRA, *Contrato...*, cit., p. 179-80.

¹⁰⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito do Trabalho: dogmática básica e princípios gerais: direito colectivo do trabalho: direito individual do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 535.

A título de ilustração, podemos imaginar que um cliente contrata um advogado para que lhe represente judicialmente visando reconhecer direitos trabalhistas desobedecidos durante uma relação jurídica laboral. Nesta situação o cliente apenas assina o contrato e deseja que o processo tenha êxito. Inexiste por parte do mesmo a adoção de métodos que irão realizar este escopo (podem até auxiliar indiretamente, por exemplo, indicando testemunhas). Tal tarefa, nos termos do contrato de prestação de serviço, cabe ao advogado. Veja que o advogado não depende do cliente para eleger os meios necessários na realização do seu mister. É por isso que existe uma autonomia.

Por outro lado, no contrato de trabalho, em regra, para se alcançar o resultado, o trabalhador depende de ordens e orientações da empresa. É esta quem determina o que o empregado deve e como fazer. Todavia, não é em todas as situações que este método/critério é utilizado de forma facilitada uma vez que os contornos da situação poderão dificultar sobremaneira a qualificação.

Por conseguinte, recomenda Pedro Romano Martinez, que em “[...] é perante cada hipótese concreta que os tribunais têm de qualificar as situações, podendo haver algum casuismo na respetiva resolução. Casuismo, não no sentido de arbítrio, mas tendo em conta a especificidade de cada caso concreto, que será um fator relevante.”¹⁰⁷

As dificuldades de qualificação nestes casos podem estar baseadas em várias razões. Vejamos.

A primeira razão é a diminuição da intensidade da autonomia no trabalho autônomo e da subordinação no contrato de trabalho em situações concretas, tendo em vista que as partes podem definir livremente as cláusulas do negócio jurídico. Desse modo, de acordo com Andrade Mesquita,

[...] numa empreitada, por exemplo, podem definir-se com todo o pormenor as características da obra a realizar, bem como os prazos relativos a cada fase, podendo até fixar-se o horário de execução para, nomeadamente, não coincidir com as atividades da empresa onde a empreitada se realiza. Inversamente, no trabalho subordinado o grau de liberdade pode ser consideravelmente elevado. Por exemplo, através da isenção de horário atribuir-se ao trabalhador a possibilidade de definir o momento em que inicia e termina a actividade diária e ainda a de observar as pausas que mais lhe convenham.¹⁰⁸

Na situação utilizada no primeiro exemplo inexiste uma total liberdade do prestador de serviço para executar a obra, uma vez que o mesmo está vinculado às cláusulas do contrato que lhe obrigam a seguir as instruções do beneficiário da obra, bem como a obedecer aos

¹⁰⁷ MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 316.

¹⁰⁸ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 351-2.

horários e aos prazos fixados. São realidades que podem dificultar a caracterização do contrato de prestação de serviço, pois neste o prestador, em regra, é totalmente livre para executar a atividade prevista no contrato, isto é, inexistente interferência do beneficiário quanto à sua execução do negócio jurídico.

Já no segundo exemplo, a liberdade para escolher o horário e também as pausas para trabalhar concedida ao trabalhador são razões que contribuem para diminuir a intensidade da subordinação.¹⁰⁹

Outra circunstância que impede, com facilidade, distinguir o contrato de prestação de serviço e o contrato de trabalho com base na autonomia, é a prerrogativa das partes adotarem a forma do negócio que desejarem, isto é, devido à inexistência, na legislação, de uma determinação de como as partes devem formalizar o contrato de trabalho, as mesmas podem, por exemplo, regular a relação jurídica por meio de contrato verbal ou escrito.

Em razão disso, Andrade Mesquita escreve que “[...] torna-se difícil e discutível averiguar alguns pormenores do clausulado, o que, em hipóteses pouco típicas, dificulta a compreensão unitária do contrato. [...] A informalidade contratual, aliada à atipicidade, dificultam em grande medida a qualificação.”¹¹⁰

Para que seja identificada a subordinação em um caso concreto é desnecessário que o poder de direção seja exercido frequentemente, pois a mera disposição do trabalhador em receber ordens já é suficiente para sua existência. Portanto, pode ocorrer que o empregador não utilize o seu poder de direção; porém, esta inércia não afastará a subordinação se for possível o mesmo ser exercido.

Andrade Mesquita destaca as realidades em que poderá identificada o não exercício efetivo do poder de direção:

[...] por vezes, a própria organização laboral apresenta deficiências, permitindo uma autonomia muito grande a determinadas pessoas. Outras vezes, a confiança depositada no trabalhador é tão intensa e o nível do seu desempenho tão elevado, que o empregador se dispensa de o controlar.¹¹¹

Outro fator que contribui para dificultar a diferenciação em estudo ocorre quando no mercado de trabalho podem ocupar em um contrato de prestação de serviço ou em um contrato de trabalho a mesma parte durante muito tempo (prestador de serviço/trabalhador ou

¹⁰⁹ Vale ressaltar que, conforme a alínea c do n.º 1 do art. 12.º do CT, é considerado como indício de atividade subordinada a observância de horário para execução da atividade em decorrência da vontade do beneficiário da mão de obra.

¹¹⁰ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 353.

¹¹¹ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 354.

cliente/empregador). Nesta situação os atos das partes podem provocar uma mudança tácita na qualificação da relação jurídica que existia. Em outras palavras, um contrato de prestação de serviço pode se convolar em um contrato de trabalho, bem como ocorrer o contrário.¹¹² Diante disso, não será possível identificar com facilidade quando a mudança ocorreu, pois inexistiu uma formalização para tanto. Sobre o tema Andrade Mesquita destaca que

[...] quer o contrato de trabalho, quer o de prestação de serviço, enquanto duradouros, sofrem naturalmente alterações ao longo do tempo, muitas vezes de forma tácita. Acontece, por vezes, que um contrato de inicia como prestação de serviço mas, com o passar dos anos, a integração na estrutura empresarial vai paulatinamente acontecendo, de forma que, a dada altura, a relação transforma-se em trabalho subordinado, sem que, eventualmente, seja possível determinar o momento exacto em que isso ocorreu.¹¹³

Por fim, também podemos destacar como fator que dificulta a tarefa que visa diferenciar o contrato de trabalho e contrato de prestação de serviço o caso das profissões que demandam autonomia técnica e deontológica. Vale ressaltar que as mesmas podem fazer do objeto dos dois contratos.

Qualificar tais situações é uma tarefa árdua, pois a mera autonomia não impede que a relação ponderada seja entendida como um contrato de trabalho. Segundo Andrade Mesquita,

na medida em que, quer a autonomia técnica, quer a deontológica conferem uma grande margem de liberdade ao prestador da tarefa, restringe-se deste modo fortemente o âmbito da subordinação, porque, não podendo abranger o referido espaço de autonomia vai apenas incidir sobre outros aspectos, como assiduidade e pontualidade ou a organização do trabalho. [...]¹¹⁴

Podemos exemplificar com a situação do médico que exerce uma atividade subordinada e presta serviço para um determinado setor de uma empresa para prevenir acidentes ou avaliar a saúde ocupacional dos empregados.

Não será tarefa fácil identificar a diferença existente entre estas duas atividades tendo em vista a autonomia técnica do médico. Este, em razão daquela, tem imensa liberdade para escolher o seu método/modo de trabalho (precipualemente se o beneficiário da mão de obra desconhecer a medicina). Com toda certeza, tal realidade irá dificultar identificar a subordinação no caso concreto.

¹¹² Vale ressaltar que para um contrato de prestação de serviço mudar para um contrato de trabalho basta a relação jurídica se desenvolver como este, isto é, para o contrato de prestação de serviço assinado ser enquadrado como um contrato de trabalho não é necessário um rito solene. Todavia, um contrato de trabalho só poderá passar a ser um contrato de prestação de serviço após um rito que está previsto na legislação.

¹¹³ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 354-5.

¹¹⁴ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 356.

Além da autonomia, o contrato de prestação de serviço se diferencia do contrato de trabalho em razão de nas primeiras não vigorar o poder disciplinar. Com efeito, o cliente de um médico não pode aplicar sanções ao mesmo em razão de um serviço deficiente.

Todavia, embora estes critérios sejam relevantes é necessário também levar em consideração a vontade do trabalhador e da empresa na relação estabelecida entre os mesmos, pois o regime aplicável a esta relação poderá ser identificado ao interpretá-la.

Compartilha este entendimento Fernando Ribeiro Lopes ao afirmar que a “[...] regra para a qualificação das relações jurídicas é proceder com base na interpretação das declarações negociais das partes.”¹¹⁵

Para concluir as considerações feitas sobre a dicotomia destes dois institutos é interessante citarmos a ementa do seguinte Acórdão do STJ (17/05/2007, Processo 06S3406 (VASQUES DINIS): “I – A distinção entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviços assenta em dois elementos essenciais: o objecto do contrato (prestação de actividade ou obtenção de um resultado); e o relacionamento entre as partes (subordinação ou autonomia). II – O contrato de trabalho tem como objecto a prestação de uma actividade e, como elemento típico e distintivo, a subordinação jurídica do trabalhador, traduzida no poder do empregador conformar através de ordens, directivas e instruções, a prestação a que o trabalhador se obrigou. Diversamente, no contrato de prestação de serviços, o prestador obriga-se à obtenção de um resultado, que efectiva por si, com autonomia, sem subordinação à direcção da outra parte. III – Para determinar a natureza e o conteúdo das relações estabelecidas entre as partes de um contrato, há que averiguar qual a vontade revelada pelas partes – quer quando procederam à sua qualificação, quer quando definiram as circunstâncias em que se exerceria actividade – e proceder à análise do condicionalismo factual em que, em concreto, se desenvolveu o exercício da actividade no âmbito daquela relação jurídica, prevalecendo a execução efectiva em caso de contradição entre o acordado e o realmente executado.”

No intuito de auxiliar, facilitar ou complementar, em casos de dúvidas de qualificação do contrato de trabalho, a doutrina e a jurisprudência criaram presunções do contrato de trabalho, que foram acolhidas pelo artigo 12.º do Código do Trabalho, conforme será explicado posteriormente.

¹¹⁵ LOPES, Fernando, *Trabalho...*, cit., p. 67.

3.1.1 MODALIDADES DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO

O contrato de prestação de serviço é constituído, de acordo com o CC, por três modalidades¹¹⁶ e em cada espécie um critério é considerado mais relevante para as diferenciar do contrato de trabalho. É como pensa Maria do Rosário Palma Ramalho ao afirmar que

a delimitação das várias modalidades de prestação de serviço relativamente ao contrato de trabalho deve ser feita caso a caso, uma vez que os critérios distintivos não são sempre os mesmos e o recurso aos indícios de subordinação ou de autonomia do prestador da actividade assim o impõe.¹¹⁷

Desse modo, vale a pena comentarmos cada espécie e outras figuras próximas do contrato de trabalho.

3.1.1.1 O MANDATO

O mandato, conforme o artigo 1157.º do CC, “[...] é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos por conta da outra.” Em regra, é gratuito; contudo, normalmente, quando é exercido em razão de uma profissão é oneroso (é o caso do advogado).

Monteiro Fernandes explica o serviço que é prestado no contrato de mandato nas seguintes palavras:

trata-se de actos jurídicos, ou seja, actos produtivos de efeitos jurídicos (celebração de contratos, actos integrados num processo judicial, requerimentos, etc.), efeitos esses que interessam ao mandante, e que, havendo prévia atribuição de poderes de representação ao mandatário, se vão imediatamente produzir na esfera jurídica do mesmo mandante, como se fosse ele a praticar aos actos em causa.¹¹⁸

Maria do Rosário Palma Ramalho considera os seguintes critérios para diferenciar o contrato de trabalho do contrato de mandato: critério da natureza dos actos praticados; o critério da gratuidade versus onerosidade e o critério da posição subjectiva de dependência ou de autonomia do prestador.¹¹⁹

O primeiro leva em conta que os actos praticados no mandato são jurídicos. Por sua vez, os actos contrato de trabalho podem ser de qualquer natureza/material.

¹¹⁶ O artigo 1155.º do Código Civil elenca as modalidades de contrato de prestação de serviço: mandato, depósito e empreitada.

¹¹⁷ RAMALHO, *Tratado...*, cit., p. 64.

¹¹⁸ FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 130.

¹¹⁹ RAMALHO, *Tratado...*, cit., p. 64.

A eficácia do critério em análise é prejudicada quando no caso concreto o objeto do contrato de trabalho também é a prática de actos jurídicos.¹²⁰ Ademais, outrossim, é possível observar a diminuição da sua eficácia nas hipóteses em que frequentemente faz parte da profissão liberal a execução de actos jurídicos (é a situação dos advogados). Neste sentido, Monteiro Fernandes escreve que

[...] a qualificação já não será tão evidente quando o comportamento devido seja total ou predominantemente preenchido pela prática de actos jurídicos (como ocorre com os advogados que exercem a profissão para uma empresa), até porque tais situações podem ser indiferentemente tituladas por qualquer dos tipos contratuais mencionados (art. 116.º do CT). Haverá, nesses casos, que proceder à análise das relações estabelecidas entre o profissional e o utente dos seus serviços, no sentido de verificar se concorrem nelas os indicadores da subordinação jurídica – nomeadamente a sujeição a horários de trabalho e às regras de disciplina interna da empresa.¹²¹

Diante do exposto, o qualificador que objetiva utilizar o critério em comento deverá recorrer a métodos de diferenciação mais fortes, sob pena de a relação jurídica não ser considerada como contrato de trabalho.

O critério da gratuidade será eficaz quando o mandato não for retribuído, pois inexistente contrato de trabalho sem remuneração (é um elemento do contrato de trabalho, de acordo com o art. 11.º do Código do Trabalho 2009). Contudo, o critério em análise não é profícuo quando o mandato é oneroso. Vale relembrar, conforme foi dito anteriormente, que o mandato poderá ser oneroso ou gratuito.

O critério da posição subjectiva de dependência ou de autonomia do prestador leva em conta a existência da subordinação, uma vez que no mandato tal realidade inexistente.

Em razão do direito de dar instruções do mandante (art.1161.º, alínea a) do CC)¹²² e da autonomia técnica e deontológica de alguns prestadores de serviços que exercem o mandato dificultarem a identificação da subordinação, segundo Maria do Rosário Palma Ramalho, nestes casos “[...] para a clarificação definitiva da posição do trabalhador no contrato, poderão ser especialmente valiosos os indícios de subordinação que têm a ver com seu grau de inserção na estrutura produtiva do credor e com a sua sujeição ao poder disciplinar prescritivo e sancionatório.”¹²³ Neste contexto, vale ressaltar que Maria do Rosário Palma Ramalho afirma que

¹²⁰ Vide art. 115.º, n.º 3 do CT: “Quando a natureza da atividade envolver a prática de negócios jurídicos, considera-se que o contrato de trabalho concede ao trabalhador os necessários poderes, salvo se a lei exigir instrumento especial.”

¹²¹ FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 155.

¹²² Art. 1161º, alínea a) do CC: “O mandatário é obrigado: a) A praticar os actos compreendidos no mandato, segundo instruções do mandante; [...]”

¹²³ RAMALHO, *Tratado...*, cit., p. 65.

[...] a subordinação do trabalhador no contrato de trabalho não é apenas o reverso do poder direção do empregador mas tem um conteúdo amplo: ela identifica a posição subjectiva de dependência do trabalhador relativamente ao empregador, que se manifesta no seu dever de obediência às instruções e ordens dimanadas do poder directivo (desde que respeitem os seus direitos e garantias), mas também na sua sujeição ao poder disciplinar, não só na vertente sancionatória deste poder (ou seja, manifestando-se na sujeição às sanções disciplinares) mas também na vertente prescritiva deste poder (i.e., manifestando-se no dever obediência às regras disciplinares e organizacionais estabelecidas pelo empregador).¹²⁴

Outro ponto que merece ser comentado refere-se às regras atinentes ao mandato. É a regra prevista no art. 1156.º do CC¹²⁵, o qual dispõe que caso um contrato de prestação de serviço não esteja previsto na legislação, o mesmo deve observar as disposições do mandato. Desse modo, os entendimentos já explicados sobre o contrato de mandato são também aplicáveis às modalidades inominadas de prestação de serviços.

3.1.1.2 O DEPÓSITO

O depósito, de acordo com o artigo 1158.º do CC, “[...] é o contrato pelo qual uma das partes entrega à outra uma coisa, móvel ou imóvel, para que a guarde, e a restitua quando for exigida.”

É uma espécie de contrato de prestação de serviço parecida com o mandato, pois frequentemente é gratuito – salvo se o depositário o exerce como sua profissão (podemos exemplificar com os bancos que guardam joias e outros bens).

A distinção desta espécie de contrato ao contrato de trabalho reside no fato de na execução do mesmo inexistir subordinação entre os contraentes, ou seja, não existe uma dependência quanto ao desenvolvimento do método para efetuar a guarda da coisa. Neste caso o depositante está livre para escolher os meios necessários para alcançar o resultado pretendido no contrato. Sobre a matéria explica António Menezes Cordeiro:

[...] várias subdistinções são possíveis, primando todas elas pela ausência de direção e autoridade do depositante. Esse fator é útil quando surja um contrato de trabalho que tenha por objeto justamente o desenvolvimento, pelo trabalhador, de uma actividade de guarda de coisa, que lhe seja entregue.¹²⁶

¹²⁴ RAMALHO, *Tratado...*, cit., p. 34.

¹²⁵ Art. 1156.º do CC: “As disposições sobre o mandato são extensivas, com as necessárias adaptações, às modalidades do contrato de prestação de serviço que a lei não regule especialmente.”

¹²⁶ CORDEIRO, *Manual...*, cit., p. 522.

Esta também é a opinião de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, que concluiu que “[...] a diferença com o contrato de trabalho reside mais uma vez na subordinação jurídica, já que o depositário exerce a guarda da coisa de forma independente, não se subordinando ao depositante.”¹²⁷

Outra diferença fundamenta-se na possibilidade de o contrato de depósito ser gratuito, pois é elemento essencial do contrato de trabalho a retribuição.

3.1.1.3 O CONTRATO DE EMPREITADA

O contrato de empreitada, nos termos do artigo 1207.º do CC, “[...] é o contrato pelo qual uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço.”

Monteiro Fernandes, ao analisar o artigo supracitado, diz o seguinte:

[...] afirma-se aqui, em termos mais concretos, a ideia de obra, isto é, de produto em que se incorpora o trabalho (fornecido pelo empreiteiro), e a de retribuição (preço), agora já como elemento característico do contrato. E cabe notar que tanto se está perante uma empreitada no caso da construção de um prédio como no da elaboração de um parecer económico ou no da confecção de certo número de fatos para um estabelecimento de pronto-a-vestir – referindo apenas três exemplos.¹²⁸

Na prática é possível identificar diversas atividades que também são objeto dos contratos em estudo. Para Andrade Mesquita

[...] se alguém, por exemplo, se obriga a efectuar reparações numa fábrica, a assistir veículos automóveis, a terraplanar um terreno, ou a rever provas tipográficas para um jornal, pode tratar-se tanto de uma empreitada como de um contrato de trabalho. A possibilidade de justaposição entre as duas figuras é, de resto, vasta.¹²⁹

A doutrina enumera diferentes critérios para diferenciar o contrato de empreitada e o contrato de trabalho. Maria do Rosário Palma Ramalho não adota o critério da retribuição, pois o contrato de trabalho e o contrato de empreitada pressupõem a remuneração em razão do serviço executado. A professora afirma ainda que “[...] o critério do relevo prevalente do resultado do trabalho sobre a actividade (no caso, a obra executada) é também de operacionalidade reduzida, porque os mesmos actos materiais podem constituir o objeto de qualquer uma das modalidades contratuais.”¹³⁰ Logo, esta autora recorre à subordinação como

¹²⁷ LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., p. 107.

¹²⁸ FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 130.

¹²⁹ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 388.

¹³⁰ RAMALHO, *Tratado...*, cit., p. 66.

critério mais eficaz para diferenciar os tipos contratuais em estudo, pois a execução da obra é pautada na autonomia do empreiteiro.

Contudo, a autonomia supracitada é enfraquecida tendo em vista o direito do dono da obra de fiscalizar e alterar, previsto nos arts. 1209.º e 1216.º, n.º 1, do CC.¹³¹ É por isso que Maria do Rosário Palma Ramalho diz que nestas situações de enfraquecimento da autonomia “[...] os indícios de subordinação atinentes ao grau de inserção do trabalhador na organização do credor e a sua sujeição ao poder disciplinar prescritivo e sancionatório podem ser decisivos para clarificar a sua posição contratual e, por inerência, para qualificar o contrato.”¹³²

Luís Manuel Teles de Menezes Leitão também entende que a subordinação é o critério mais relevante para diferenciar o contrato de empreitada do contrato de trabalho ao asseverar que

o mais importante critério de distinção é, porém, a inexistência de subordinação jurídica, dado que o empreiteiro não se coloca sob autoridade e direção do dono da obra, realizando a sua obra com inteira autonomia. São aliás extremamente reduzidas as possibilidades de o dono da obra controlar a actuação do empreiteiro, que praticamente se resumem ao direito de fiscalização (art. 1208.º CC) e à possibilidade de solicitar alterações ao plano convencionado para a obra (art. 1216.º CC).¹³³

O STJ (30/01/1979, Processo 067727, SANTOS VICTOR) já opinou pela inexistência de subordinação no contrato de empreitada de acordo com os seguintes termos: “I – Existindo contrato de empreitada, modalidade do contrato de prestação de serviços em que não existe uma relação de subordinação do empreiteiro em relação ao dono da obra, este não pode ser responsabilizado pelos danos sofridos por terceiros em consequência de qualquer acto ilícito praticado durante a execução da mesma obra. II – E, conseqüentemente, não tem o dono da obra legitimidade passiva na acção destinada a obter indemnização por danos causados a terceiros por facto ilícito ligado aos trabalhos de execução da obra.”

Outro critério utilizado pela doutrina para realizar a tarefa em estudo (delimitar a diferenciação) é da responsabilidade do risco pelo não resultado da atividade. Para esta linha de pensamento o empreiteiro, em regra, assume o risco; porém, quem tem esta responsabilidade no contrato de trabalho é o empregador (o beneficiário da obra).

¹³¹ Artigo. 1209.º do CC: “1. O dono da obra pode fiscalizar, à sua custa, a execução dela, desde que não perturbe o andamento ordinário da empreitada. [...]”; Art. 1216.º, n.º 1, do CC: “1. O dono da obra pode exigir que sejam feitas alterações ao plano convencionado, desde que o seu valor não exceda a quinta parte do preço estipulado e não haja modificação da natureza da obra.”

¹³² RAMALHO, *Tratado...*, cit., p. 67.

¹³³ LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., p. 108.

A ocorrência da contratação de outros trabalhadores para executar a obra também é utilizada para distinguir as figuras, pois o empreiteiro, em regra, utiliza-se deste meio para conseguir realizar o objeto do contrato de prestação de serviço. Logo, o negócio jurídico poderá executado por uma/algumas pessoa/pessoas (até mesmo seus empregados) instruídas pelo empreiteiro.

É o caso do engenheiro que forma a sua equipe de trabalho para construir uma casa ou um prédio comercial. Vale ressaltar que nesta situação jurídica as partes são: o engenheiro e o dono da obra. Este contratou aquele como empreiteiro.

Portanto, julgamos vigorar entre as partes um cristalino contrato de prestação de serviço na modalidade de empreitada. Nas palavras de Pedro Romano Martinez:

[...] se o prestador de atividade recorre a colaboradores leva a crer que o contrato será de prestação de serviço. Partindo do pressuposto de que o contrato de trabalho é um negócio jurídico *intuitu personae*, não parece possível, por via de regra, da parte do prestador do trabalho, recorrer a colaboradores; quem for contratado mediante um contrato de trabalho tem de exercer a atividade por si e não por intermédio de outras pessoas. No contrato de prestação de serviço, não sendo, em princípio, celebrado *intuitu personae*, pode ajustar-se um subcontrato, nos termos do qual o prestador de serviços encarrega terceiros, não relacionados com o beneficiário atividade, de executarem parte ou a totalidade da tarefa, além disso, o prestador de serviço pode contratar assalariados, o que acontece frequentemente, mediante contratos de trabalho.¹³⁴

Por fim, Bernardo Lobo Xavier argumenta que

a distinção deste contrato do contrato de trabalho está, sobretudo, na circunstância de se prometer um resultado (e não meramente uma actividade) como produto acabado, em que o trabalho é incorporado. Não se presta apenas trabalho, mas o produto deste. Por outro lado, ao contrário do contrato de trabalho, na empreitada é em regra o empreiteiro que fornece os materiais e utensílios necessários. Assim, por exemplo, se um serralheiro é contratado para, adquirindo os materiais, executar uma estrutura de alumínio para fechar uma varanda, obriga-se à prestação de um resultado (contrato de empreitada). Diferente é a situação do serralheiro que trabalha para o proprietário de uma oficina de serralharia: também aí ele pode executar as tarefas necessárias à construção do mesmo tipo de obras, mas aquilo que ele se obrigou a prestar foi a sua actividade e não o resultado da mesma (contrato de trabalho).¹³⁵

¹³⁴ MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 326.

¹³⁵ XAVIER, *Manual...*, cit., p. 315.

3.2 OUTRAS FIGURAS PRÓXIMAS

3.2.1 CONTRATO DE AVENÇA

Uma figura jurídica que poderá formalizada como um mandato ou empreitada é o contrato de avença, utilizada, precipuamente, pelas profissões liberais (advogados, arquitetos, médicos).

Tendo em vista também ser um contrato de prestação de serviço, se assemelha ao contrato de trabalho, de acordo com Maria do Rosário Palma Ramalho,

[...] pelos seguintes motivos: pela relativa indeterminação inicial dos actos a realizar, em situação que lembra a indeterminação genérica da actividade laboral; porque ambos os contratos são onerosos e na avença a remuneração do avençado também reveste um carácter periódico; e porque o avençado se sujeita a instruções do credor quanto à execução do trabalho, e ainda, com frequência, a condições externas ao desenvolvimento da prestação também definida pelo credor – assim, o dever de presença na empresa durante um determinado número de horas, que só na designação difere de um horário de trabalho.¹³⁶

Para ilustrar, podemos citar a avença que pode existir entre um advogado e uma empresa na qual o objeto é a prestação de serviço jurídicos cuja finalidade é manter a atividade econômica da empresa em consonância com a legislação. Poderá compor as cláusulas desta avença o dia que ocorrerá a retribuição pelos serviços prestados, bem como o horário que o advogado comparecerá à empresa para participar de reuniões.

Desse modo, os elementos da remuneração e da atividade que compõe o contrato de trabalho estão presentes também na avença. Com efeito, não são critérios fortes para diferenciar estas relações jurídicas. As mesmas se diferenciam, portanto, referentemente à subordinação, pois na avença vigora autonomia do prestador. Logo, inexistente para o mesmo dever de obediência às regras de organização da empresa, bem como não está sujeito ao poder disciplinar ao beneficiário do serviço.

Também entende que a subordinação é o critério para diferenciar a avença do contrato de trabalho Maria do Rosário Palma Ramalho ao explicar que

de novo, o critério decisivo será o da posição de autonomia ou subordinação do prestador do trabalho, mas na aplicação deste critério devem ser valorizados, sobretudo, os indícios de subordinação que revelem a integração do trabalhador na organização do credor e na sujeição às correspondentes regras disciplinares, já que o desempenho destas profissões, ainda que em moldes subordinados, inere uma elevada autonomia técnica e mesmo a autonomia deontológica do trabalhador.¹³⁷

¹³⁶ RAMALHO, *Tratado...*, cit., p. 67.

¹³⁷ RAMALHO, *Tratado...*, cit., p. 68.

Neste sentido, o STJ (15/02/2005, Processo 04S3583, FERNANDES CADILHA) qualificou como contrato de trabalho uma relação jurídica que na teoria era contrato de avença, conforme pode-se observar no seguinte sumário do acórdão: “constitui contrato de trabalho subordinado aquele que, embora designado como contrato de avença, tendo por objecto a elaboração de propostas de decisão nos autos de contra-ordenação resultantes de infracções ao direito estradal, era efectuado por um jurista sem qualquer autonomia técnico-jurídica ou discricionária e com sujeição a um rigoroso horário de trabalho, que deveria ser cumprido nas próprias instalações da Direcção-geral de Viação.”

3.2.2 CONTRATO DE AGÊNCIA

O n.º 1 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 118/98, de 13 de Abril, conceitua o contrato de agência como o “[...] contrato pelo qual uma das partes se obriga a promover por conta da outra a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes.” Portanto, a função do agente é induzir o cliente final de uma determinada zona a contratar negócios de uma empresa. Desse modo, assim como o contrato de trabalho, o contrato de agência é constituído pelos elementos da remuneração e pela prestação de uma atividade. Logo, estes elementos não são fortes para diferenciar as figuras jurídicas em comento.

De acordo com a doutrina e com a jurisprudência o critério da subordinação é o melhor para diferenciar estas relações jurídicas, pois não está presente em ambas: o serviço do agente é autónomo (elemento essencial do contrato de agência), enquanto que a atividade no contrato de trabalho é subordinada (elemento essencial do contrato de trabalho).¹³⁸

O agente é considerado autónomo porque cabe ao mesmo definir o tempo e modo da execução do seu serviço. Com efeito, estas tarefas não são de competência do beneficiário final. Ademais, não existe uma fiscalização durante a execução do labor.

Portanto, existe uma liberdade quanto ao modo de execução do trabalho – embora não seja plena – tendo em vista o dever do prestador do serviço de acatar as instruções da outra parte. Sobre o tema Bernardo Lobo Xavier explica que “as necessidades de desconcentração, a

¹³⁸ Vale ressaltar que, embora seja um contrato autónomo, conforme dispõe o art. 7 n.º 1 do citado Decreto-Lei n.º 178/86, vigora o dever de obediência do prestador da atividade (o agente) as instruções da outra parte, porém, não podem ser contrárias a sua autonomia: “O agente é obrigado, designadamente: a) A respeitar as instruções da outra parte que não ponham em causa a sua autonomia; [...]”.

autonomia técnica, o afastamento dos lugares onde pode efectuar-se o controlo, tornam economicamente necessária ou conveniente a autonomia deste tipo de profissionais.”¹³⁹ Neste sentido Maria do Rosário Palma Ramalho assevera que “[...] o critério decisivo para a distinção entre as duas figuras é, de novo, o critério da autonomia ou da subordinação do prestador na execução do contrato [...]”.¹⁴⁰ E a citada autora acrescenta que

[...] para a determinação da posição de autonomia ou de subordinação do prestador da actividade perante a outra parte poderão ser especialmente valiosos os indícios de subordinação que se reportem a factores exógenos à prestação e, designadamente, os indícios ligados à inserção organizacional e disciplinar do trabalhador. É ainda relevante o critério do risco da actividade que, no contrato de agência, corre por conta do agente.¹⁴¹

De acordo com a professora, é importante para diferenciar estas figuras, por exemplo, observar se o prestador obedece a horários de trabalho, se tem os mesmos benefícios que a equipe de trabalho da outra parte – ou seja, é importante verificar se está inserido na dinâmica estrutural da empresa; ademais, identificar se ocorreram punições ou se era possível que isto ocorresse. Tais realidades são frequentemente identificadas no contrato de trabalho. Desse modo, se a relação jurídica se desenvolve desta maneira presume-se que a mesma não é um contrato de agência.

Outrossim, a jurisprudência, através do STJ (07/05/2003, Processo 03S284, MANUEL PEREIRA), adotou o critério da subordinação para qualificar um caso no qual existira dúvida se o mesmo era um contrato de trabalho ou um contrato de agência, fundamentando o seu posicionamento de acordo com os seguintes termos: “III – É de qualificar como contrato de agência, e não de trabalho, aquele pelo qual o autor se obrigou a prestar à ré serviço de venda dos produtos do seu fabrico e/ou comercialização numa determinada zona do País, ou em qualquer outra zona do País onde esta tivesse conveniência, sendo-lhe atribuída uma comissão de 2% sobre o valor líquido das vendas efectuadas (nada recebendo se nada vendesse), cuja cobrança era de sua inteira responsabilidade, com deslocações à sede da empresa uma vez por semana para conferência das cobranças, sendo os custos dessas deslocações suportados integralmente pelo autor, que preenchia as notas de encomenda segundo directrizes fornecidas pela ré, exercia a sua actividade sem sujeição a horário de trabalho, geria o seu tempo de harmonia com os seus propósitos, deslocava-se em viatura própria e suportava todas as despesas

¹³⁹ XAVIER, *Manual...*, cit., p. 312.

¹⁴⁰ RAMALHO, *Tratado...*, cit., p. 69-70.

¹⁴¹ RAMALHO, *Tratado...*, cit., p. 69-70.

relacionadas com a actividade desenvolvida, estando colectado como empresário por conta própria e nunca tendo estado inscrito na Segurança Social como assalariado da ré.”

3.2.3 CONTRATO DE SOCIEDADE E CONTRATO LIGADOS À GESTÃO SOCIETÁRIA

O contrato de sociedade também se assemelha ao contrato de trabalho, pois a participação do sócio poderá baseada no seu serviço, conforme dispõe o art. 980.º do CC.¹⁴² É o caso dos sócios de indústria.¹⁴³

Os critérios da existência da remuneração, bem como se o objeto do negócio jurídico é o resultado ou actividade, não irão facilitar a tarefa que visa a distinguir estes dois contratos, pois a actividade do sócio é vinculada a existência da sociedade, isto é, não é finalizada após o resultado almejado. Ademais, a remuneração frequentemente faz parte das cláusulas do contrato de sociedade. Portanto, não é recomendável adotar os critérios citados para identificar a diferença existente entre o contrato de sociedade e o contrato de trabalho.

Diante disso, a doutrina e a jurisprudência aplicam o critério da subordinação jurídica para executar esta tarefa. Para Maria do Rosário Palma Ramalho

[...] a actividade desenvolvida pelo sócio-gerente não corresponde a trabalho subordinado, porque o sócio participa da vontade da pessoa colectiva, o que exclui, à partida, a possibilidade da sua colocação em situação de subordinação perante essa mesma pessoa colectiva. Assim, apesar de corresponder a uma actividade laborativa, no sentido de actividade humana livre e produtiva desenvolvida para a satisfação de necessidade de outrem, esta actividade do sócio não é uma actividade laboral, por ausência de subordinação, devendo o seu vinculo reconduzir-se à figura do mandato.¹⁴⁴

Segundo Luís Manuel Teles de Menezes Leitão

[...] a distinção é realizável em função do critério da subordinação jurídica, dado que o sócio de indústria não se coloca sob a autoridade e direcção da sociedade, tendo apenas uma obrigação de realização da sua entrada, em termos semelhantes aos sócios de capital (art. 983º, nº 1, CC). Efectivamente, o sócio de indústria que presta trabalho

¹⁴² Art. 980.º do CC: “Contrato de sociedade é aquele em que duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa actividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa actividade.”

¹⁴³ VENTURA, Raul. *Apontamentos sobre sociedades civis*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 81-82, com muita sabedoria, cita um exemplo que cristaliza o caso dos sócios de indústria e destaca as dificuldades de diferenciação deste caso com o contrato de trabalho: “[...] sociedade formada entre um electricista, que contribui com o seu trabalho, e uma pessoa, que contribui com dinheiro e que o sócio de indústria é o único trabalhador da rudimentar empresa, executando por si próprio toda a actividade que constitui o objeto social; é praticamente impossível distinguir direcção e subordinação, ambas concentradas na mesma pessoa. Suponha-se uma empresa mais complexa em que o sócio de indústria realiza a sua contribuição de trabalho segundo planos pré-estabelecidos ou até sob as ordens doutras pessoas vinculadas à sociedade por contratos de trabalho; o conteúdo da sua prestação é igual ao das prestações de trabalhadores subordinados na sua empresa ou noutras empresas”.

¹⁴⁴ RAMALHO, *Tratado...*, cit., p. 71.

por força do contrato de sociedade não se subordina juridicamente à sociedade como seu trabalhador, continuando a manter a sua qualidade de sócio, que deve apenas a obrigação de entrada, andá que tenha que respeitar as decisões de gestão dos administradores. Em certos casos, no entanto, a diferenciação pode ser difícil de estabelecer.¹⁴⁵

De acordo com Bernardo Lobo Xavier “[...] o contrato de sociedade [...] supõe uma identidade de posições entre os sócios, o que não acontece também com o contrato de trabalho, em que uma das partes está subordinada à outra.”¹⁴⁶

Desse modo, entendemos que a impossibilidade de um sócio receber ordens, pois é o mesmo quem detém o poder para tanto, descaracteriza a subordinação jurídica, isto é, no contrato de sociedade não existe uma parte que emite ordens e outra que obedece.

Vale ressaltar que o sócio não está a exercer uma atividade em benefício de outrem, como ocorre no contrato de trabalho. Nesta relação jurídica o que existe é uma união de esforços para trabalharem em benefício próprio. Ademais, no contrato de sociedade nenhum dos contraentes detém o poder disciplinar diante de faltas cometidas durante a execução do mesmo.

Por fim, também julgamos que inexistente subordinação no contrato de sociedade tendo em vista que não é possível identificar nesta relação a alienabilidade, pois o lucro da atividade pertence aos sócios, ou seja, às partes do contrato. Já no contrato de trabalho o lucro resultante da atividade, em regra, pertence tão somente ao empregador.

Análise cuidadosa e especial deve ocorrer nas situações jurídicas em que o sócio também é trabalhador subordinado,¹⁴⁷ bem como quando a sociedade compartilha o lucro com este.¹⁴⁸ O qualificador deverá ficar atento nestes casos atípicos de contrato de trabalho pois poderá ser induzido a qualificações equivocadas ou até mesmo enganado por métodos que visem burlar a legislação trabalhista.

Portanto, se for demonstrado que, na prática o sócio é subordinado a sociedade, é possível qualificar dois vínculos entres os contraentes: comercial e laboral. Pronunciou-se neste sentido o STJ (23/01/1991, Processo 003134, JAIME DE OLIVEIRA): “II – Em princípio, numa sociedade de capitais, podem concorrer na mesma pessoa as qualidades de participante no capital e trabalhador subordinado, sendo necessário que o sócio trabalhador fique subordinado hierarquicamente a ser fiscalizado e dirigido nessa sua actividade a um gerente da sociedade.”

Tal possibilidade é defendida por Bernardo Lobo Xavier quando o autor afirma que

¹⁴⁵ LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., p. 109.

¹⁴⁶ XAVIER, *Manual...*, cit., p. 312.

¹⁴⁷ Vale ressaltar que tais realidades podem estar presente nas sociedades anónimas e nas sociedades por quotas.

¹⁴⁸ Vide art. 260.º, I, d), do CT.

[...] pelo menos nas sociedades anónimas e nas sociedades por quotas, é juridicamente possível a coexistência de um contrato de trabalho com a posição de sócio. Assim, sucede, por vezes, quando os trabalhadores são titulares de acções da sociedade com a qual mantêm um contrato de trabalho.¹⁴⁹

É importante ressaltar que existe um entendimento jurisprudencial que leva em consideração, para diferenciar as figuras em estudo, se o trabalhador ocupa ou não, na sociedade, o *status* de sócio gerente para qualificar o contrato de trabalho.¹⁵⁰ Neste caso (sócio gerente), existe um contrato de mandato. Compartilhou este entendimento o Tribunal da Relação de Lisboa (13/07/1988, Processo 0004502, PEDRO MACEDO): “I – O sócio não gerente de uma sociedade por quotas que nela exerça, sob a direcção e autoridade da gerência, remuneradamente, uma actividade profissional está ligado à sociedade por um contrato de trabalho, o que não sucederá com o sócio gerente. II – Todavia, a qualidade formal de gerente não bastará, pois pode mostrar-se que o respectivo exercício é de tal modo condicionado ou de facto restringido que não representa uma partilha efectiva dos poderes patronais.” Pronunciou-se também neste sentido O STJ (29/09/1999, Processo 98S364, JOSÉ MESQUITA): “I – Os sócios gerentes, constituindo os órgãos directivos e representativos da sociedade, participam na formação da vontade social, agindo no âmbito de um contrato de mandato (ou de administração) e não de um contrato de trabalho subordinado.”

Contudo, conforme observa o acórdão, a formalidade não prevalecerá sobre o que de facto acontece no mercado de trabalho, pois no contrato o trabalhador poderá ser denominado sócio-gerente, sob o regime do mandato, mas no seu desenvolvimento o mesmo poderá exercer uma actividade que preencha os elementos do contrato de trabalho. Desse modo não é o mero facto de ocupar no contrato a qualidade de sócio-gerente que afastará a existência do contrato de trabalho.

É relevante lembrar que vigora no ordenamento jurídico português o princípio da primazia da realidade, segundo o qual a verdade real sobrepõe-se sobre a verdade formal. Foi bom com base neste raciocínio que o citado Acórdão do STJ (29/09/1999, Processo 98S364, JOSÉ MESQUITA)¹⁵¹ declarou que: “II – Nas sociedades por quotas – ao invés do que sucede

¹⁴⁹ XAVIER, *Manual...*, cit., p. 312.

¹⁵⁰ CORDEIRO, *Manual...*, cit., p. 523.

¹⁵¹ Este acórdão ainda concluiu que: “III – No confronto da situação ‘sócio-gerente/trabalhador’ (pelo menos nos casos de sociedades por quotas) são particularmente relevantes os aspectos respeitantes: 1. à anterioridade ou não do contrato de trabalho face à aquisição da qualidade de sócio gerente; 2. à retribuição auferida, procurando surpreender alterações significativas ou dualidade de retribuições; 3. à natureza das funções concretamente exercidas, antes e depois da ascensão à gerência, designadamente em vista a apurar se existe exercício de funções tipicamente de gerência e se há nítida separação de actividade; 4. à composição da gerência, designadamente ao número de sócios gerente e às respectivas quotas; 5. à existência de sócios maioritários com autoridade e domínio

nas sociedades anônimas face ao artigo 398 do CSC – as realidades práticas podem reclamar a admissibilidade da acumulação das funções de sócio-gerente e de trabalhador subordinado.”

Em resumo, no julgado em estudo analisou-se um caso no qual uma pessoa que trabalhava para sociedade ingressou na mesma como sócia-gerente, com uma quota de 1%. Ocorre que na prática a mesma continuou a obedecer às ordens de outro sócio-gerente maioritário. Foi por isso que o julgado qualificou o duplo vínculo da trabalhadora. Deste modo, conforme o acórdão, é possível que sejam reconhecidos dois vínculos entre a sociedade e o sócio-gerente: contrato de prestação de serviço (mandato) e contrato de trabalho.

Figura jurídica que faz parte também da realidade das sociedades é a dos gerentes de sociedade por quotas, o qual vale a pena estudarmos tendo em vista o seu parecido vínculo jurídico com o contrato de trabalho.

Para Andrade Mesquita o vínculo estabelecido entre a sociedade por quotas e o gerente

[...] não consubstancia um contrato de trabalho, por falta de subordinação, uma vez que o gerente toma decisões, conformando ele próprio a vontade da sociedade por quotas. [...] O gerente [...] não se encontra subordinado a ninguém porque, dirigindo a sociedade, depende apenas dele próprio [...].¹⁵²

Portanto, segundo esta doutrina o elemento diferenciador entre o contrato de trabalho e o gerente de sociedade por quotas é a subordinação. A ausência de subordinação revela-se através do fato de o gerente não depender de outrem para executar a sua atividade, ou seja, o mesmo tem liberdade para exercer seu mister e não está subordinado a ninguém, pois não obedece a ordens e não é fiscalizado por outrem.

Contudo, se entre o gerente e a sociedade inexistir autonomia, nada impede que este vínculo seja configurado como um contrato de trabalho,¹⁵³ conforme comentamos anteriormente.

Podemos ilustrar com o caso de existir em uma só empresa diversos gerentes, sendo que um emite e outros obedecem a ordens. Percebe-se que inexistente liberdade por parte do

sobre os restantes; 6. à dependência, hierárquica e funcional, dos sócios-gerentes que desempenhem tarefas não tipicamente de gerência, relativamente a outras actividades.”

¹⁵² MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 399-400.

¹⁵³ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 401, cataloga três indícios que irão facilitar a tarefa que visa identificar a existência do contrato de trabalho na atividade de gerência: a) se entre o gerente e a sociedade existia um vínculo de subordinação (contrato de trabalho), deverá ocorrer alteração do desempenho das funções, em outras palavras, se a sua execução era subordinada, deverá ocorrer mudança para que seja autônoma; b) existência de retribuição fixa, pois a remuneração fixada nestes termos é um indício de contrato de trabalho; c) a percentagem diminuta do capital social atribuída é frequente na atividade subordinada, pois revela que o trabalhador não detém força na determinação da vontade/rumo da sociedade.

gerente que acata ordens. Andrade Mesquita explica esta possibilidade de acordo com os seguintes termos:

Quando a agência é plural e um dos gerentes não tem, de facto, poder para conformar a actividade social, ao executar outras tarefas em simultâneo com a gerência pode fazê-lo ao abrigo de um contrato de trabalho. Neste caso, o gerente-trabalhador obedece aos outros gerentes, que dominam a sociedade.¹⁵⁴

Outro ponto que merece destaque sobre o assunto é aquele que estuda se existe ou não possibilidade de se reconhecer um vínculo de subordinação entre o administrador da sociedade anônima e a mesma, bem como se existe a possibilidade de existir simultaneamente outra relação jurídica entre a sociedade e o administrador.

O art. 398.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais (CSC) veda esta possibilidade nos seguintes termos: “Durante o período para o qual foram designados, os administradores não podem exercer, na sociedade ou em sociedade que com esta estejam em relação de domínio ou de grupo, quaisquer funções temporárias ou permanentes ao abrigo de contrato de trabalho, subordinado ou autónomo, nem podem celebrar quaisquer desses contratos que visem uma prestação de serviço quando cessarem as funções de administrador.” O n.º 2 do mesmo artigo acrescenta que “quando for designado administrador uma pessoa que, na sociedade ou em sociedades referidas no número anterior, exerça qualquer das funções mencionadas no mesmo número, os contratos relativos a tais funções extinguem-se, se tiverem sido celebrados há menos de um ano antes da designação, ou suspendem-se, caso tenham durado mais do que esse ano.”

Desse modo, o CSC veda expressamente que o administrador celebre outro contrato de prestação de serviço (vale lembrar que o contrato de trabalho é uma espécie do gênero contrato de prestação de serviço) com a sociedade.

Ademais, o diploma supracitado ainda estabelece que as relações jurídicas que já existiam entre o administrador e a sociedade deverão ser extintas ou suspensas se o seu exercício for incompatível com as funções daquele.

Logo, se o administrador exercia uma atividade subordinada na sociedade antes de alcançar este título, o contrato de trabalho será extinto ou suspenso.

A razão de ser da proibição é evitar que o cargo de administrador seja usado para fins espúrios. Por exemplo, se fosse possível o administrador contratar a si próprio, segundo Andrade Mesquita,

[...] poderia acontecer que se caísse numa arbitrária e injusta divisão formal em que o administrador era pago, a título de trabalhador ou de prestador de serviço, para

¹⁵⁴ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 400.

desempenhar tarefas (análise de processos, por exemplo) que deveria realizar enquanto administrador, com consequente duplicação de retribuições.¹⁵⁵

Desse modo, é vedado que o administrador de uma sociedade celebre com a mesma um contrato de trabalho.

Todavia, julgamos que se for demonstrado que o administrador não exercia esse papel na sociedade, isto é, não tinha o poder de conduzir o seu rumo, será possível qualificar esta relação como contrato de trabalho, pois o que afasta esta realidade é não subordinação do administrador a sociedade.

Novamente, para reforçar a nossa opinião, podemos usar o exemplo da sociedade anônima que qualifica determinado trabalhador apenas para burlar a legislação trabalhista e consequentemente ter menor despesa com mesmo.

Por outro lado, se o administrador tem liberdade/autonomia para exercer o seu mister, entendemos que tal relação seja qualificada como um contrato de prestação de serviço.

Andrade Mesquita destaca três indícios para diferenciar o contrato de sociedade e contrato de trabalho nos seguintes termos:

Em primeiro lugar, o facto de prestador da actividade exercer funções de gerência, as quais, em principio, não se coadunam com subordinação [...]. Em segundo lugar, quando a remuneração é fixa, em função do tempo de actividade, retira-se ao trabalhador a qualificação de empresário, porque não assume o risco da actividade. Em terceiro lugar, quando o prestador da actividade, antes de adquirir a qualidade de sócio, já trabalhava para a sociedade ou para algum dos sócios, interessa ver se, a seguir à entrada para a sociedade, se alterou a forma de desempenho das funções.¹⁵⁶

O primeiro indício, conforme menciona o autor, leva em conta liberdade total com a qual o gerente executa a sua atividade, não se subordinando a outrem. Portanto, se o trabalho é desenvolvido nestes termos presume-se que o contrato é de sociedade.

O segundo indício se fundamenta no modo como é apurada a remuneração do sócio. O autor afirma que remuneração fixa é indício do contrato de trabalho, pois neste caso a mesma terá lugar independente se a atividade se está a causar lucros ou perdas. Quem é sócio/dono do negócio assume o risco de após o exercício da sua atividade a mesma não ser remunerada, pois esta não é paga como o mero seu exercício, isto é, o sócio só será remunerado se atividade empresarial causar lucro. Desse modo, inexistente na sociedade remuneração em função do tempo de actividade. No contrato de sociedade não existe certeza da remuneração após o exercício da atividade.

¹⁵⁵ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 396.

¹⁵⁶ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 394.

O terceiro indício é aquele que verifica se ocorreu mudança no modo como a atividade é desenvolvida após aquele que já trabalhava para sociedade sob o manto de um contrato de trabalho se convolar em sócio. O autor afirma que se qualificará como contrato de trabalho se não ocorreu mudança. Para o mesmo se a atividade continua a ser desenvolvida de forma subordinada, será então qualificada como um contrato de trabalho. Portanto, não é a qualidade de sócio que irá afastar esta qualificação.

O STJ¹⁵⁷ já adotou estes indícios para qualificar como contrato de trabalho o seguinte caso: em resumo, um técnico de radiologia laborava para dois médicos. Os três criaram uma sociedade. Todavia, o técnico continuou a exercer as funções da mesma forma como exercia antes da constituição da sociedade (não exercendo atividades de gerência).

¹⁵⁷ *In* BMJ, n.º 332, janeiro de 1984, p. 418 a 421.

4 PRESUNÇÃO DE CONTRATO DE TRABALHO

Para o Código do Trabalho ser aplicado em um caso concreto o mesmo deve tratar-se de uma relação laboral.

Com efeito, é necessário previamente qualificar esta relação, isto é, para ser aplicado a proteção ao trabalhador prevista no Código do Trabalho é indispensável provar a existência dos elementos constitutivos no Contrato de Trabalho na fase de instrução do processo.

Consoante o número 1 do art. 342.º do Código Civil, “àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado.”

Portanto, cabe a trabalhador provar a existência dos requisitos constitutivos do contrato de trabalho.

Todavia, nesta fase judicial (instrução) há uma nítida desigualdade entre o empregador e trabalhador, precipuamente nos casos mais difíceis de identificar a subordinação jurídica, uma vez que tal empreitada, conforme experiência jurisprudencial, torna-se mais difícil para o trabalhador. Nesta esteira, explica Joana Nunes Vicente que

[...] por um lado, reconhecem-se as dificuldades de prova directa sobre os elementos estruturais do contrato de trabalho, sobretudo naquelas situações de subordinação dita “periférica” ou “atenuada”. Por outro, porque não dizê-lo, é patente a maior vulnerabilidade em que o sujeito processual interessado na provas desses factos – o trabalhador – se encontra para obter uma decisão de mérito favorável. A diferente situação jurídica, económica e social das partes acabaria por se projectar numa desigualdade no plano processual, máxime, no plano probatório.¹⁵⁸

É importante sublinhar que o grau de subordinação dependerá do caso concreto. Por exemplo, no desempenho de uma função que necessita de qualificação técnica não será uma tarefa fácil identificar aquela.

Outra realidade que dificulta provar a existência do contrato de trabalho são as artimanhas adotadas pelas empresas que visam simular/ocultar um contrato de trabalho, por exemplo, ocultando, por meio de um contrato de prestação de serviço, um contrato de trabalho.

Este fenómeno é conhecido como evasão ao sistema laboral, adotada frequentemente por meio de falsos contratos de prestação de serviço. Nesta linha de raciocínio afirma Maria do Rosário Palma Ramalho que

[...] é sabido que, em conjunturas económicas menos favoráveis e em regimes particularmente restritivos em matéria de cessação do contrato de trabalho por iniciativa do empregador (como é o caso do português), se disseminam práticas de

¹⁵⁸ VICENTE, Joana Nunes. *A fuga à relação de trabalho (típica): em torno da simulação e da fraude à lei*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 135.

evasão ao regime laboral, com objetivo de escapar à aplicação das suas regras tutelares. Ora, estas práticas de evasão ao regime laboral começam logo na qualificação do contrato, de uma de duas formas: ou através da titulação expressa do contrato como contrato de prestação de serviço, quando a execução do mesmo demonstra, afinal, que o trabalhador está numa posição de subordinação; ou, não sendo o contrato celebrado por escrito, através da contratação do trabalhador como independente (o que é formalmente comprovado pela emissão do recibo respectivo pelo trabalhador), quando, na verdade, ele desempenha as suas funções em regime de subordinação (é o problema dos denominados falsos independentes). Em qualquer dos casos, estamos, pois, perante comportamentos ilícitos de evasão do regime laboral, através da qualificação voluntariamente errada do contrato.¹⁵⁹

Com base nestas realidades, o Código do Trabalho criou presunções de contrato de trabalho (art. 12.º). O instituto em exame é conceituado pelo art. 349.º do CC de acordo com os seguintes termos: “presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para afirmar um facto desconhecido”.

No que atine ao tema, afirma Pedro Romano Martinez que “[...] a prova dos elementos constitutivos do contrato de trabalho é, muitas das vezes, difícil e, para obviar a tal dificuldade, poder-se-ia recorrer à presunção de existência de contrato de trabalho.”¹⁶⁰

Afirma Baptista Machado, ao analisar a razão de ser das presunções legais, que “dadas as dificuldades de prova de certos factos constitutivos de direitos em determinadas situações, a lei vem em socorro de umas das partes estabelecendo a seu favor uma presunção legal.”¹⁶¹

De acordo com Bernardo Lobo Xavier o escopo da lei

[...] é aligeirar os encargos demonstrativos de que reivindica a aplicação da legislação do trabalho, bastando-se com a comprovação da realização de um serviço com certas características. Trata-se, na realidade, de uma parcial dispensa ou liberação de prova (344.º, I, do C.Civ.), pela qual o legislador, atentas as dificuldades de demonstração do trabalho subordinado, sob autoridade, em que há recurso a um quadro conceptual indeterminado e de recorte jurídico, se contenta com a demonstração de algumas circunstâncias que indiciam essa mesma subordinação.¹⁶²

Desse modo, caso sejam detectados na relação jurídica indícios de existência de contrato de trabalho, isto é, características que frequentemente são encontradas no contrato de trabalho, irá ocorrer uma inversão do ônus da prova.

Com efeito, o árduo ônus do trabalhador de produzir a prova será transferido ao empregador. Neste sentido, dispõe o n.º 1 do art. 350.º do CC: “quem tem a seu favor a presunção legal escusa de provar o facto a que ela conduz.”

¹⁵⁹ RAMALHO, *Delimitação...*, cit., p. 568-9.

¹⁶⁰ MARTINEZ, *Trabalho...*, cit., p. 293.

¹⁶¹ MACHADO, Baptista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1989, p. 112.

¹⁶² XAVIER, *Manual...*, cit., p. 296.

Sobre este assunto assim se posicionou o STJ (Data do Acórdão: 19/05/2010, Processo: 295/07.9TTPRT.S1, Relator: Vasques Dinis)¹⁶³: “[...] VI – De acordo com o regime geral da repartição do ónus da prova, incumbe ao trabalhador demonstrar os factos reveladores da existência do contrato de trabalho, ou seja, demonstrar que exerce uma actividade remunerada para outrem, sob a autoridade e direcção do beneficiário (artigo 342.º, n.º 1, do Código Civil). VII – Desviando-se, no entanto, desta regra, veio o artigo 12.º, do Código do Trabalho de 2003, na sua primitiva redacção, a consignar cinco requisitos, correspondentes a indícios a que é usual recorrer-se para caracterizar o contrato de trabalho, cuja verificação tem como efeito o estabelecimento de uma presunção legal, a favor do trabalhador, dispensando-o de provar outros elementos, de índole factual, integrantes do conceito de subordinação jurídica e, pois, da noção de contrato de trabalho, cuja existência se firma, por ilação, demonstrados que sejam aqueles requisitos (artigos 349.º e 350.º, n.º 1, do Código Civil). VIII – Em tal caso, ao empregador cabe provar factos tendentes a ilidir a presunção de laboralidade, ou seja, factos reveladores da existência de uma relação jurídica de trabalho autónomo (artigo 350.º, n.º 2, do Código Civil). [...]”.

No entanto, consoante o número 2 do art. 350.º do Código Civil, “as presunções legais podem, todavia, ser ilididas mediante prova em contrário, excepto nos casos em que a lei o proibir.”

Desse modo, são presunções legais *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário (não são absolutas), pois, mesmo o trabalhador demonstrando as situações previstas no art. 12.º do CT ou algumas delas, o empregador poderá comprovar a inexistência do contrato de trabalho entre as partes ou demonstrar a incerteza do elemento que fundamenta a presunção, podendo alegar, por exemplo, que o caso em concreto é uma relação de trabalho autónomo.

Em sentido idêntico escreve João Leal Almeida:

[...] Tratando-se de uma presunção *juris tantum* (art. 350.º do CCivil), nada impede o beneficiário da actividade de ilidir essa presunção, demonstrando que a despeito de se verificarem aquelas circunstâncias, as partes não celebraram qualquer contrato de trabalho. Mas, claro, o ónus *probandi* passa a ser o seu (dir-se-ia que a bola passa a estar do seu lado), pelo que não sendo a presunção ilidida o tribunal qualificará aquele contrato como um contrato de trabalho, gerador de uma relação de trabalho subordinado.¹⁶⁴

No entendimento de Bernardo Lobo Xavier, caso

¹⁶³ Disponível em www.dgsi.pt.

¹⁶⁴ AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho – noções básicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 60.

[...] o prestador de actividade conseguir demonstrar mais do que uma das características relacionadas no art.12.º, beneficiará da presunção da existência de contrato qualificável como de trabalho e nada mais terá de provar, a menos que a outra parte traga ao processo dados que possam destruir a presunção firmada.¹⁶⁵

Também adotou este posicionamento o STJ (Data do Acórdão: 04/02/2015, Processo 437/11.0TTOAZ.P1.S1, Relator: PINTO HESPANHOL)¹⁶⁶ nos seguintes termos: “[...] cada um daqueles indícios tem naturalmente um valor muito relativo e, por isso, o juízo a fazer é sempre um juízo de globalidade (MONTEIRO FERNANDES, Direito do Trabalho, 12.ª edição, Almedina, Coimbra, 2004, p. 145), a ser formulado com base na totalidade dos elementos de informação disponíveis, a partir de uma maior ou menor correspondência com o conceito-tipo.”

Apesar disso, a legislação portuguesa, conforme prevê o art. 13.º do DL n.º 66/2011, de 1 de Junho, criou uma presunção absoluta (*juris et de jure*) de contrato de trabalho tratando-se de estágios profissionais extracurriculares se: a) a actividade profissional desenvolvida a coberto da realização de um suposto estágio profissional que não obedeça à noção de estágio profissional constante do art. 2.º nesta lei; b) a actividade profissional desenvolvida a coberto da realização de um suposto estágio profissional sem suporte na celebração de um contrato de estágio devidamente formalizado, nos termos do respectivo art. 3º, n.º 1 e 2; c) a actividade desenvolvida pelo estagiário na entidade promotora após a caducidade do contrato de estágio em virtude do decurso do prazo correspondente ao seu período de duração, nos termos da al. a) do n.º 2 do art. 12.º do mesmo diploma.

A legislação portuguesa, além de criar presunções de existência de contrato de trabalho, também criou presunções que demonstram a inexistência de subordinação, conforme verifica-se no art. 5.º do DL n.º 328/93, de Setembro: “Presume-se que a actividade é exercida sem subordinação quando ocorram algumas das seguintes circunstâncias: a) O trabalhador tenha, no exercício da sua actividade, a faculdade de escolher os processos e meios a utilizar, sendo estes, total ou parcialmente, da sua propriedade; b) O trabalhador não se encontre sujeito a horário e ou a períodos mínimos de trabalho, salvo quando tal resulte da directa aplicação de normas de direito laboral; c) O trabalhador possa subcontratar outros para a execução do trabalho em sua substituição; d) A actividade do trabalhador não se integre na estrutura do processo produtivo, na organização do trabalho ou na cadeia hierárquica de uma empresa; e) A actividade do trabalhador constitua elemento accidental na organização e no desenvolvimento dos objectivos da entidade empregadora.”

¹⁶⁵ XAVIER, *Manual...*, cit., p. 348-9.

¹⁶⁶ Disponível em www.dgsi.pt.

Vale ressaltar que a presunção laboral possui profunda relação com o mecanismo de qualificação de contrato de trabalho utilizado pela doutrina e pela jurisprudência, o denominado *método indiciário*.

O método indiciário é um mecanismo de qualificação que condiciona sua aplicação se no caso concreto estiverem visíveis realidades que, frequentemente, estão presentes no contrato de trabalho, denominadas indícios. Sobre este ponto explica João Leal Amado que

[...] o tribunal recorria a uma bateria de elementos indiciários como forma de testar a existência de uma situação de autonomia ou de subordinação na prestação de trabalho, tais como os referentes ao local de trabalho (quem determina e controla local de execução de prestação?), ao horário de trabalho (existe um horário definido para o desempenho da actividade laboral?), à modalidade da remuneração (certa ou variável?), à titularidade dos instrumentos de trabalho (propriedade do credor ou do devedor dos serviços?), à eventual situação de exclusividade do prestador de serviços (existe dependência económica deste face ao beneficiário dos serviços?), ao enquadramento fiscal e de segurança social, ao próprio nomen iuris escolhido, etc.¹⁶⁷

É importante sublinhar que a importância de cada indício dependerá das circunstâncias do caso concreto. Logo, há situações em que um indício é importante; porém, há casos que o mesmo indício terá a relevância reduzida.

Em sentido idêntico escreve Júlio Gomes: “[...] o peso relativo de cada indício não é sempre uniforme, podendo a sua importância relativa variar significativamente em função, por exemplo, da actividade para que é contratado.”¹⁶⁸

Também adotou este entendimento o STJ (Data do Acórdão: 20/11/2013, Processo 2867/06.0TTLSB.L2.S1, Relator: MÁRIO BELO MORGADO)¹⁶⁹ conforme pode ser lido no seguinte sumário: “I — Dadas as dificuldades sentidas no desenho de um conceito rígido e absoluto de subordinação jurídica, é sobretudo na operacionalização deste elemento contratual que em regra se recorre ao método indiciário, com base numa «grelha» de tópicos ou índices de qualificação, apesar de o seu elenco não ser rígido e de nenhum deles (isoladamente) assumir relevância decisiva, não sendo assim exigível que todos eles apontem no mesmo sentido (...)”.

Outro ponto que merece ser ressaltado sobre a presunção de laboralidade é a sua aplicação no tempo.

Diante disso indaga-se: as presunções previstas no Código do Trabalho são aplicáveis em quais relação jurídicas, nas constituídas antes ou depois da legislação?

¹⁶⁷ AMADO, *O contrato...*, cit., p. 121.

¹⁶⁸ GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 130.

¹⁶⁹ Disponível em www.dgsi.pt.

O STJ (Data do Acórdão: 15/04/2015, Processo 329/08.0TTTCSC.L1.S1, Relator: GONÇALVES ROCHA)¹⁷⁰ adotou a corrente segundo a qual as mesmas serão aplicadas apenas aos contratos de trabalho assinados após a vigência do CT de 2003, conforme consta ementa do aresto abaixo: “1. O artigo 12.º do Código do Trabalho de 2003 estabelece a presunção de que as partes celebraram um contrato de trabalho assente no preenchimento cumulativo de determinados requisitos, o que traduzindo uma valoração dos factos que importam o reconhecimento dessa presunção só se aplica aos factos novos, às relações jurídicas constituídas após o início da sua vigência, que ocorreu em 1 de Dezembro de 2003.”

Destarte, vale a pena comentarmos, em breve palavras, a evolução legislativa do Código do Trabalho no que atine ao tema.

4.1 O ARTIGO 12.º DO CÓDIGO DO TRABALHO DE 2003 (REDAÇÃO ORIGINÁRIA)

A redação original do artigo 12.º fora elaborada de acordo com os seguintes termos: “Presume-se que as partes celebram um contrato de trabalho sempre que, cumulativamente: a) O prestador de trabalho esteja inserido na estrutura organizativa do beneficiário da actividade e realize a sua prestação sob as orientações deste; b) O trabalho seja realizado na empresa beneficiária da actividade ou em local por esta controlado, respeitando um horário previamente definido; c) O prestador de trabalho seja retribuído em função do tempo despendido na execução da actividade ou se encontre numa situação de dependência económica face ao beneficiário da actividade; d) Os instrumentos de trabalho sejam essencialmente fornecidos pelo beneficiário da actividade; e) A prestação de trabalho tenha sido executada por um período, ininterrupto a 90 dias.”

Portanto, segundo o comando deste artigo para que um caso concreto seja presumido como um contrato de trabalho, é necessário que sejam preenchidas todas as alíneas do mesmo.

Em outras palavras, o dispositivo em análise estabelecia cinco requisitos cumulativos para se configurar a presunção, isto é, se fosse identificado apenas um destes requisitos no negócio jurídico, não era possível aplicar a presunção.

Foi esta a opinião adotada pelo Tribunal da Relação de Lisboa (Data do Acórdão: 07/05/2008, Processo 1875/2008-4, Relator: Seara Paixão)¹⁷¹: “[...] O artigo 12.º do Código do Trabalho que estabelece a presunção de que as partes celebraram um contrato de trabalho

¹⁷⁰ Disponível em www.dgsi.pt.

¹⁷¹ Disponível em www.dgsi.pt.

assente no preenchimento cumulativo dos requisitos enunciados nessa disposição, aplica-se a uma relação jurídica vigente à data da entrada em vigor do Código do Trabalho. Exige-se, no entanto, a verificação cumulativa de todos e cada um dos requisitos enumerados nas al. a) a e) do art. 12º do CT. [...]”

Nas palavras de Pedro Romano Martinez, “[...] só havia presunção de contrato de trabalho se estivessem preenchidos cumulativamente os cinco requisitos; mas faltando qualquer requisito nada obstava a que o trabalhador, ainda assim, provasse que estavam preenchidos os elementos constitutivos do contrato de trabalho.”¹⁷²

Esta exigência não era bem vista pela doutrina, pois dificultava a qualificação da relação jurídica laboral porquanto se faltasse um destes elementos na relação jurídica a mesma não poderia ser presumida como um contrato de trabalho. Com efeito, a norma em tela tornava-se inútil. Segue esta linha de raciocínio Andrade Mesquita ao escrever que

a presunção do art. 12.º, em vez de cumprir o objectivo de facilitar a prova do contrato de trabalho, pode desencadear um efeito perverso, dificultando-a ainda mais, por dois motivos. Em primeiro lugar, porque o seu efeito útil é praticamente nulo. Por um lado, os requisitos do art. 12.º são cumulativos e extremamente exigentes. Por outro lado, o artigo assenta não apenas em factos, como a existência de um horário previamente definido ou a duração contratual superior a noventa dias, mas também em conceitos extremamente complexos, como o da inserção na estrutura organizativa. Em consequência disto, nos casos de fronteira será praticamente certo que alguns requisitos do art. 12.º não se verifiquem. Quando a presunção funciona, isso significará que ninguém duvida da existência de um contrato de trabalho. Em segundo lugar, e em consequência do que acaba de dizer-se, a presunção pode desencadear um efeito perverso, dificultando a prova. Isto porque, em virtude de não se preencherem algumas alíneas do art. 12.º, haverá tendência para considerar que não há contrato de trabalho, dado nem sequer se reunirem todos os elementos de uma mera presunção ilidível desse contrato. É preciso não cair neste erro, uma vez que, inclusivamente, algumas das alíneas referem-se a aspectos que podem ser facilmente estar ausentes do trabalho subordinado, como o horário, a retribuição fixa, a pertença dos meios de produção ao empregador ou a duração do vínculo por mais de noventa dias.¹⁷³

A presunção de laboralidade prevista no supracitado artigo também é criticada por Monteiro Fernandes quando o autor afirma que “as razões que podem conferir a uma presunção de contrato de trabalho uma utilidade concreta para o afinamento da aplicação das normas laborais não são atendidas pelo art. 12.º CT. Pelo contrário, o preceito pode gerar novas e sérias dificuldades operatórias.”¹⁷⁴

Tal redação também foi criticada por Maria do Rosário Palma Ramalho:

Por um lado, os indícios referidos tinham um valor muito desequilibrado entre si e alguns deles não tinham mesmo qualquer justificação material (o caso mais evidente

¹⁷² MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 329.

¹⁷³ MESQUITA, *Direito do Trabalho*, cit., p. 386.

¹⁷⁴ FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 151-2.

era o da duração mínima do contrato fixada em noventa dias, que constituía uma exigência desadequada, tendo em conta que um contrato de trabalho pode ser concluído por qualquer período sem se descaracterizar). Por outro lado, estes indícios eram estabelecidos expressamente em moldes cumulativos (art. 12.º, corpo, do CT de 2003), pelo que se tornava, na prática, mais difícil de chegar à qualificação do negócio como contrato de trabalho através da presunção do que pelo método indiciário aplicado em termos gerais – ora, tendo conta que a função das presunções é facilitar a demonstração de um facto e não dificultar a prova, este resultado era contraproducente. Por fim, tal como estava concebida, esta presunção tinha um efeito perverso, dado que uma tal exigência quanto aos factores essenciais à presunção poderia conduzir os tribunais a desqualificar o contrato como contrato de trabalho (na operação normal de subsunção dos factos à noção legal deste contrato, constante do art. 10.º do CT de 2003), sempre que não estivessem presentes todos indícios do art. 12.º do CT de 2003.¹⁷⁵

4.2 ARTIGO 12.º DO CÓDIGO DO TRABALHO (LEI N.º 9/2006, DE 20 DE MARÇO)

A Lei n.º 9/2006, de 20 de Março provocou alterações no CT. Entre as mesmas, destaca-se a que modificou os termos do artigo 12.º que foi alvo de duras críticas pela doutrina, conforme comentamos anteriormente.

Segundo o novel artigo, “presume-se que existe um contrato de trabalho sempre que o prestador esteja na dependência e inserido na estrutura organizativa do beneficiário da actividade e realize a sua prestação sob as ordens, direcção e fiscalização deste, mediante retribuição.”

Ao comparar e interpretar os dois artigos conclui-se que o caminho para presumir um caso concreto como contrato de trabalho ficou mais curto e mais simples. Por exemplo, eliminou-se o indício da duração do contrato.

Ocorre que o artigo supracitado não cumpriu a função de socorrer ou facilitar a produção de provas em favor do trabalhador, uma vez que os requisitos para sua aplicação se assemelham aos previstos para a noção legal de contrato de trabalho. Além disso, em comparação com estes, criou mais dois requisitos: inserção na estrutura organizativa do beneficiário da actividade e relação de dependência do trabalhador. Portanto, ampliou o leque e tornou mais exigentes os elementos do contrato de trabalho. Sobre o assunto em comento escreve João Leal Amado:

Lê-se, mas quase não se acredita! Se a anterior redacção do preceito apresentava, como se disse, deficiências manifestas, a actual redacção do mesmo transforma esta norma numa disposição obtusa e, digamo-lo e sem rodeios, mentirosa! Repare-se, com efeito, que a presunção estabelecida no art. 12.º do Código do Trabalho reproduz todos os elementos constantes da noção legal de contrato trabalho, enunciada no art. 10.º (prestação de actividade, mediante retribuição, sob a autoridade e direcção de outrem), não se coibindo de acrescentar ainda mais alguns (inserção na estrutura organizativa

¹⁷⁵ RAMALHO, *Delimitação...*, cit., p. 571.

do beneficiário da actividade e relação de dependência face a este último). A base da presunção mostra-se, assim, mais exigente do que os próprios requisitos da noção legal de contrato de trabalho, pelo que, em bom rigor, não existe entre nós qualquer presunção legal de laboralidade. [...] Vistas as coisas sob este prisma, o mínimo que se pode dizer é que o art. 12.º do Código do Trabalho não vem, com toda certeza, em socorro do prestador de actividade...¹⁷⁶

O art. 12.º, opina João Reis, “perante o actual art. 12.º – que quase roça o absurdo jurídico, pois parece mais difícil provar a presunção do que a realidade que ela visa presumir (contrato de trabalho) – propõem-se alterações para-ínglês-ver.”¹⁷⁷

No entendimento de Maria do Rosário Palma Ramalho

[...] a norma continuava a sujeitar-se a duas críticas essenciais: por um lado, os indícios de subordinação eram formulados em moldes muito vagos (assim, por exemplo, deixou de se referir o local e o tempo de trabalho para se indicar apenas a inserção do trabalhador na organização do credor) e de um modo que se confundia com a descrição dos elementos essenciais do contrato (assim, por exemplo, não se referia o modo de cálculo da retribuição mas simplesmente a existência de retribuição), o que diminuía a sua operacionalidade; por outro lado, os indícios continuavam a ser apresentados em moldes cumulativos, o que dificultava a prova em vez de a facilitar.¹⁷⁸

4.3 ARTIGO 12.º DO CÓDIGO DO TRABALHO DE 2009

A última alteração na legislação sobre o tema teve como objeto a criação de tipos de indícios de existência de contrato de trabalho, bem como os efeitos da qualificação ilegal de um contrato em prejuízo do trabalhador previsto para o empregador.

Segundo Maria do Rosário Palma Ramalho esta alteração legislativa “[...] se coaduna melhor com a diversidade de modelos de contratação laboral que hoje existe e corresponde ao objetivo de facilitação da prova que inere às presunções legais.”¹⁷⁹

Nos termos das alíneas do novel art. 12.º, n.º 1, do CT, os indícios de existência de contrato de trabalho são os seguintes: “a) A atividade seja realizada em local pertencente ao seu beneficiário ou por ele determinado; b) Os equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertençam ao beneficiário da atividade; c) O prestador de atividade observe horas de início e de termo da prestação, determinadas pelo beneficiário da mesma; d) Seja paga, como determinada periodicidade, uma quantia certa ao prestador de atividade, como contrapartida da

¹⁷⁶ AMADO, *O contrato...*, cit., p. 125-7.

¹⁷⁷ REIS, João. Arbitragem dos serviços mínimos e Lei n.º 9/2006. *Questões Laborais*, n.º 26, 2005, p. 181.

¹⁷⁸ RAMALHO, *Delimitação...*, cit., p. 572.

¹⁷⁹ RAMALHO, *Delimitação...*, cit., p. 580.

mesma; e) O prestador de atividade desempenhe funções de direção ou chefia na estrutura orgânica da empresa.”

É comum o empregador indicar o local que deve ser exercida a atividade do trabalhador tendo em vista o poder de direção, podendo pertencer ao empregador ou ao beneficiário da mão de obra. Por conseguinte, o artigo citado elegeu como indício de relação laboral que “a atividade seja realizada em local pertencente ao seu beneficiário ou por ele determinado”. Explica Bernardo Lobo Xavier que é

[...] característica comum da relação de trabalho a essencialidade para o empregador de conjugar a prestação com a sua estrutura produtiva (maquinaria, outros trabalhadores, clientela) dentro de uma área por si controlada e assim se revela a inserção na organização. Por outro lado, a característica indicada comprova que quem presta o serviço não é o senhor de determinar o local de execução.¹⁸⁰

Outro indício que simboliza a existência do contrato de trabalho, conforme o artigo supracitado, é o fato de que os “equipamentos e instrumentos de trabalho utilizados pertençam ao beneficiário da atividade”, pois é um exemplo cristalino de que a atividade do trabalhador está inserida na estrutura organizativa da empresa.

Outrossim, é considerado como indício a observância de horário para execução da atividade em decorrência da vontade do beneficiário da mão de obra, demonstrando que a atividade é subordinada a este. Com efeito, o trabalhador se obriga a disponibilizar o seu tempo a outrem. Na opinião de Bernardo Lobo Xavier

[...] é um fortíssimo indício de subordinação a determinação específica de um horário, em que se revela a direção e autoridade relativamente ao estar à disposição que constitui o essencial da posição do trabalhador e ainda o próprio tipo de uma prestação de actividade cujo valor é medido pelo tempo e não pelo resultado.¹⁸¹

O quarto indício é configurado com base no modo como a remuneração é feita, pois no contrato de trabalho, em regra, o trabalhador terá o direito, após ter trabalhado determinado lapso temporal, a uma remuneração certa. Exemplificando: o trabalhador terá direito a receber seu ordenado até o dia 5 (cinco) de cada mês, que correspondente a 1 (um) salário mínimo.

O último indício é uma novidade que tem como fito auxiliar o juiz a reconhecer um contrato de trabalho com trabalhadores dirigentes, uma vez que nestes casos a subordinação jurídica é atenuada, o que dificulta a produção da prova, isto é, a prova da existência do contrato é mais difícil nesse caso. Desse modo, a função exercida pelo trabalhador na empresa, ainda

¹⁸⁰ XAVIER, *Manual...*, cit., p. 343.

¹⁸¹ XAVIER, *Manual...*, cit., p. 344.

que seja de direção ou de chefia, não pode ser um óbice para qualificação do contrato de trabalho.

Também é necessário ressaltar que fora excluído o indício fundamentado na dependência econômica do trabalhador com o empregador.

Outro ponto que merece ser ressaltado é o fato de não ser mais necessário estarem presentes no caso concreto todos estes indícios para um caso ser presumido como contrato de trabalho. Ou seja, a lei dispensou a existência de indícios cumulativos no caso concreto (parte final do caput do art. 12.º: [...] se verificarem algumas das seguintes características [...]). Com efeito, basta estarem no caso concreto dois destes indícios (no mínimo¹⁸²) para o juiz presumir que o mesmo trata-se de um contrato de trabalho e em consequência inverter o ônus da prova. Neste sentido diz Luís Manuel Teles de Menezes Leitão que

a norma não esclarece, no entanto, quantos indícios são necessários para que a presunção se aplique. Com base na formulação legal que se refere a “algumas e não a “alguma, tendemos a considerar que serão necessários pelo menos duas das características legalmente indicadas para que se aplique a presunção.¹⁸³

Sobre este assunto, vale a pena citar a lapidar explicação de João Leal Almeida:

[...] provando o prestador que, *in casu*, se verificam algumas daquelas características, a lei presume que haverá um contrato de trabalho, cabendo à contraparte fazer prova em contrário. Assim, provando-se, p. ex., que actividade é realizada em local pertencente ao respectivo beneficiário e nos termos de um horário determinado por este, ou provando-se que os instrumentos de trabalho pertencem ao beneficiário da actividade, o qual paga uma retribuição certa ao prestador da mesma, logo a lei presume a existência de um contrato de trabalho.¹⁸⁴

Por fim, a última alteração refere-se à reação legislativa quanto ao comportamento que visa à evasão ao sistema jurídico laboral (por exemplo, qualificação fraudulenta do negócio jurídico, que na prática é um contrato de trabalho), ao estabelecer uma coima para empregador faltoso: contra-ordenação muito grave, perda de subsídio ou benefício atribuído ao empregador (em caso de reincidência). Sobre este ponto afirma Pedro Romano Martinez que

[...] há um agravamento da punição, artigo 12.º, n.º 2, do CT 2009, se o trabalho subordinado for dissimulado, apresentando-se como autónomo. Este regime enquadra-se numa política que pugna pela limitação do trabalho precário, com algumas consequências em sede de contrato a termo. Todavia, a ideia de <<causar prejuízo ao Estado>> (parte final do n.º 2) pode ser entendida sem sentido muito amplo, que extravasa a relação laboral, nomeadamente por fuga ao fisco.¹⁸⁵

¹⁸² “Teoricamente”, segundo MARTINEZ, Pedro Romano. *Código do trabalho anotado*. 9.ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 138.

¹⁸³ LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., p. 121.

¹⁸⁴ AMADO, *Contrato...*, cit., p. 59-60.

¹⁸⁵ MARTINEZ, *Código...*, cit., p. 139.

Vale assinalar, conforme o art. 12.º, n.º 4, que o grupo societário a que pertence o empregador poderá também ser responsabilizado (solidariamente) por esta coima.

Embora os indícios em exame facilitem a tarefa do julgador cuja finalidade é qualificar o contrato de trabalho, a aplicação dos mesmos deve ser precedida de uma profunda e cautelosa análise do caso concreto, uma vez que os elementos não são absolutos, pois podem existir exceções. Além disso, são realidades que podem ser identificadas, eventualmente, em contratos de trabalho autónomo, assim como em contratos de trabalho subordinado. Assim se posicionou Fernando Ribeiro Lopes sobre o tema:

A utilização destes indícios de qualificação, para além da possibilidade de erro inerente a qualquer método indiciário de decisão, obriga a uma aplicação cautelosa, por duas ordens de razões: em primeiro lugar, porque a configuração normal de alguns dos elementos comporta exceções, ainda dentro do regime jurídico do trabalho subordinado; em segundo lugar, porque as relações de trabalho autónomo podem apresentar em certos elementos configurações idênticas ao trabalho subordinado.¹⁸⁶

Na mesma esteira Pedro Romano Martinez afirma que estes indícios “[...] não são determinantes para qualificação negocial, pelo que é necessário conjuga-los entre si atendendo à situação concreta em análise. Por outro lado, os tradicionais indícios desatualizaram-se com a evolução tecnológica, com diferentes modos de organização do trabalho.”¹⁸⁷

Em regra, o local de trabalho é do empregador ou é determinado por este. Todavia, há casos nos quais a atividade é exercida com estas características em um contrato de prestação de serviço.

Exemplificando: imaginem um ator que grava campanha publicitária para uma grande marca em um lugar que pertence ou é determinado por este; imaginem que um advogado, que se reúne com o seu cliente na empresa do mesmo.

Percebe-se que nestas hipóteses o local da execução da mão de obra é do beneficiário ou foi por ele indicado. Todavia, as realidades citadas, em regra, não correspondem a um contrato de trabalho.

Pensa igual Júlio Vieira Gomes ao comentar o indício referente ao horário e ao local de trabalho, nas seguintes palavras:

[...] o contrato de trabalho é perfeitamente compatível, como é sabido, com situações de isenção de horário, pelo que a ausência de horário tem pouca relevância. Por outro lado, e na linha do que já se disse a respeito de nenhum dos indícios ser de per si

¹⁸⁶ LOPES, Fernando, *Trabalho...*, cit., p. 66.

¹⁸⁷ MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 325.

decisivo, pode um trabalhador, por exemplo, um médico da empresa ter de se apresentar em horário predeterminado (todas as segundas das 15h00 às 17h00), e isso não ser suficiente para que o contrato seja qualificado como contrato de trabalho.¹⁸⁸

Percebe-se que a lei elegeu circunstâncias que são frequente ou comumente encontradas em um contrato de trabalho, isto é, na maioria das vezes estes elementos compõem aquele. Todavia, conforme já mencionado anteriormente, como no mundo do direito nada é absoluto, é necessário ficar atento se o caso concreto não se enquadra em uma exceção. É neste sentido que afirma-se que outros indícios são destacados pela doutrina.

A título meramente exemplificativo, pois a doutrina elege outros indícios além destes, podemos citar a exclusividade, a continuidade, o grau de qualificação da actividade, a não contratação por quem executada a atividade de outros obreiros e a repartição do risco.

A exclusividade ocorre quando o trabalhador desempenha a sua atividade somente para uma empresa/beneficiário. Com efeito, tem uma única fonte de renda, a do empregador.

A continuidade refere-se à habitualidade da execução da atividade, demonstrando que faz parte da estrutura organizativa da empresa.

Também leva-se em consideração a qualificação da atividade. Se a mesma demandar alta qualificação, presume-se que se trata de um trabalho autônomo. Já se a atividade necessitar de pouca qualificação, a relação jurídica será entendida como subordinada.

O indício da não contratação pelo trabalhador por este de outros obreiros, sem relação com o beneficiário, para executar a atividade, tem fundamento no caráter infungível da atividade exigida no contrato de trabalho, uma vez que o trabalhador contratado não poderá transferir para outrem o seu labor, isto é, não é possível transferir para um terceiro. Caso seja possível, segundo este indício, a relação jurídica será qualificada como um contrato de prestação de serviço.

Por fim, a repartição do risco ocorre quando existe uma dependência da retribuição com o resultado provocado em decorrência da execução da atividade.

¹⁸⁸ GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 132.

5 A AÇÃO DE RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE TRABALHO

A OIT (Organização Internacional do Trabalho), em 2006, através da Recomendação n.º 198, externou preocupação com o uso abusivo da liberdade para qualificar as relações jurídicas, o que ocorre, precipuamente, por meio de falsos contratos de prestação de serviço.

A alínea “b” do número 4 desta Recomendação diz que “[...] políticas nacionais devem ao menos incluir medidas para: [...] b) combater as relações de trabalho disfarçadas no contexto de, por exemplo, outras relações que possam incluir o uso de outras formas de acordos contratuais que escondam o verdadeiro status legal, notando que uma relação de trabalho disfarçado ocorre quando o empregador trata um indivíduo diferentemente de como trataria um empregado de maneira a esconder o verdadeiro status legal dele ou dela como um empregado, e estas situações podem surgir onde acordos contratuais possuem o efeito de privar trabalhadores de sua devida proteção;”

Em abril de 2014 a Comissão Europeia também sinalizou preocupação com esta matéria, pois recomendou a criação de uma Plataforma Europeia para combater o trabalho não declarado (o falso trabalho autônomo é uma das formas de trabalho não declarado) através de uma Proposta de Decisão do Parlamento Europeu.¹⁸⁹ Diz o Considerando número 6 desta: “o abuso do estatuto de trabalhador independente, tanto à escala nacional como transfronteiriça, está frequentemente associado ao trabalho não declarado. Fala-se em situações de falso trabalho por conta própria, quando uma pessoa preenche as condições características de uma relação de emprego, mas está declarada como trabalhador independente, a fim de evitar o cumprimento de certas obrigações legais ou fiscais. O falso trabalho por conta própria constitui, assim, uma atividade falsamente declarada, devendo ser abrangido pela plataforma.”

Segundo a alínea “a” do art. 2.º da Proposta em comento, um dos seus escopos é “contribuir para a melhoria da aplicação da legislação nacional e da legislação da UE, a redução do trabalho não declarado e a emergência de emprego formal, evitando, assim, a deterioração da qualidade do trabalho e promovendo a integração no mercado de trabalho e a inclusão social, através: a) Da melhoria da cooperação a nível da UE entre as diferentes autoridades competentes dos Estados-Membros, para prevenir e dissuadir com maior eficácia o trabalho não declarado, incluindo o falso trabalho por conta própria; b) Da melhoria da capacidade

¹⁸⁹ Disponível em <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?f=ST+9008+2014+INIT&l=pt>.

técnica das diferentes autoridades competentes nos Estados-Membros para tratar dos aspetos transfronteiriços do trabalho não declarado; c) De uma maior sensibilização do público para a necessidade de agir e de incentivos aos Estados-Membros para que intensifiquem os esforços de combate ao trabalho não declarado.”

Conforme a União Europeia,¹⁹⁰ o uso fraudulento do trabalho autónomo provoca fuga ao sistema jurídico fiscal, o incumprimento de obrigações referentemente à Segurança Social, concorrência desleal entre as empresas, bem como as inaplicações das proteções/garantias ao trabalhador. Esta realidade é mais ativa nos setores da construção (nomeadamente), jardinagem, serviços domésticos, *baby-sitting* e nos serviços de restauração.

Este assunto já fora objeto de um relatório produzido pelo Grupo de Ação Interdepartamental da Organização Internacional do Trabalho: “[...] para a empresa empregadora, a possibilidade de subcontratar tarefas ao trabalhador por conta própria ‘dependente’ constitui uma oportunidade de poupar custos e de no fundo partilhar o risco empresarial. A empresa empregadora não se vê obrigada a pagar contribuições para a segurança social, seguros ou direitos relativos a férias e dias feriados; as transações relacionadas com a gestão de recursos humanos estão reduzidas ao mínimo e não há lugar a procedimentos e pagamentos com o fim da relação negocial entre as partes.”

Diante deste quadro nocivo ao trabalhador e ao Estado e à grande importância do tema, Portugal criou, mediante a Lei n.º 63/2013, a Ação de Reconhecimento da Existência de Contrato de Trabalho (ARECT ou Ação). A finalidade da mesma está expressa no seu art. 1.º: “instituição de mecanismos de combate à utilização indevida do contrato de prestação de serviços em relações de trabalho subordinado.”

Nas palavras de José Joaquim Fernandes Oliveira Martins esta ação é

[...] um novo mecanismo processual para aferir da qualificação desses contratos como sendo (ou não) de trabalho, não deixando na mão das partes a discussão dessa qualificação jurídica (o que normalmente só aconteceria depois da sua cessação), antes determinando, por virtude da intervenção da Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT) e do Ministério Público (MP), a instauração de uma ação para obtenção de uma decisão judicial a declarar (ou não) esse contrato como sendo de trabalho e qual a data do seu início.¹⁹¹

O Tribunal da Relação de Guimarães (Data do Acórdão: 22/09/2016, Processo 445/16.4T8BRG.G1, Relator: Vera Sottomayor)¹⁹² já teve oportunidade de aplicar a legislação

¹⁹⁰ Disponível em <http://www.consilium.europa.eu/pt/policies/labour-mobility/platform-against-undeclared-work>.

¹⁹¹ MARTINS, José Joaquim Fernandes Oliveira. A ação especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho: vinho velho em odres novos. *Julgar*, Lisboa, n.º 25 (Jan.-Abr. 2015), p. 202.

¹⁹² Disponível em www.dgsi.pt.

em estudo e consignou que: “I – A lei n.º 63/2013 de 27 de agosto a qual instituiu a ação especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, visa combater os falsos recibos verdes. II – O interesse público no combate à precariedade laboral mostra-se garantido na transação que os alegados contratantes da relação material controvertida acordam em que aquela consubstancia um contrato de trabalho, apesar de inicialmente ter vigorado entre os contraentes um contrato de prestação de serviços. III – É legal a homologação da transação em que os contraentes da relação material controvertida acordam, que no período compreendido entre 1/09/2011 a 31/12/2013 estiveram vinculados por contrato de prestação de serviços e a partir de 1/01/2014 passaram a estar vinculados por contrato de trabalho.”

De acordo com o artigo 15.º-A da Lei 107/2009, se o inspetor do trabalho (Autoridade para as Condições do Trabalho – ACT), no seu mister de controlar e fiscalizar o cumprimento da legislação laboral, verificar que uma relação jurídica estabelecida, com características do contrato de trabalho, entre a pessoa e aquele se beneficia, fora qualificada inadequadamente, o mesmo lavrará um auto, bem como concederá um prazo para o empregador regularizar a situação.

O inspetor levará em conta os indícios previstos no n.º 1 do artigo 12.º do Código do Trabalho para presumir a existência do contrato de trabalho.

Caso seja regularizada, através, por exemplo, de apresentação do contrato de trabalho, o procedimento será arquivado.

Desta forma, a ACT concede uma oportunidade para a empresa legalizar a relação jurídica existente.

Acreditamos que esta benesse fora atribuída tendo em vista que muitas empresas confessam, na via administrativa, a ilegalidade.

Com efeito, se retratam e corrigem suas falhas.

Logo, os principais escopos da lei são realizados: contribuir para aplicação da legislação laboral e fiscal.

Todavia, se após o prazo a situação não for regularizada, a ACT comunicará ao Ministério Público sobre “a prestação da atividade em condições correspondentes às do contrato de trabalho” objetivando que seja instaurada a ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho.

Destarte, caso não ocorra o reconhecimento voluntário por parte do empregador do contrato de trabalho, irá ocorrer através de uma sentença judicial em decorrência do ajuizamento da ação por parte do MP.

É importante assinalar que este procedimento administrativo também poderá ser adotado em decorrência de um pedido do MP, com base no n.º 2 do art. 186.º-K do Código de Processo do Trabalho: “2 – Caso o Ministério Público tenha conhecimento, por qualquer meio, da existência de uma situação análoga à referida no n.º 3 do artigo 2.º da Lei n.º 107/2009, de 14 de setembro, comunica-a à Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT), no prazo de 20 dias, para instauração do procedimento previsto no artigo 15.º-A daquela lei”.

Assim sendo, para esta intervenção administrativa ser despoletada não é necessário o aval ou a iniciativa do trabalhador. Em outras palavras, neste procedimento não importa apenas o interesse do trabalhador. Destarte, afirma o Tribunal da Relação de Coimbra (Data do Acórdão: 07/05/2015, Processo 859/14.4T8CTB.C1, Relator Ramalho Pinto)¹⁹³ que na “[...] instauração desta acção dispensa-se, expressamente, a iniciativa e até o consentimento do trabalhador, ao qual é conferida apenas a possibilidade de apresentar articulado próprio e constituir advogado.”

Este entendimento não é isento de críticas, haja vista o risco que o trabalhador está sujeito após a instauração do procedimento: perda do emprego.

É importante assinalar que frequentemente os trabalhadores recorrem aos tribunais para verem reconhecidos os seus direitos apenas após o fim da relação jurídica tendo em vista o receio de sofrer retaliações do empregador. Considera-se que é uma alternativa do trabalhador para manter o emprego.

Neste caso, dentre os prejuízos do trabalhador destacam-se dois: é negada ao trabalhador durante o tempo em que decorreu a relação laboral dissimulada a possibilidade de usufruir da panóplia dos direitos próprios da tutela laboral; e o tempo decorrido pode ter um efeito de erosão sobre os meios de prova que o trabalhador poderia ter a possibilidade de vir a utilizar na ação judicial. Este ponto foi salientado por José Joaquim Fernandes Oliveira Martins:

[...] o que geralmente acontece (havendo vários processos concretos em que tal tinha já sucedido) é que o “empregador”, quando notificado pela ACT, cessa de imediato o (simulado ou não) contrato de prestação de serviços celebrado com o “trabalhador”, que fica, de imediato, sem essa fonte de rendimentos e sem qualquer garantia que este contrato venha a ser qualificado como sendo de trabalho ou que possa voltar a trabalhar para o empregador.¹⁹⁴

¹⁹³ Disponível em www.dgsi.pt.

¹⁹⁴ MARTINS, *A ação especial...*, cit., p. 205-6.

Por fim, acolhe esta tese Monteiro Fernandes ao asseverar que são remotas as chances de os trabalhadores se recusarem a colaborar para qualificação falsa de um contrato de prestação de serviço, haja vista que são “necessitados de trabalho para viver.”¹⁹⁵

Constata-se, assim, que a inspeção do trabalho é um excelente e indispensável mecanismo para combater o falso trabalho autónomo.

Diante da sua relevância, que previne, reduz, fiscaliza e reprime o trabalho não declarado (e favorece a erradicação do falso trabalho autónomo), a Proposta de Decisão do Parlamento Europeu supracitada, na sua “Exposição de Motivos” (número 1), destaca que “[...] o combate ao trabalho não declarado depende essencialmente de três autoridades: a) as inspeções do trabalho, a quem compete detetar comportamentos abusivos em matéria de condições de trabalho e/ou normas de saúde e segurança no trabalho, b) as inspeções gerais da segurança social, responsáveis por lutar contra a fraude nas contribuições para a segurança social e c) as autoridades tributárias, que combatem a evasão fiscal.”

As regras que determinam o procedimento para instaurar acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, isto é, as normas previstas para a tramitação judicial, estão previstas nos arts. 186.º-K a 186.º-R do Código de Processo do Trabalho.

Preliminarmente o Ministério Público, após tomar conhecimento da existência da atividade autónoma com aparência de atividade subordinada, terá 20 (vinte) dias para ajuizar a acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho.

Entendemos que esta competência fora atribuída ao Ministério Público para, além de representar os interesses do trabalhador, representar o interesse público, precipuamente, em assuntos fiscais e da segurança social.

Compartilha tal entendimento, o Tribunal da Relação de Lisboa (Data do Acórdão: 02/12/2015, Processo 2982/14.6TTLSB.L1-4, Relator: PAULA SANTOS)¹⁹⁶ nos seguintes termos: “I – O Ministério Público mantém o interesse em agir na acção especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, na situação em que o trabalhador previamente instaura acção declarativa comum contra o mesmo Réu, peticionando, entre o demais, que este seja condenado a reconhecer a existência de um contrato de trabalho, com as legais consequências em matéria de reconstituição do processo retributivo do Autor perante a Segurança Social. II – Não apenas o elemento literal da lei, mas também os seus elementos histórico, sistemático e teleológico, apontam para que a acção de reconhecimento da existência do contrato de trabalho vise, não só o reconhecimento da existência do contrato de trabalho de

¹⁹⁵ FERNANDES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 139-40.

¹⁹⁶ Disponível em www.dgsi.pt.

um concreto trabalhador, tutelando aqui um interesse particular, como também a prossecução de um relevante interesse público, de combate a precariedade laboral, dissimulada sob a capa de contratos de prestação de serviços ou de trabalho independente, os falsos recibos verdes. Acresce que também o Estado salvaguarda interesses em matéria fiscal e de segurança social.”

Os fundamentos e a pretensão da petição inicial elaborada pelo Ministério Público são abordados de forma sucinta. Todas as provas produzidas, até o momento da entrada da acção em juízo, deverão ser juntadas a esta peça jurídica.

É importante frisar que, em razão da natureza declarativa desta acção, só será possível reivindicar na petição inicial a declaração da existência de contrato de trabalho. Com efeito, o trabalhador ou Ministério Público estão impedidos de postularem em juízo, por exemplo, pagamento por horas suplementares e subsídios de férias e de Natal; todavia, poderão ajuizar outra acção objetivando reconhecer estes direitos. Opina também, neste sentido, Pedro Petrucci de Freitas ao escrever que

[...] esta acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho não permite outra finalidade que não seja a que o seu nomen assim o indica, ou seja, a simples declaração da existência de um contrato de trabalho, impedindo a apreciação de outros pedidos por banda do trabalhador. Assim parece apontar a interpretação global da lei, mas também o disposto no n.º 8 do art. 186.º-o do Código de Processo do Trabalho que baliza a sentença àquele reconhecimento. Também aqui consideramos que a acção deveria ter uma finalidade mais abrangente, permitindo, entre outros, a fixação da retribuição do trabalhador e o seu enquadramento profissional na organização do empregador. Não o permitindo, o trabalhador, salvo se o contrário resultar, por hipótese, do acordo das partes, é forçado a intentar uma outra acção judicial para fazer valer outros direitos. Pense-se também na hipótese mais imediata de o trabalhador pretender receber o pagamento de prestações que considere devidas (ex.: pagamento por trabalho suplementar ou dos subsídios de férias e de Natal). Ao trabalhador não resta assim outra hipótese que não seja a de intentar uma nova acção contra o empregador, in casu, uma acção de processo comum.¹⁹⁷

Pelo que já tivemos a oportunidade de expor, após receber a participação da ACT no tribunal o MP deverá propor acção no prazo de 20 (vinte) dias.

Contudo, com base no Princípio da Autonomia do Ministério Público existe uma corrente doutrinária que entende que o MP não está obrigado a seguir esta disposição caso o mesmo, após analisar a relação jurídica, a qualifique como contrato de prestação de serviço.

O princípio em comento está positivado na legislação da seguinte maneira: “1 – O Ministério Público goza de autonomia em relação aos demais órgãos do poder central, regional e local, nos termos da presente lei. 2 – A autonomia do Ministério Público caracteriza-se pela sua vinculação a critérios de legalidade e objectividade e pela exclusiva sujeição dos

¹⁹⁷ FREITAS, Pedro Petrucci de. Da acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho: breves comentários. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 73, n.º 4 (Out.-Dez.2013), p. 1436.

magistrados do Ministério Público às directivas, ordens e instruções previstas nesta lei.” (art. 2.º da Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro); “2. O Ministério Público goza de estatuto próprio e de autonomia, nos termos da lei.” (art. 219.º da Constituição). Defendem a inexistência de obrigação em estudo Viriato e Diogo Ravara:

[...] o Ministério Público pode, em face da análise que faça da participação da ACT, entender que a mesma não contém os elementos necessários que permitam a instauração da acção judicial. Essa liberdade de apreciação decorre necessariamente da autonomia do Ministério Público, constitucionalmente garantida. A ocorrer tal situação, o Procurador da República deverá, a nosso ver, proferir um despacho a fundamentar o seu entendimento quanto à falta de viabilidade da acção, e promover o arquivamento do processo. Na verdade, como já foi decidido pelos nossos tribunais, o artigo 186.º K será inconstitucional se interpretado no sentido de obrigar o Ministério Público a intentar a acção.¹⁹⁸

Neste sentido se pronuncia também Paula Ponces Camanho: “o Ministério Público é livre de exercer a acção porquanto só esta posição é consentânea com o princípio da autonomia do Ministério Público consagrado no art. 2.º do Estatuto do Ministério Público (aprovado pela Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro) e na Constituição (art. 219.º).”¹⁹⁹

No que atine ao prazo legal fixado de 20 (vinte) dias para ser intentada a acção.

Embora reconheça-se a natureza de urgência para desencadear esta acção, entende-se que o prazo supracitado não é peremptório. Por isso não ocorrerá a caducidade do direito a intentar a acção em estudo se esta não for apresentada neste período. Portanto, o incumprimento deste prazo não acarretará nenhum prejuízo ao andamento da acção em comento.

A jurisprudência já teve a oportunidade de se pronunciar sobre este ponto e consignou, através do Tribunal da Relação de Coimbra (Data do Acórdão: 13/11/2014, Processo 327/14.4TTLRA.C1, Relator: RAMALHO PINTO)²⁰⁰ que: “I – Os prazos de propositura de acções são, em regra, mas não em todos os casos, prazos sujeitos a caducidade e, logo, qualificados como prazos substantivos, sujeitos à disciplina do art. 279.º do C. Civil. II – A acção especial de reconhecimento de contrato de trabalho prevista nos arts. 186.º-K a 186.º-R do CPT é uma acção oficiosa, instaurada na sequência da intervenção da ACT – n.º 1 do art. 186.º-K – ou por conhecimento e iniciativa do M.P. – n.º 2 –, que dispensa a intervenção do próprio trabalhador – art. 168.º-L, n.º 4. III – O prazo a que se refere o art. 186.º-K do CPT não é um prazo de caducidade, mas sim um mero prazo aceleratório (prazo meramente ordenador).”

¹⁹⁸ RAVARA, Diogo; REIS, Viriato. Reforma do processo civil e do processo do trabalho. In: *O Novo Processo Civil*. Caderno IV do CEJ, 2015, p. 105-106.

¹⁹⁹ CAMANHO, Paula Ponces. Acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho: breves reflexões (e algumas perplexidades). In: *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 67 e 68.

²⁰⁰ Disponível em www.dgsi.pt.

Se o MP intentar a ação, o empregador, após citado, terá um prazo de 10 (dez) dias para contestar. Este também é o prazo para o trabalhador “[...] aderir aos factos apresentados pelo Ministério Público, apresentar articulado próprio e constituir mandatário” (n.º 4 do artigo 186.º-L do Código de Processo do Trabalho) após receber a notificação do tribunal na qual consta a data de audiência de julgamento, bem como será acompanhada da petição inicial e da contestação. Percebe-se que, com base neste dispositivo, a legislação garante ao trabalhador acolher a petição inicial ou apresentar articulado próprio.

Portanto, o trabalhador poderá atuar no processo visando ao acolhimento da petição, ou como parte principal no processo, se adotar uma postura objetivando esclarecer a inexistência de relação jurídica subordinada.

Na primeira situação explicam Viriato Reis e Diogo Ravara que

[...] o trabalhador terá a posição processual de assistente (arts. 326.º e segs. do CPC 2013). A ser assim, não poderá o mesmo sustentar posição conflitante com a defendida pelo MP, e o efeito de caso julgado da ação apenas o vincula se intervier no processo (vd. arts. 327.º, n.º 1, 328.º, n.º 1 e 2, e 332.º do CPC 2013).²⁰¹

Ao passo que no segundo caso, conforme Viriato Reis e Diogo Ravara, “[...] haverá que reconhecer que o mesmo pode sustentar posição oposta à defendida pelo MP, na medida em que sendo parte principal será forçosamente abrangido pelo efeito de caso julgado da sentença, ainda que não tenha qualquer intervenção no processo.”²⁰²

Nesta ordem de ideias, José Joaquim Fernandes Oliveira Martins afirma que

[...] se o “trabalhador” vier aderir aos factos apresentados pelo Ministério Público ou apresentar articulado próprio (em que poderá, necessariamente, alegar factos diversos dos constantes do articulado do Ministério Público ou defender, inclusivamente, posição contrária ao Ministério Público, até por poder ter interesse na não qualificação do contrato como de trabalho).²⁰³

A parte final do supracitado dispositivo é alvo de crítica tendo em vista que poderá dar margem para interpretação segundo a qual a ausência de manifestação do trabalhador poderá provocar o arquivamento do processo.

Corroborando este raciocínio Pedro Petrucci de Freitas ao asseverar que a

[...] redação da parte final do disposto no n.º 4 do artigo supramencionado não nos parece a mais feliz. Ao referir que o trabalhador é advertido para exercer uma das duas faculdades indicadas, cria a aparência de que na sua ausência de qualquer

²⁰¹ RAVARA; REIS, *Reforma...*, cit., p. 108.

²⁰² RAVARA; REIS, *Reforma...*, cit., p. 107.

²⁰³ MARTINS, *A ação especial...*, cit., p. 210.

manifestação do trabalhador, leia-se, perante o seu silêncio, tal determinará o não prosseguimento da lide.²⁰⁴

Todavia, entendemos que a ausência de manifestação do trabalhador não provoca o arquivamento do processo, pois a ação em estudo não visa à proteção tão somente dos interesses dos trabalhadores, mas também o da coletividade, ou seja, o interesse público. Adota este entendimento Pedro Petrucci de Freitas nos seguintes termos:

[...] atendendo aos interesses que a acção pretende acautelar e ao enquadramento social que lhe é subjacente, pouco sentido faria presumir a referida advertência como inibidora do prosseguimento da lide perante o silêncio do trabalhador. Assim o entendemos por considerarmos que não está em causa apenas a protecção do trabalhador e dos seus interesses, mas também um interesse social colectivo associado à rejeição e combate ao trabalho dissimulado, *mutatis mutandis*, à utilização indevida de contrato de prestação de serviços em relações de trabalho subordinado.²⁰⁵

A respeito do tema, o Tribunal da Relação do Porto (Data do Acórdão: 01/12/2016, Processo 1673/14.2T8MTS.P1, Relator: JERÓNIMO FREITAS)²⁰⁶ já se manifestou: “[...] Sem que se pretenda aqui dirimir essa polémica sobre a posição do trabalhador na acção, poderá contudo afirmar-se com segurança que a lei o remete para uma posição secundária, sendo os seus direitos processuais limitados à intervenção – meramente facultativa – que se enunciaram no ponto anterior, isto é, pode aderir aos factos apresentados pelo Ministério Público, apresentar articulado próprio e constituir mandatário; se não exercer qualquer daqueles direitos ou se os exercer em qualquer das duas vertentes possíveis – adesão aos factos apresentados pelo Ministério Público ou apresentação de articulado próprio e constituição de mandatário – o processo prossegue tendo sempre por base a petição inicial por aquele apresentado, embora nesta última hipótese passe a conter mais este articulado. Mas para além de tudo isso, releva um aspecto essencial: é absolutamente irrelevante o interesse e posição que o trabalhador tenha sobre a oportunidade e necessidade da instauração da acção.”

Outras regras que merecem ser ressaltadas são aquelas atinentes ao número limite de testemunhas, bem como ao momento que deve ser prolatada a sentença. De acordo com n.º 3 do artigo 186.º-N do CT, poderá “[...] cada parte apresentar até três testemunhas [...]” no dia da audiência. Já o n.º 7 do artigo 186.º-O do CT dispõe que “a sentença, sucintamente fundamentada, é logo ditada para a ata.”

²⁰⁴ FREITAS, *Da acção...*, cit., p. 1430.

²⁰⁵ FREITAS, *Da acção...*, cit., p. 1431.

²⁰⁶ Disponível em www.dgsi.pt.

Portanto, são três o número máximo de testemunhas para comprovar a existência de um contrato de trabalho na ação em estudo, bem como o momento que o juiz deve prolatar a sentença é no mesmo dia da audiência de discussão e julgamento.

Sabemos que o sistema criado pela ação em estudo visa à simplificação e à atribuição de urgência à tramitação da qualificação judicial de um contrato de trabalho que está mascarado por um falso contrato de prestação de serviço.

Contudo, entendemos que estas regras não estão em harmonia com a difícil tarefa que a ação se propõe, tendo em vista que a quantidade de testemunhas e o prazo para o juiz prolatar a sentença são insuficientes.

Com relação ao prazo em estudo, explica Pedro Petrucci de Freitas que

[...] impor a prolação de uma sentença a ditar imediatamente para a acta não oferece qualquer garantia que, perante matéria sobejamente tida por complexa, às partes seja oferecida uma necessária garantia na melhor defesa dos seus interesses, nem se afigura propícia a uma justa composição do litígio, porquanto coloca o julgador numa posição ingrata de ter de proferir uma decisão de mérito (em abstracto, de contornos complexos) num curto espaço de tempo.²⁰⁷

Vale ressaltar que no processo comum as partes poderão arrolar até 10 (dez) testemunhas (Art. 73.º, n.º 1 do CT) e o juiz, a depender do caso concreto, deverá proferir em até 20 (vinte) dias a sentença (Art. 73.º, n.º 2 do CT). Quanto a este último ponto, só será justificável que a sentença seja lavrada na acta em situações simples.

Também é relevante assinalar que a informalidade prepondera nestas relações jurídicas denominadas como falsos trabalhos autônomos. Logo, as provas testemunhais serão mais relevantes e eficientes do que as provas documentais.

Conforme dispõe o art. 186.º-P do Código de Processo do Trabalho, é cabível o recurso de apelação da sentença, tendo somente o efeito devolutivo. Assim, as determinações declaradas na sentença já deverão ser cumpridas em caso de procedência da ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho.

Este é outro ponto que é criticado pela doutrina, uma vez que a sentença poderá ser modificada pelo Tribunal. Alinha-se a este posicionamento Pedro Petrucci de Freitas ao destacar os efeitos deletérios da reforma da sentença:

o impacto da decisão judicial tem diversos efeitos, implicando a inscrição retroactiva e o pagamento de contribuições à Segurança Social, – como se depreende da fixação do início da relação de trabalho e da obrigação de comunicação da sentença à ACT e à Segurança Social –, o que irá originar transtornos vários na eventualidade de o recurso ser favorável e contrariar a decisão do tribunal de primeira instância. Se, com

²⁰⁷ FREITAS, *Da acção...*, cit., p. 1435.

a sentença proferida em primeira instância, é reconstituída uma relação de trabalho desde uma concreta data de início com o correspondente cumprimento de formalidades laborais, fiscais e parafiscais, já o vencimento do recurso obrigará a repor a situação preexistente à reconstituição operada por força da sentença proferida em primeira instância.²⁰⁸

Por fim, a ação de reconhecimento da existência de contrato de trabalho, além de visar obrigar o empregador a reconhecer o contrato de prestação de serviço como um contrato de trabalho, também suspende a aplicação de procedimentos contraordenacionais (n.º 4 do artigo 15.º-A da Lei n.º 107/2009, de 14 de Setembro). Logo, não é possível aplicar imediatamente a “contraordenação muito grave” prevista no n.º 4 do artigo 12.º do Código do Trabalho, pois o seu efeito será suspenso até o julgamento que reconhecerá ou não a relação jurídica como subordinada.

Em outras palavras, conforme o Tribunal da Relação de Coimbra (Data do Acórdão: 13/11/2014, Processo 327/14.4TTLRA.C1, Relator: RAMALHO PINTO)²⁰⁹ já se manifestou, “[...] se suspende até ao trânsito em julgado da decisão o procedimento contraordenacional ou a execução com ela relacionada», ou seja, os autos de contraordenação ou de execução relativos à dita infração (falso trabalho autónomo) ficam parados, a aguardar o julgamento definitivo na ação laboral.” Da mesma forma escreve José Joaquim Fernandes Oliveira Martins:

[...] temos que a instauração desta ação “suspende até ao trânsito em julgado da decisão o procedimento contraordenacional ou a execução com ela relacionada” (Art. 15.º-A do RPCL), prevendo a suspensão da instância contraordenacional até decisão dessa ação, que constitui, pois, uma causa prejudicial em relação ao processo contraordenacional, constituindo a decisão dessa ação caso julgado material em relação à autoridade administrativa e à arguida, não podendo voltar a discutir-se a laboralidade do contrato no respetivo processo contraordenacional, que já ficou definitivamente fixada nessa causa prejudicial (conduzindo, pois e sem mais, caso se decida pela existência de um verdadeiro contrato de prestação de serviços, ao arquivamento do processo contraordenacional).²¹⁰

Portanto, fica cristalino que a contraordenação depende de procedência ou improcedência da sentença da ação em análise.

É uma situação parecida com a que está regada no art. 272.º, n.º 1 do Novo Código de Processo Civil. “1 – O tribunal pode ordenar a suspensão quando a decisão da causa estiver dependente do julgamento de outra já proposta ou quando ocorrer outro motivo justificado.”

²⁰⁸ FREITAS, *Da ação...*, cit., p. 1436.

²⁰⁹ Disponível em www.dgsi.pt.

²¹⁰ MARTINS, *A ação especial...*, cit., p. 207.

6 A ASSOCIAÇÃO EM PARTICIPAÇÃO

6.1 NOÇÃO

Conforme comentamos anteriormente, o Estatuto da Ordem dos Advogados (Lei n.º 145 de 9 de Setembro de 2015) não esmiúça a figura do advogado associado. Tal diploma apenas dispõe que o mesmo é aquele que exerce a advocacia nas sociedades de advogados não sendo sócio (artigo 215).

A relação de associação²¹¹ é melhor tratada por meio do Decreto-Lei n.º 231, de 28 de Julho. Em seu artigo 21.º, n.º 1, dispõe que “[...] associação de uma pessoa a uma actividade económica exercida por outra, ficando a primeira a participar nos lucros ou nos lucros e perdas que desse exercício resultarem para segunda.” O n.º 2 ainda acrescenta “é elemento essencial no contrato a participação nos lucros; a participação nas perdas pode ser dispensada.”

Da letra da lei podemos extrair que o associado não é o titular da empresa/sociedade em que exerce a atividade econômica (igualmente o advogado associado), ou seja, não é um sócio. Portanto, não cabe ao mesmo definir a maneira como a empresa irá exercer a sua gestão (esta tarefa cabe exclusivamente ao dono/sócio/associante do negócio). Neste sentido Júlio Gomes diz que

[...] não se trata de um contrato de sociedade porque não existe uma gestão comum, nem tão pouco a constituição de um fundo ou património comum. O associado não é um sócio e não pode interferir na gestão da empresa ou do negócio, cabendo-lhe apenas um certo poder de controlo e a possibilidade de requerer a prestação de contas.²¹²

Todavia, embora não seja um contrato de sociedade, entendemos que existe uma união de esforços para que seja executada uma atividade em conjunto, isto é, o associado se une ao negócio do associante para juntos alcançarem um resultado.

Ademais, o associado poderá partilhar somente o lucro com a sociedade ou o lucro e a perda, isto é, poderá ficar avençado no contrato de associação que, por exemplo, o associado tenha direito a receber 1% (um por cento) do lucro mensal da sociedade.

²¹¹ A primeira legislação portuguesa que tratou do tema foi o Código Ferreira Borges nos artigos 571.º a 576.º e depois o Código Veiga Barão nos artigos 224.º a 227.º. Este fora revogado pelo Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de julho.

²¹² GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 181.

Por outro lado, o associado também poderá ter prejuízos financeiros se a sociedade não obter lucros em um determinado período, pois, conforme o supracitado artigo, a participação também poderá ser nas perdas.

Em sintonia com este raciocínio escreve Luís Manuel Teles de Menezes Leitão: “[...] Na associação em participação, ocorre assim, que em contrapartida de uma prestação, a realizar pelo associado, o associante atribui-lhe uma participação nos lucros (e eventualmente também nas perdas) da sua empresa.”²¹³

Todavia, vale ressaltar que, segundo Júlio Gomes, “o associado está exposto ao risco até o limite máximo da sua própria prestação, podendo ter que suportar as perdas até esse limite.”²¹⁴

O STJ (25/03/2010, 682/05. 7TBOHP.C1.S1, SEBASTIÃO PÓVOAS) destacou as principais características da associação da seguinte forma: “1. A associação em participação (contrato assim designado pelo Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de Julho, que revogou os artigos 224.º a 227.º do Código Comercial que o nominava de conta em participação) caracteriza-se pela associação de uma pessoa (sócio oculto) a uma actividade económica exercida por outra (sócio ostensivo) participando nos lucros (ou, também, nas perdas) resultantes daquele exercício, prestando, ou obrigando-se a prestar, uma contribuição de natureza patrimonial. 2. A contribuição, se traduzida na constituição de um direito ou na sua transmissão, ingressa no património do sócio ostensivo. 3. Se o sócio oculto também participar nas perdas, a contribuição pode ser dispensada no contrato devendo, contudo, ser-lhe atribuído um valor em dinheiro a considerar nas contas finais. 4. Trata-se de contrato consensual, salvo a exigência de forma para a contribuição do associado. 5. A associação em participação não é uma sociedade civil ou comercial por não lhe ser atribuída personalidade jurídica e faltar o requisito do exercício em comum de certa actividade económica. 6. É um contrato comercial típico. [...]”

Acerca do tema vale a pena transcrevermos as lições sobre a associação em participação de Ferrer Correia:

Destina-se esta figura jurídica a permitir que um comerciante ou industrial possa granjear os capitais de que necessita para as suas operações lucrativas, repartindo com quem lhos cede os riscos do empreendimento e guardando para si a inteira e exclusiva direcção do negócio, sem que fique a caber ao capitalista qualquer direito de intromissão na actividade do associante. Ao capitalista oferece este contrato, em vez da certeza do juro, a perspectiva mais aliciante de um lucro porventura bem maior do que o máximo legal da taxa de juro, embora com a contrapartida da assunção de uma parte do risco do negócio.²¹⁵

²¹³ LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., p. 109.

²¹⁴ GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 181-2.

²¹⁵ CORREIA, Ferrer. *Lições de Direito Comercial*. Lisboa: Reprint, 1994, p. 208.

É importante ressaltar que conforme Júlio Gomes uma atividade ou uma obrigação de fazer ou um trabalho (elemento essencial do contrato de trabalho) também poderá ser a contribuição do associado na associação em participação: “[...] a prestação prometida pelo associado pode consistir em qualquer prestação com valor económico e por isso também uma prestação que consista numa obrigação de fazer ou de não fazer e até numa prestação de trabalho.”²¹⁶ Neste sentido decidiu o Tribunal da Relação de Coimbra (09/09/2014, 499/1 1.0TBLRA.C2, ARTUR DIAS): “[...] Tal contribuição – que é normal mas não essencial (podendo ser afastada pelos contraentes no caso de o associado participar nas perdas: cfr. art. 24.º, n.º 2) – pode consistir em qualquer tipo de prestação pecuniariamente avaliável, seja em dinheiro (a contado ou fiduciário), em espécie (v.g., direitos de propriedade ou usufruto de bens móveis ou imóveis, créditos, assunção de dívidas) ou em serviços (“maxime”, trabalho) [...].”

6.2 *DISTINÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO*

Diante do que foi destacado, conclui-se que a associação é uma figura próxima do contrato de trabalho, pois poderão constituir estas duas relações jurídicas a prestação de uma atividade e a remuneração.

Não é fácil diferenciá-las. Por esse motivo a doutrina diverge quanto ao critério a adotar para realizar a tarefa em comento.

Maria Madera julga como critério distintivo o risco da empresa uma vez que é permitido na associação, enquanto que no contrato de trabalho é vedado. A autora também elege a subordinação para diferenciar as figuras em estudo:

[...] enquanto a associação em participação obriga o associante a prestar contas periodicamente e acarreta para o associado um certo risco, a relação de trabalho subordinado implica um vínculo de subordinação efectiva, mais amplo que o poder genérico do associante de dar directivas e instruções ao seu parceiro no contrato.²¹⁷

Segundo Giovanni E. Colombo é possível apenas diferenciar as figuras em estudo com base no risco. Conforme o raciocínio deste autor, no contrato de trabalho é ilegal estar

²¹⁶ GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 183.

²¹⁷ MADERA, Maria. Annotazioni in tema di contratto di associazine in partecipazione e lavoro subordinato nell’impresa. *Rivista Giuridica del Lavoro e dela Previdenza Sociale*. 2000, ano LI, p. 36.

estabelecida uma cláusula que exclui a remuneração em caso de insucesso da atividade econômica empresarial.²¹⁸

Para Júlio Gomes “[...] o associado não está sujeito aos poderes directivo, organizatório e disciplinar, como está o trabalhador subordinado, ainda que esteja obrigado a cumprir as directivas do associante no que se refere à execução da sua prestação.”²¹⁹

Também se pronuncia desta forma Luís Manuel Teles de Menezes Leitão: “A associação em participação distingue-se do contrato de trabalho subordinado porque o associado não se encontra sujeito aos poderes de direcção e disciplinar, ainda que tenha que cumprir as instruções do associante em relação à forma de execução da sua prestação.”²²⁰

Portanto, a doutrina em destaque fundamenta a diferença entre o contrato de trabalho e a associação em participação nestes dois critérios: subordinação e risco da empresa.

Julgamos que o critério do risco não terá eficácia se o contrato de associação em participação visar partilhar somente o lucro entre o associante e o associado e afastar as perdas (Decreto-Lei n.º 231/81, de 28 de Julho, artigo 21.º, n.º 2²²¹). Percebe-se que neste caso o trabalhador ou associante não assumirá o risco/prejuízos da atividade empresarial. Desse modo, é uma realidade que pode estar presente no contrato de trabalho e no contrato de associação em participação. Assim, no contrato de trabalho o trabalhador sempre terá direito à sua remuneração, pois a mesma não está vinculada ao sucesso resultante do exercício da atividade. Porém, no contrato de associação em participação pode-se ajustar que o associado, além de participar nos lucros, também está sujeito a participar dos riscos do contrato em comento.

Entendemos que também não terá eficácia observar a existência da remuneração nas relações jurídicas em exame, pois a mesma, dificilmente, não terá lugar no contrato de trabalho e no contrato de associação em participação.

Todavia, entendemos que o modo de apuração da remuneração é eficaz. Isto porque, embora também poderá se basear no lucro (é o caso do trabalhador que recebe uma remuneração fixa mais outra remuneração variável, por exemplo, uma percentagem das vendas), no contrato de trabalho o trabalhador não poderá receber abaixo de um salário mínimo estabelecido pela legislação, isto é, nunca ficará sem remuneração (caso isto aconteça, poderá solicitar judicialmente o pagamento do seu salário), enquanto que o associado, caso o negócio não

²¹⁸ COLOMBO, Giovanni E. Associazione in partecipazione, cointeressenza, contratto di lavoro subordinado. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*. 1962 (ano LX), parte II, p. 337-8.

²¹⁹ GOMES, *Direito do Trabalho*, cit., p. 182.

²²⁰ LEITÃO, *Direito do Trabalho*, cit., p. 110.

²²¹ “É elemento essencial do contrato a participação nos lucros; a participação nas perdas pode ser dispensada.”

produza frutos, poderá ficar sem remuneração. Julgamos que o lucro, ao qual o associante tem direito a participar, é variável e poderá não existir, isto é, não existe uma garantia ou certeza de que o associado irá receber a remuneração em razão do investimento. Neste caso inexistente para o associado direito de exigir remuneração. Já à remuneração, o trabalhador sempre terá direito.

Podemos exemplificar com um contrato de associação em participação entre duas empresas responsáveis por executar uma obra para um cliente.²²² Neste caso, o associado não pode exigir uma remuneração do associante se o cliente deixar de realizar o pagamento em razão do serviço prestado. Percebe-se que na situação em estudo o contrato de associação em participação não gerou lucro. Com efeito, a remuneração não existirá.

Portanto, entendemos que o pressuposto da remuneração no contrato de associação em participação é a geração do lucro pela atividade econômica desenvolvida pelo negócio cujo titular é o associante. Por isso que julgamos também que a remuneração fixa, independente do lucro, é incompatível com o contrato de associação em participação.

Porém, no contrato de trabalho, o empregador nunca poderá alegar a ausência de lucro para não remunerar o trabalhador.

Vale ressaltar também que o lucro, no contrato de associação em participação, não depende exclusivamente do desempenho pessoal do associado (como acontece no contrato de trabalho), pois leva em consideração o lucro que o associante (a coletividade) adquiriu após cumprir o contrato existente com o cliente final. No contrato de trabalho poderá existir também este ajuste, como é o caso da participação nos lucros da empresa; todavia, o valor que é pago, normalmente, é maior no contrato de associação em participação e é também considerado o lucro bruto, ou seja, se o ajuste no contrato de associação em participação dispõe que pertence ao associado 5% (cinco por cento), o mesmo terá direito a 5.000€ (cinco mil euros) se a atividade do associante gerou lucro de 100.000€ (cem mil euros).

Outro critério para identificar a dicotomia reside no modo da contribuição das partes.

Sabemos que a contribuição do associado pode ser em dinheiro ou em serviço. Se a contribuição do associado for em dinheiro, o mesmo apenas irá fazer o investimento e irá aguardar a sua recompensa financeira (participação nos lucros, se for este o avençado, pois pode ser no lucro e nas perdas, conforme comentamos anteriormente). Nesta situação inexistente prestação de atividade do associado durante a execução do contrato de associação em participação.

²²² Vide: Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra (09/09/2014, 499/1 1.0TBLRA.C2, ARTUR DIAS).

Diante disso, como a prestação de atividade é elemento essencial do contrato de trabalho, a diferença, se a contribuição do associado for dinheiro, entre este e a associação em participação é a ausência de prestação de atividade.

Vale ressaltar, novamente, que a contribuição do trabalhador no contrato de trabalho é a sua atividade. Deste modo, a mesma não pode ser em dinheiro; caso contrário a relação jurídica em comento é descaracterizada.

Para reforçar este entendimento, Pedro Romano Martinez escreve que o

[...] elemento que se retira da definição constante do art. 11.º do CT implica a obrigação de prestar uma atividade por parte do trabalhador; ou seja, o objeto principal do negócio jurídico, o que melhor identifica o contrato de trabalho, é a prestação de uma atividade humana, intelectual ou manual.²²³

Podemos exemplificar com um caso que fora julgado pelo STJ (25/03/2010, 682/05. 7TBOHP .C1.S1, SEBASTIÃO PÓVOAS) no qual a contribuição do associado foi apenas em dinheiro. O mesmo entregou determinada quantia em dinheiro para a associante para em troca participar nos lucros resultantes da atividade econômica de seu salão de cabelereiro. Nesta situação a associada não exerceu nenhuma atividade no estabelecimento comercial, pois apenas aguardava ter um retorno econômico através da participação do lucro fruto de cortes de cabelos, etc. Com base nisso é impossível reconhecer um contrato de trabalho entre as partes, uma vez que inexistente a prestação da atividade, elemento essencial do contrato de trabalho conforme comentamos anteriormente.

Entendemos também que o objeto dos dois contratos difere, pois no contrato de associação em participação o objeto é o resultado. Por isso é que o associado só será compensado financeiramente se o contrato de associação gerar lucros. No contrato de trabalho, o objeto é a execução da atividade. Desse modo, o trabalhador cumprirá a sua obrigação com a mera prestação de atividade. Podemos usar como exemplo a situação do salão de cabelereiro. Neste caso, se a empresa não gerou lucros por alguma razão, mas o associado cumpriu com a sua obrigação, ou seja, executou a sua atividade, o mesmo não terá o seu retorno financeiro, pois só surge este direito para o mesmo com a geração do resultado (lucro por parte do salão). Tal realidade é expressamente vedada no contrato de trabalho, pois a remuneração do trabalhador terá sempre lugar após a execução da atividade, embora possa existir remuneração variável e fixa no contrato de trabalho.

²²³ MARTINEZ, *Direito do Trabalho*, cit., p. 293.

Concordamos com o critério da subordinação para diferenciar o contrato de trabalho e o contrato de associação em participação.

Caso a contribuição do associado seja apenas em dinheiro, com toda certeza a subordinação não existirá, pois a mesma demanda a prestação de uma atividade, ou seja, é impossível existir subordinação sem a prestação de atividade. Vale lembrar que a atividade subordinada é uma espécie de execução de atividade. Esta pode ser prestada com autonomia e sem subordinação.

Já se a contribuição do associado for uma obrigação de fazer, julgamos que inexistente subordinação porque cabe ao associado escolher a forma e o método para cumprir a sua obrigação. Para se alcançar o resultado o associado não exerce o seu mister sob a autoridade e direção do associante. Não existe dependência entre o modo como a atividade é exercida no contrato de associação em participação.

Vale ressaltar também que o associado não tem o dever de obediência em aceitar ordens do associante quanto ao modo de realização de atividade. O associado é livre para desempenhar o seu mister. No contrato de trabalho o trabalhador deve acatar todas as ordens e orientações do empregador. Neste caso, não existe a possibilidade de recusar a cumprir o trabalho como determina a empresa e adotar outro método que não seja compatível com os ditames do beneficiário da mão de obra.

No contrato de associação não existe hierarquia entre as partes. Por isso não é considerado um trabalho heterodirigido. Diante disso, no contrato de associação não existe um sistema empresarial hetero-organizado, pois cabe ao associado escolher os meios e os processos necessários para realizar a sua atividade. É importante afirmar que a existência de tal sistema eliminará a autonomia plena de quem exerce uma atividade.

Desse modo, no contrato de trabalho cabe ao empregador emitir ordens (poder de direção) de cumprimento obrigatório (dever de obediência). No contrato de associação tal realidade não existe.

Além disso, inexistente no contrato de associação alienabilidade, pois o resultado da atividade, ou seja, o lucro não é transferido automaticamente ao patrimônio da associante tendo em vista que cabe ao associado a participação nos lucros.

Outro ponto de destaque referente à distinção com base na subordinação é que em caso de descumprimento do contrato de associação em participação não cabe ao associante utilizar-se das punições previstas no Código do Trabalho para reprimir o comportamento desviante do associado. Portanto inexistente nesta figura o poder disciplinar que existe no contrato de trabalho.

Desse modo, podemos identificar cinco pontos que diferenciam o contrato de trabalho da associação em participação: a) Subordinação; b) Risco da empresa; c) Modo de apuração da remuneração; d) Modo de contribuição das partes e; e) Objeto dos dois contratos.

CONCLUSÃO

Face ao exposto, entendemos que a atividade do advogado associado, conforme foram destacadas as características no início da investigação, não se enquadra como a associação, isto é, a relação jurídica em análise não é uma associação.

Preliminarmente, vale a pena destacar os elementos indiciários da subordinação entre o advogado associado e a sociedade de advogado.

Conforme ressaltamos anteriormente, em regra o advogado associado desempenha a sua atividade no escritório da sociedade de advogados ou em algum lugar por ela indicado (por exemplo, no tribunal ou na empresa de seu cliente, é o caso se for marcada uma reunião).²²⁴

Outro indício de subordinação reside no fato de toda a estrutura necessária para o advogado associado executar a sua atividade pertencer à sociedade de advogados, ou seja, o computador, os livros, etc., são fornecidos por esta.²²⁵

Também podemos destacar como indício de subordinação a obrigação de cumprimento de horário que o advogado associado está vinculado na sociedade de advogados. Normalmente, esta estipula um horário de entrada e saída daqueles.²²⁶

É importante frisar também que o advogado associado é remunerado, em regra, mensalmente, independentemente se houve lucro ou perdas neste período pela sociedade de advogados tendo em vista o serviço jurídico executado em favor dos clientes destas.²²⁷

Portanto, nestes casos podemos asseverar que já existe em favor do advogado associado uma presunção de contrato de trabalho, conforme determina o artigo 12.º do Código do Trabalho.

Com efeito, caberá à sociedade de advogados provar a inexistência do contrato de trabalho tendo em vista que a consequência do reconhecimento da presunção é a inversão do ônus da prova.

Ademais, podemos citar, conforme já foi explicado, as seguintes realidades que demonstram a existência de subordinação: a) A atividade do advogado associado é delimitada pela sociedade de advogados, isto é, o sócio ou um encarregado transfere o serviço que fora contratado para que advogado associado o faça (poderá ter origem em razão de um novo contrato ou de um processo judicial ou contrato de serviços advocatícios em andamento); b)

²²⁴ Vide artigo 12.º, número 1, alínea “a”, do CT.

²²⁵ Vide artigo 12.º, número 1, alínea “b”, do CT.

²²⁶ Vide artigo 12.º, número 1, alínea “c”, do CT.

²²⁷ Vide artigo 12.º, número 1, alínea “d”, do CT.

Não há liberdade para escolher qual atividade irá ser executada, pois a mesma deve estar em consonância com as determinações da sociedade de advogados, isto é, inexistente autonomia; c) O trabalho é fiscalizado por diversos meios, por exemplo, mediante e-mails corporativos; d) Os superiores hierárquicos devem ser consultados diante de imprevistos e; e) Os atos dos advogados associados devem estar em consonância com regras estruturais da sociedade de advogados (exemplificando: os prazos judiciais devem ser cumpridos no máximo até o penúltimo dia).

Assim, existe um dever de obediência por parte do advogado associado e um direito de emitir ordens da sociedade de advogados.

Outro elemento da subordinação presente na atividade do advogado associado é a alienabilidade, pois os frutos da atividade pertencem à sociedade de advogados. Por exemplo, se a mesma assina um contrato com um grande cliente, normalmente, a remuneração do advogado associado não está pautada nesta realidade, pois, em regra, o mesmo é pago de acordo com uma remuneração fixa que independe de tal circunstância.

Além da existência de subordinação, a relação jurídica estabelecida entre o advogado associado e as sociedades de advogados provoca a descaracterização do contrato de associação em participação porque, frequentemente, o advogado sempre terá direito à sua remuneração, independentemente de a sociedade ter obtido lucros ou perdas. Todavia, no contrato de associação em participação o associado também poderá compartilhar as perdas do negócio. Além disso, normalmente, a remuneração do advogado associado é periódica e fixa, ou seja, a mesma não depende do efetivo resultado alcançado pela sociedade de advogados. Já no contrato de associação em participação o investimento feito pelo associado está pautado unicamente ao lucro que foi auferido ou ao resultado alcançado. Neste caso não existe uma remuneração fixa.

Julgamos que o denominado advogado associado não se enquadra como associação em participação tendo em vista que a sua obrigação é apenas prestar a atividade, isto é, a sua obrigação não está condicionada ao resultado que pretende-se no desempenho da atividade.

Desse modo, entendemos que o advogado associado merece a proteção que o Código do Trabalho prevê em seus dispositivos, haja vista que a sua relação jurídica estabelecida com a sociedade é um contrato de trabalho, uma vez que preenche os requisitos do mesmo: negócio jurídico bilateral, prestação de uma atividade, subordinação e remuneração.

No mesmo sentido afirmou o Tribunal da Relação de Lisboa (Data do Acórdão: 22/10/2003, Processo 4811/2003-4, Relator: MARIA JOÃO ROMBA)²²⁸: “Embora revista

²²⁸ Disponível em www.dgsi.pt.

características híbridas, mas próprias de um contrato de trabalho, outras próprias de um contrato de prestações de serviços, a prestação por uma advogada de actividade profissional própria de advocacia, virada sobretudo, para a consultoria no âmbito de um escritório de advogados, sendo-lhe os trabalhos distribuídos e a respectiva execução controlada e revista pelos advogados titulares do escritório, a quem cabia a última palavra até se considerarem concluídos, deve ser qualificada como integrando um contrato de trabalho sobretudo se, de diversidade dos indícios considerados, o acento tónico incidiu sobre aqueles que revelam tratar-se de exercício de uma actividade profissional juridicamente subordinada, porque dependente da orientação e supervisão dos RR.”

O mesmo acórdão ainda consignou que “é certo que o advogado é, em geral, a profissão apontada como o modelo do profissional liberal, mas a realidade vem revelando cada vez mais um fenómeno novo, que alguns não hesitam em denominar como a proletarização da advocacia que deve merecer a atenção da sociedade. Não podemos deixar de reconhecer que em muitos casos a forma como a profissão é exercida não se encaixa no paradigma liberal e que seria conveniente que fosse devidamente regulado o exercício subordinado da profissão e maxime estabelecida com nitidez a diferenciação entre advogados sócios e não sócios das sociedades (acautelando a situação destes) [...]”

Concordamos quando o acórdão diz que o que está a ocorrer é uma proletarização da advocacia, pois grande maioria daqueles advogados que trabalhavam independentes e sozinhos converteram-se nos advogados que trabalham subordinados e em cooperação com outros profissionais da sociedade de advogados. Esta funciona como uma empresa e aquele como em um mero trabalhador.

Vale ressaltar que a autonomia técnica, conforme já foi ressaltado anteriormente, não é óbice para o reconhecimento do contrato de trabalho.

Concluimos, assim, que a qualificação do advogado associado está a ser feita inadequadamente, bem como levando em consideração as supracitadas presunções, entendemos ser perfeitamente possível a adoção do procedimento previsto no artigo 15.º-A da Lei n.º 107/2009, ou seja, julgamos que é cabível no caso concreto o ajuizamento da Ação de Reconhecimento da Existência de Contrato de Trabalho estudada anteriormente, pois irá evitar e eliminar o uso de falsos contratos de prestação de serviço.

REFERÊNCIAS

AMADO, João Leal. *Contrato de trabalho – noções básicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

_____. O contrato de trabalho entre a presunção legal de laboralidade e o presumível desacerto legislativo. In: *Temas Laborais Luso Brasileiros*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

BARROCAS, Pereira. Qualidade e eficácia de serviços profissionais de advocacia prestados por sociedades de advogados e por profissionais em nome individual. *ROA*, ano 53, vol. I.

BATALHA, António Lopes. *A alienabilidade no Direito Laboral*. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2007.

CAMANHO, Paula Ponces. Acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho: breves reflexões (e algumas perplexidades). In: *Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

CARVALHO, Orlando de. *Escritos*. Páginas de Direito. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 1998.

COLOMBO, Giovanni E. Associazione in partecipazione, cointeressenza, contrato di lavoro subordinato. *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*. 1962 (ano LX), parte II.

CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito do Trabalho: dogmática básica e princípios gerais: direito colectivo do trabalho: direito individual do trabalho*. Coimbra: Almedina, 1994.

CORREIA, Ferrer. *Lições de Direito Comercial*. Lisboa: Reprint, 1994.

FERNANDES, Monteiro. *Direito do Trabalho*. 17.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014.

FREITAS, Pedro Petrucci de. Da acção de reconhecimento da existência de contrato de trabalho: breves comentários. *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 73, n.º 4 (Out.-Dez.2013).

GOMES, Júlio Vieira. *Direito do Trabalho*. I Vol., Relações individuais de trabalho. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito do Trabalho*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2012.

LEITE, Jorge. *Direito do Trabalho*. Coimbra: Serviço de Textos da Universidade de Coimbra, 1993.

LOPES, Fernando Ribeiro. Trabalho subordinado ou trabalho autónomo: um problema de qualificação. *RDES*, 1987, n.º 1.

LOPES, Luís André Azevedo Dias Branco. A face oculta do vínculo laboral na advocacia. Dissertação de Mestrado em Direito. Porto, 2012.

MACHADO, Baptista. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 1989.

MADERA, Maria. Annotazioni in tema di contratto di associazine in partecipazione e lavoro subordinato nell'impresa. *Rivista Giuridica del Lavoro e dela Previdenza Sociale*. 2000, ano LI.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Código do trabalho anotado*. 9.^a ed. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. *Direito do Trabalho*. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2015.

_____. Trabalho subordinado e trabalho autónomo. In: _____ (Coord.). INSTITUTO DE DIREITO DO TRABALHO (Org.). *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2001.

MARTINS, José Joaquim Fernandes Oliveira. A ação especial de reconhecimento da existência de contrato de trabalho: vinho velho em odres novos. *Julgar*, Lisboa, n.º 25 (Jan.-Abr. 2015).

MESQUITA, José Andrade. *Direito do Trabalho*. 2.^a ed. Lisboa: AAFDL, 2004.

PARREIRA, Isabel Ribeiro. *Contrato de trabalho de advogado, uma tarefa de qualificação: ou a distinção entre contrato de trabalho e relações jurídicas estabelecidas com advogados*. Relatório do Mestrado em Ciência Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2000.

PERA, G. *Diritto del Lavoro*. 2.^a ed. Padova: Cedam, 1984.

PEREIRA, Maria Adozinda Barbosa. Contrato de trabalho: contrato de prestação de serviços: distinção. *Revista do Ministério Público*. Lisboa, ano 23, n.º 90 (Abr.-Jun. 2002).

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. Delimitação do contrato de trabalho e presunção de laboralidade no novo código do trabalho: breves notas. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

_____. *Tratado de Direito do Trabalho*. Parte II – Situações Laborais Individuais – Situações Laborais Individuais. 5.^a ed. Coimbra: Almedina, 2014.

RAVARA, Diogo; REIS, Viriato. Reforma do processo civil e do processo do trabalho. In: *O Novo Processo Civil*. Caderno IV do CEJ, 2015.

REIS, João. Arbitragem dos serviços mínimos e Lei n.º 9/2006. *Questões Laborais*, n.º 26, 2005.

SUPIOT, Alain. La dynamique du corps (protection physique et transformations du droit du travail et de la sécurité sociale). In: *Studi sul Lavoro, Scritti in Onore di Gino Giugni*, Cacucci, Ediotre, Bari, 1999, tomo II.

SUSSEKIND, Arnaldo. *Curso de Direito do Trabalho*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENTURA, Raul. *Apontamentos sobre sociedades civis*. Coimbra: Almedina, 2006.

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

XAVIER, Bernardo Lobo; MARTINS, Furtado; CARVALHO, Nunes de; VASCONCELOS, Joana; ALMEIDA, Tatiana Guerra de. *Manual de Direito do Trabalho*. Lisboa: Verbo, 2011.