

RIDT

ANO IV / JUNHO 2024 / Nº 6
SEMESTRAL / 2184-8815

REVISTA INTERNACIONAL DE
DIREITO DO TRABALHO



idt

Instituto de Direito do Trabalho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa





idT

Instituto de Direito do Trabalho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



FICHA TÉCNICA / TECHNICAL FILE

Diretor Fundador / Founding Director
Pedro Romano Martinez (1959-2023)

Diretor

Luís Gonçalves da Silva

Director

Luís Gonçalves da Silva

Subdiretora

Cláudia Madaleno

Assistant Director

Cláudia Madaleno

Secretária-Geral

Sara Leitão

Secretary-General

Sara Leitão

Secretária-Geral Adjunta

Maria Leonor Ruivo

Deputy Secretary-General

Maria Leonor Ruivo

Propriedade

Instituto de Direito do Trabalho da FDUL
NIPC 504992392

Ownership

Instituto de Direito do Trabalho da FDUL
ID No. 504992392

Morada IDT / Sede de Redação

Faculdade de Direito de Lisboa,
Alameda da Universidade,
Cidade Universitária,
1649-014 Lisboa

Address IDT / Head Office

Faculdade de Direito de Lisboa,
Alameda da Universidade,
Cidade Universitária,
1649-014 Lisboa

Periodicidade

Semestral

Periodicity

Semiannual

Nº Registo ERC

127529

ERC Registration No.

127529

Depósito Legal

480082/21

Legal Deposit

480082/21

ISSN

2184-8815

ISSN

2184-8815

Conceção Gráfica e Paginação

22 Design e Comunicação
www.vinteedois.pt

Graphic Design and Pagination

22 Design and Communication
www.vinteedois.pt



PLATAFORMAS DIGITAIS, QUALIFICAÇÃO DO CONTRATO E SUBSTITUIÇÃO DE ESTAFETAS: A “BALA DE PRATA”?

*DIGITAL PLATFORMS, CONTRACT QUALIFICATION
AND SUBSTITUTION CLAUSES: THE ‘SILVER BULLET’?*

João Leal Amado*

Teresa Coelho Moreira**

Sumário: 1. Introdução; 2. *Crowdwork offline* - qualificação do contrato dos estafetas e cláusulas de substituição; 3. A situação em Portugal; 4. Conclusão

Resumo: o presente artigo centra-se na qualificação do vínculo contratual estabelecido entre as plataformas digitais e os seus estafetas, analisando diversas decisões judiciais europeias recentes que trataram desta questão, com particular enfoque para o relevo a conceder à faculdade de o estafeta se fazer substituir por outrem na execução de tarefas. Neste texto refletimos, também, sobre a importância das “cláusulas de substituição” no nosso ordenamento, sobretudo tendo em conta o disposto no novo art. 12.º-A do Código do Trabalho.

Abstract: this article focuses on the qualification of the contractual link established between digital platforms and their couriers, analyzing several recent European court decisions that dealt with this issue, with particular focus on the

* Doutor em Direito. Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e membro do Instituto Jurídico da FDUC.

** Doutora em Direito. Professora Associada com Agregação da Escola de Direito da Universidade do Minho. Membro integrado do JusGov - Centro de Investigação em Justiça e Governança e Coordenadora do Grupo de Investigação em Direitos Humanos do mesmo. Coordenadora científica do *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021*. ORCID n.º 0000-0003-1638-2800. tmoreira@direito.uminho.pt

importance to be given to the ability of the courier to be replaced by others in carrying out tasks. In this text we also reflect on the importance of “substitution clauses” in our legal system, especially taking into account the provisions of the new art. 12.º-A of the Labour Code.

1. Introdução

Conforme aponta a OIT¹, a economia das plataformas, surgida já na década de 90 do século passado, é uma das manifestações mais significativas das mudanças introduzidas pela digitalização do mundo do trabalho, criando-se novas oportunidades de emprego e de rendimento, que podem oferecer grande flexibilidade e relativa facilidade de acesso aos trabalhadores. Também os consumidores beneficiaram do facto de poderem aceder a bens e serviços mais baratos e mais adaptados, nomeadamente em zonas carenciadas de bens e serviços suficientes. Esta economia tem crescido rapidamente em dimensão e importância, impulsionada em grande parte pelos avanços tecnológicos, como o acesso a *smartphones*, à Internet de alta velocidade, à computação em nuvem e à crescente capacidade de extrair, explorar e rastrear dados.

Simultaneamente, assiste-se a uma transformação radical da forma como o trabalho é organizado e realizado, colocando novos desafios para garantir que os trabalhadores das plataformas tenham acesso a um trabalho digno. Na verdade, o trabalho nas plataformas digitais e, mais globalmente, o trabalho na era digital apresenta inúmeros desafios às formas tradicionais de proteção dos trabalhadores, que incluem os de proporcionar a aprendizagem e formação ao longo

¹ Hacer realidad el trabajo decente en la economía de plataformas, Ginebra, 2024, p. 9.

da vida, preparar os trabalhadores para participarem na economia digital, assegurar que os trabalhadores têm voz influente na formação das decisões na fase inicial da tecnologia e sistemas de trabalho, e proporcionar transição e rendimentos adequados, assim como equitativas políticas de apoio.

Este tipo de trabalho tem nos algoritmos uma característica essencial, pois estes desempenham um papel crucial no processamento e rastreio de grandes quantidades de dados, o que é fundamental para as plataformas, que dependem de uma correlação eficiente entre a oferta e a procura. Os algoritmos podem identificar picos de procura e orientar os fornecedores quanto ao momento e local ideais para oferecerem os seus serviços, reduzindo os custos de transação ao limitarem ao mínimo os recursos não utilizados. Permitem, ainda, que as plataformas ajustem os preços em tempo real, através da fixação dinâmica de preços. Além disso, os algoritmos facilitam a identificação do comportamento dos consumidores e a definição do perfil dos utilizadores, com o objetivo de oferecer soluções personalizadas aos clientes.

O crescimento das plataformas tem sido muito grande, passando de 193 em 2010 para 1 070 em 2023², existindo hoje uma *app* para tudo ou quase tudo, desde atividades mais simples, como entrega de alimentação, até atividades mais complexas, como prestação de serviços jurídicos, surgindo todos os dias novas plataformas digitais. Na verdade, em teoria, qualquer atividade pode ser *plataformizada*³.

² OIT, última *op. cit.*, p. 16.

³ A maioria das pessoas que trabalham em plataformas que ligam as empresas e os clientes aos trabalhadores está no setor das entregas e de transportes de passageiros. É o caso de 17 países da Europa, onde 3% das pessoas com idades compreendidas entre os 15 e os 64 anos passaram pelo menos uma hora a trabalhar numa plataforma

No trabalho nas plataformas digitais podemos falar de *crowdwork*, que pode ser quer o *crowdwork online*, quer o *crowdwork offline*, na medida em que há atividades que podem ser realizadas completamente *online* e oferecidas globalmente. Assim, há atividades que podem ser *oferecidas* de forma global, e outras há que exigem uma execução local. Nas primeiras, qualquer pessoa, em qualquer local do mundo, pode realizá-las; nas segundas, isso já não é possível. Esta noção é importante porque a “presunção de laboralidade” que iremos abordar aplica-se a qualquer tipo destas plataformas, ainda que alguns indícios estejam mais presentes numas do que noutras.

A maior parte do trabalho nas plataformas digitais centra-se neste último tipo de *crowdwork offline*, ocupando cerca de 92% da totalidade do mesmo⁴.

2. *Crowdwork offline* - qualificação do contrato dos estafetas e cláusulas de substituição

Questão que assume grande importância é a da qualificação das relações existentes entre quem presta a atividade nas plataformas digitais e o respetivo beneficiário, com inúmeros casos já julgados um pouco por todo o mundo. Na Europa, pelo menos relativamente

digital nos últimos doze meses, 33,3 % estão empregadas em plataformas do setor dos serviços de entrega e 13,3% estão em plataformas de serviços de transporte de passageiros. O mesmo acontece nos Estados Unidos, onde 62% das pessoas que auferiram rendimentos provenientes de plataformas de trabalho ou de capital trabalham em transporte, e também na China, na Índia e no Quênia, onde 82% dos trabalhadores de plataformas trabalham em plataformas de transporte de passageiros. Todos estes dados podem ser compulsados em OIT, *Hacer realidad el trabajo decente...*, cit., pp. 21-22.

⁴ <https://www.consilium.europa.eu/en/infographics/digital-platform-workers/>

aos dois tipos de plataformas que foram objeto da maioria dos julgados (e que são as plataformas de transporte e de entrega), as decisões mais recentes e/ou dos tribunais de última instância tendem a classificar como trabalhadores quem realiza atividades para as plataformas.

Ora, no âmbito destas várias ações judiciais consideramos interessante comparar o decidido pelo *Supreme Court* do Reino Unido, numa decisão de 21 de novembro de 2023, caso *Independent Workers Union of Great Britain (Appellant) v Central Arbitration Committee and another (Respondents)*, em que o tribunal considerou que os estafetas da plataforma *Deliveroo* não deveriam ser considerados *workers*⁵, com a decisão do Supremo Tribunal dos Países Baixos, de 24 de março de 2023, que considerou que os estafetas da *Deliveroo* deveriam ser considerados trabalhadores⁶, assim como com a decisão do *Cour de Travail* de Bruxelas, de 21 de dezembro de 2023, que também considerou os estafetas da *Deliveroo* como trabalhadores.

⁵ Conforme escreve ALAN BOGG, *Taken for a Ride, Again: Deliveroo Riders in the Supreme Court*, in <https://ohrh.law.ox.ac.uk/taken-for-a-ride-again-deliveroo-riders-in-the-supreme-court/>, «the Supreme Court unanimously held that Deliveroo Riders are not in an ‘employment relationship’ for the purposes of basic trade union rights under Article 11 of the European Convention on Human Rights (ECHR). Following contractual changes implemented by Deliveroo shortly before an application for statutory union recognition by the IWGB in 2016, the Central Arbitration Committee (CAC) found that Riders were able to designate substitutes to undertake delivery work under an unfettered substitution clause. This finding negated their worker status. The only basis for challenging this on appeal was to argue that Article 11 provided for a broader approach to personal scope, so that ‘employment relationship’ was wider than ‘worker’ under domestic law. After years of appeals, last week the Supreme Court agreed with the lower courts that a wide substitution clause is also fatal to an ‘employment relationship’».

⁶ Mais recentemente, a 24 de novembro de 2023, seguindo esta linha de raciocínio, decidiu que teriam direito à aplicabilidade das convenções coletivas e pensões.

A comparação destes casos parece-nos muito interessante, porque se trata de situações com bastantes semelhanças (todas, curiosamente, envolvendo a *Deliveroo*) e com decisões totalmente diferentes. Cremos que nas duas últimas os tribunais andaram bem e, sobretudo, a decisão do *Cour de Travail* de Bruxelas conseguiu *dismontar* grande parte dos argumentos invocados pela plataforma *Deliveroo* para defender que não se trataria de trabalhadores subordinados, mas sim independentes. Vejamos.

*

No caso do Reino Unido, tratou-se de uma decisão tomada na sequência de um recurso interposto pelo sindicato *Independent Workers Union of Great Britain* (IWGB) contra a decisão do *Central Arbitration Committee* (CAC), de 2017, segundo a qual a *Deliveroo* não era obrigada a reconhecer o IWGB como representante dos trabalhadores da mesma, dado que os estafetas da *Deliveroo* não seriam trabalhadores, pois não tinham uma obrigação contratual de efetuar o trabalho pessoalmente, porque, em certos casos, podiam ser substituídos por outras pessoas e tinham a possibilidade de trabalhar para empresas concorrentes.

O *Supreme Court* concordou com esta posição, considerando que não existia uma relação de trabalho, seguindo a decisão do CAC segundo a qual o principal argumento para não considerar os estafetas como *workers* consistia no direito de nomear um substituto, estabelecido no

acordo entre os estafetas e a *Deliveroo*⁷. O *Supreme Court* considerou que o poder de substituição era um poder amplo e praticamente ilimitado. Não estava limitado apenas a outros estafetas da *Deliveroo* e a única restrição era que o substituto não podia ser alguém a quem a *Deliveroo* tivesse anteriormente rescindido o seu acordo de fornecimento por incumprimento grave ou material do contrato ou que, enquanto atuasse como substituto, tivesse rescindido qualquer acordo se tivesse sido diretamente nomeado. Também não havia qualquer controlo da utilização de um substituto ou qualquer sanção em caso de utilização de um substituto. O acordo era um acordo privado entre o estafeta e o substituto. O *Supreme Court* também analisou se o poder de substituição era utilizado na prática. Embora a utilização do substituto fosse rara, principalmente porque não havia necessidade de um estafeta contratar um substituto se não quisesse aceitar um trabalho, havia circunstâncias em que era utilizado. Entre elas, o facto de o estafeta utilizar um substituto com fins lucrativos. Neste caso, o *Supreme Court* considerou que um poder de substituição tão amplo era, à primeira vista, totalmente incompatível com a existência de uma obrigação de prestação pessoal de serviços, tendo decidido que não se tratava de *workers*⁸.

⁷ § 69 da decisão: «Such a broad power of substitution is, on its face, totally inconsistent with the existence of an obligation to provide personal service which is essential to the existence of an employment relationship within article 11».

⁸ § 70 da decisão: «In the present case, we are satisfied that the CAC rigorously scrutinised the substance of the relationship between Deliveroo and the Riders. Its anxiety to do so was understandable in light of the introduction of the new contract shortly before the hearing in the CAC. Its detailed examination of how the new contract, and in particular the substitution provisions, operated in practice closely scrutinised whether the contractual provisions genuinely reflected the true relationship. Particularly significant, in this regard, were the following findings of the CAC. It found that there was no policing by Deliveroo of a Rider’s use of a substitute and Riders would not be criticised or sanctioned for using a substitute despite the purported freedom to do so. It found that, despite Deliveroo’s right of termination on one week’s notice for any reason, it did not terminate FPD contracts for a Rider’s failure to accept a certain percentage of orders or failure to make themselves sufficiently available. It found that

O *Supreme Court* considerou que este facto era, por si só, suficiente para determinar que não existia “relação de trabalho” (“Employment relationship”, no original), ainda que não tenha deixado de invocar outros argumentos para reforçar este entendimento⁹. Ainda assim, a bondade da decisão afigura-se discutível¹⁰. E, sobretudo, a perspectiva adotada pelo CAC parece ter sido algo redutora, visto que, tendo considerado que a cláusula de substituição era válida e que conferia um amplo poder contratual para delegar trabalho a substitutos, o CAC dispensou-se de examinar quaisquer outras características do acordo realizado¹¹. E o CAC também parece ter aceitado a alegação

Deliveroo did not object to the practice of substitution by a Rider for profit or to Riders working simultaneously for competitors of Deliveroo. In all the circumstances, the CAC was entitled to conclude that the contractual provisions genuinely reflected the true relationship».

⁹ Vejam-se os §§ 71 e 72 da decisão, em que o *Supreme Court* considerou: «(1) Riders do not have to carry out any deliveries at all. (2) Riders do not work within specific working hours. They operate if and when they choose. (3) Their place of work is not specified or agreed. They operate where they choose within the CKT zone. (4) Their activity is not of a particular duration, nor does it have a certain continuity. Riders start and stop when they choose. (5) They are not required to be available. (6) As regards tools, materials and machinery, all equipment is at the Riders’ expense. Riders use their own cycles and mobile phones. (7) There is no periodic payment. Remuneration depends on whether Riders choose to make deliveries and how many they make. (8) Deliveries are not necessarily or typically their sole or principal source of income. Even where they are, a goodly proportion may earn from Deliveroo’s direct competitors, potentially by undertaking the competitor’s work in preference. (9) There is no payment in kind such as food, lodging and transport. (10) There is no entitlement to weekly rest and annual holidays. (11) There is no reimbursement for the cost of travel. (12) There is no protection from financial risk for Riders, whether in the form of insurance, guaranteed earnings or otherwise”. E o tribunal concluiu: “Riders are thus free to reject offers of work, to make themselves unavailable and to undertake work for competitors. Once again, these features are fundamentally inconsistent with any notion of an employment relationship».

¹⁰ Neste sentido, ALAN BOGG, *op. cit.*.

¹¹ Segundo se lê no § 33, «the CAC considered that “the central and insuperable difficulty for the Union” was that it had found the substitution right to be genuine in the sense that Deliveroo had decided that under the new contract Riders should have a right to substitute themselves at will both before and after they had accepted a particular job and that had operated in practice. In light of its central finding on substitution, it could not be said that the Riders undertook to perform personally any work

da *Deliveroo* de que as novas cláusulas eram permitidas, mesmo que tivessem sido introduzidas pela *Deliveroo* para obter ganho de causa no processo judicial e impedir que os estafetas fossem classificados como trabalhadores¹², e mesmo que fossem raramente utilizadas¹³.

Na verdade, o Preâmbulo da Recomendação n.º 198 da OIT, invocada pelo *Supreme Court*, refere que “o Direito do Trabalho procura, entre outras coisas, resolver o que pode ser uma posição negocial desigual entre as partes numa relação de trabalho”. Para tal, as políticas relativas às relações de trabalho devem assegurar uma proteção eficaz dos “trabalhadores mais vulneráveis” — e no setor das

or services for another party for the purposes of section 296(1)(b) TULRCA. That was fatal to the Union’s claim. A Rider would not be penalised by Deliveroo for not personally making the delivery herself or himself, provided the substitute complied with the contractual terms that applied to the Rider. The CAC noted that a high level of trust in the substitute was required in the Rider, because the substitute had to have the Rider’s phone or password to download the Rider’s App and because of the contractual obligations of the Rider in respect of the substitute. This limited the attractiveness of sub-contracting but did not make the substitution provisions a sham». E no § 34 o *Supreme Court* rematou: «In these circumstances, the CAC considered that it was unnecessary to dissect the other features of the contractual relationship between Deliveroo and its Riders; they were insufficient to compensate in the Union’s favour in light of the substitution finding. It concluded that the Riders were not workers within the statutory definition of either section 296 TULRCA or section 230(3)(b) of the Employment Rights Act 1996».

¹² Estas cláusulas só foram introduzidas em 2017. Veja-se o § 23 da decisão do *Supreme Court*: «The CAC appears to have accepted Deliveroo’s submission that the new terms were permissible even if they had been introduced by Deliveroo to defeat this claim and to prevent the Riders from being classified as workers”. Cf., ainda, § 99 da primeira decisão sobre esta matéria, “even if [the company introduced the clause] in order to defeat this claim and in order to prevent the riders from being classified as ‘workers’, then that too was permissible».

¹³ Como defende ANTONIO ALOISI, «Workers can without prior approval hire a courier to complete an order in their place. Nonetheless, the substitution clause seems hardly practicable, partly because of restrictions on the identity of the substitute. Riders must disclose their credentials and are responsible both for ensuring that “substitute(s) have the requisite skills and training” and for paying them directly. This implies not only deep trust between the rider and the substitute but also a secondary labour market for replacement» - «A Worker is a Worker”: Collective Bargaining and Platform Work, the Case of Deliveroo Couriers», in *International Labor Rights Case Law*, vol. 5 (1), pp. 23 e ss., 2019.

plataformas digitais, sobretudo nas de entrega, trabalham maioritariamente trabalhadores que se enquadram nesta categoria¹⁴. Ora, atendendo a isto, não nos parece a melhor decisão tratar um único fator como determinante para a qualificação. Na verdade, e atendendo à Recomendação da OIT, parece-nos que existiam outros indícios que deveriam ter sido atendidos, tais como o nível típico de remuneração dos estafetas, a apresentação de termos padrão numa base de *take-it-or-leave-it*, a incapacidade dos estafetas para negociarem os seus próprios honorários de uma forma significativa, etc. Por outro lado, parece-nos que defender que uma obrigação de prestar um serviço personalizado é “essencial” para o teste jurídico, ao abrigo da Recomendação da OIT, não corresponde ao espírito da mesma, já que esta, com efeito, salienta a potencial relevância do facto de o trabalho dever ser efetuado pessoalmente pelo trabalhador, mas este é apenas um de muitos indícios relevantes¹⁵.

Se formos analisar casos anteriores, numa decisão do *Supreme Court*, de 13 de junho de 2018, *Pimlico Plumbers Ltd & Anor v Smith*, onde existia uma cláusula de substituição semelhante, redigida de

¹⁴ *The second ETUI Internet and Platform Work Survey Country tables, 2022*, mostrou que mais de 70% dos trabalhadores de plataformas que faziam entregas ou transportavam pessoas não tinham um diploma universitário. Os trabalhadores migrantes estavam desproporcionadamente representados entre os trabalhadores deste tipo de plataformas, quando comparados com os que se dedicavam a outros tipos de atividade. Na verdade, os trabalhadores migrantes constituem a maioria dos trabalhadores de plataformas nos países europeus, encontrando-se vários, infelizmente, em situação irregular. E, exatamente por estarem nesta situação, têm receio de falar e reclamar os seus direitos. Conforme escrevem ANDREINA DE LEO e TOMMASO GROSSI, *Regulating Platform work: How will this impact migrant workers*, European Policy Centre, 2023, p. 4, «Migrant platform workers are vulnerable to double exploitation. First, as platform workers, they cannot enjoy the protections that employment law provides. Second, they can be subject to exploitation due to their migration and residence status, especially those who are undocumented», acrescentando que «migrant workers represent a considerable share of the platforms’ workforce».

¹⁵ Segue-se de perto o defendido por ALAN BOGG, *op. cit.*.

forma muito problemática¹⁶, o tribunal considerou que se estava perante um trabalhador, na medida em que existiam indícios claros no contrato celebrado entre as partes que apontavam nessa direção, nomeadamente o facto de se fazer referência a retribuição, infração disciplinar grave e despedimento, e também porque o perfil do substituto era limitado pelo contrato em causa, cerceando assim o direito de substituição.

Numa outra decisão, o *Employment Tribunal* de Londres, a 5 de janeiro de 2017, no caso *Ms. M Dewhurst v. Citysprint UK Ltd*, entendeu que se tratava mais uma vez de uma trabalhadora. O interesse deste caso é que grande parte da argumentação contra a natureza laboral da relação consistia na existência de uma cláusula de substituição da trabalhadora. Mas a existência da mesma foi “desconstruída” juridicamente pelo Tribunal, que deu como assente que não existia verdadeira liberdade para a substituição, salientando ainda que a leitura do documento não era particularmente fácil para um não jurista¹⁷, e que a cláusula de substituição era quase “indecifrável”¹⁸.

*

¹⁶ «Carefully choreographed», segundo o § 16 da decisão.

¹⁷ «O documento, em geral, não é um documento de fácil compreensão para um não jurista e esta cláusula é quase indecifrável. Com todo o respeito, duvidamos muito que a Sra. Dewhurst a conhecesse e compreendesse».

¹⁸ Veja-se, sobre estes casos, entre outros, MARK FREEDLAND e JEREMIAS PRASSL, «Employees, workers and the 'sharing economy' changing practices and changing concepts in the United Kingdom», in *University of Oxford, Legal Research Paper Series*, 19/2017, e JEREMIAS PRASSL, «Pimlico Plumbers, Uber Drivers, Cycle Couriers, and Court Translators: Who is a worker?», in *Law Quarterly Review*, 33, 2017.

Em sentido contrário, considerando que os estafetas da *Deliveroo* devem ser considerados trabalhadores, temos a decisão do Supremo Tribunal dos Países Baixos, de 24 de março de 2023, assim como a decisão do *Cour de Travail* de Bruxelas, de 21 de dezembro de 2023.

No primeiro caso, o Supremo Tribunal sublinhou que todas as circunstâncias deveriam ser ponderadas na avaliação da existência de um contrato de trabalho. Embora os estafetas tivessem uma certa liberdade de trabalhar quando quisessem e de serem substituídos por outra pessoa, elementos típicos de um contrato de prestação de serviços, todas as outras circunstâncias levaram o tribunal a concluir que os estafetas eram, de facto, trabalhadores.

Já em 17 de junho de 2022, a advogada-geral DE BOCK tinha dado a sua opinião¹⁹, onde descrevia o contexto deste tipo de trabalho baseado em plataformas e a questão da sua qualificação. A advogada-geral defendia a definição de uma nova regra para avaliar o elemento de “controlo” por parte do empregador. Na sua opinião, a questão principal deveria ser a de saber se o trabalho estaria “incorporado organizacionalmente” na empresa. Isto resume-se a avaliar se o trabalho efetuado pelos trabalhadores em questão faz parte das atividades principais da empresa. Em caso afirmativo, o trabalho está integrado na organização da empresa e o critério do “controlo” estaria preenchido.

Por outro lado, a advogada-geral considerou que a obrigação de realizar pessoalmente a atividade não é um elemento de “trabalho”, para efeitos do artigo 7:610 do *Dutch Civil Code* - DCC²⁰. Defendeu,

¹⁹ Disponível em <https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:PHR:2022:578>.

²⁰ Para efeitos deste artigo, considera-se que existe uma relação de trabalho se

ainda, que o facto de os estafetas poderem ser substituídos por alguém não impede que a relação com a *Deliveroo* seja considerada um contrato de trabalho. O mesmo se aplica à liberdade dos mesmos de trabalharem sempre que quisessem. Por último, a posição dos trabalhadores na base do mercado de trabalho é importante para determinar se têm direitos e obrigações verdadeiramente negociados ou se estes foram determinados unilateralmente pelo empregador.

O Supremo Tribunal, em março de 2023, decidiu que a liberdade de os estafetas decidirem se querem ou não trabalhar e a possibilidade de serem substituídos por alguém constituíam circunstâncias que apontavam para um contrato de prestação de serviços, embora não fossem incompatíveis com um contrato de trabalho. De acordo com o Supremo Tribunal, um fator importante é o conjunto de regras que se aplica quando alguém decide ir trabalhar, por quanto tempo e com que frequência. Embora o contrato dos estafetas com a *Deliveroo* incluísse a possibilidade de serem substituídos por outro estafeta, o Tribunal de Recurso analisou esta questão e considerou que tal só acontecia ocasionalmente, pelo que esta cláusula tinha pouco significado efetivo. Todas as outras circunstâncias, incluindo o pagamento de salários, a relação de autoridade e o trabalho durante um determinado período de tempo, indicavam a existência de um contrato de trabalho, segundo o Supremo Tribunal²¹. Isto significa que, à luz de todas as circunstâncias deste caso, o Tribunal de Recurso decidiu, cremos que de forma correta, que a relação jurídica dos

estiverem reunidas as condições (i) trabalho, (ii) salário e (iii) autoridade (“trabalhar ao serviço de um empregador”).

²¹ Esta parte é muito importante, porque adota um entendimento totalmente oposto ao do *Supreme Court* do Reino Unido.

estafetas da *Deliveroo* deveria ser considerada como um contrato de trabalho.

Pode ver-se, assim, que nesta decisão esclarece-se que a qualificação de uma relação como de trabalho dependente continua a exigir uma abordagem holística, em que todos os factos e circunstâncias relevantes devem ser tidos em conta.

*

Por último, o *Cour de Travail* de Bruxelas decidiu, a 21 de dezembro de 2023, que os estafetas da *Deliveroo* deveriam ser considerados trabalhadores.

Nesta decisão, após o enquadramento sobre saber se a atividade da *Deliveroo* seria apenas uma atividade de intermediação ou também de transporte²², o Tribunal analisou a qualificação do contrato numa decisão que, quanto a nós, tem aspetos bastante interessantes, até porque neste ordenamento jurídico também existe, como no nosso, uma presunção da existência de contrato de trabalho, e inclusive, desde 1 de janeiro de 2023, uma presunção específica para o trabalho nas plataformas digitais²³.

²² § 54: «En d’autres termes, *Deliveroo* ne se contente pas de fournir, via la plateforme, un service d’intermédiation mais offre un service global, dont le service de transport qui est l’élément principal, central et crucial, indispensable à son modèle. Dans cette analyse, la cour prend appui sur les enseignements tirés de la jurisprudence de la Cour de Justice de l’Union Européenne».

²³ Esta última presunção (que, note-se, não foi aplicada pelo tribunal no caso em apreço, decerto por razões de ordem temporal) foi criada pela lei de 3 de outubro de 2022 - *Deal pour l’emploi* -, que entrou em vigor no dia 1 de janeiro de 2023, estabelecendo uma *Présomption concernant la nature de la relation de travail pour les plateformes numériques donneuses d’ordres*, com o seguinte teor:

«Pour les plateformes numériques donneuses d’ordres, les relations de travail sont présumées jusqu’à preuve du contraire, être exécutées dans les liens d’un contrat de

Assim, o tribunal primeiro analisa se os critérios legais da presunção da existência de contrato de trabalho estão cumpridos e, depois, a tentativa por parte da *Deliveroo* de ilidir a presunção.

Relativamente à primeira parte, o Tribunal considerou que a maioria dos critérios específicos estava preenchida e, por conseguinte, considerou que se presume, até prova em contrário, que a relação de trabalho é efetuada nos termos de um contrato de trabalho. Assim, entendeu provado que o estafeta não assume qualquer risco financeiro ou económico com a *Deliveroo*; o estafeta não tem qualquer

travail, lorsque de l'analyse de la relation de travail, il apparaît qu'au moins trois des huit critères suivants ou deux des cinq derniers critères suivants sont remplis:

1° l'exploitant de la plateforme peut exiger une exclusivité par rapport à son domaine d'activités;

2° l'exploitant de la plateforme peut utiliser la géolocalisation, à des fins autres, que le bon fonctionnement de ses services de base ;

3° l'exploitant de la plateforme peut restreindre la liberté du travailleur de plateformes dans la manière d'exécuter le travail;

4° l'exploitant de la plateforme peut limiter les niveaux de revenu d'un travailleur de plateformes, en particulier, en payant des taux horaires et/ou en limitant le droit d'un individu de refuser des propositions de travail sur la base du tarif proposé et/ou en ne lui permettant pas de fixer le prix de la prestation. Les conventions collectives de travail sont exclues de cette clause;

5° à l'exclusion des dispositions légales, notamment en matière de santé et de sécurité, applicables aux utilisateurs, clients ou travailleurs, l'exploitant de la plateforme peut exiger qu'un travailleur de plateformes respecte des règles contraignantes en ce qui concerne la présentation, le comportement à l'égard du destinataire du service ou l'exécution du travail;

6° l'exploitant de la plateforme peut déterminer l'attribution de la priorité des futures offres de travail et/ou le montant offert pour une tâche et/ou la détermination des classements en utilisant des informations recueillies et en contrôlant l'exécution de la prestation, à l'exclusion du résultat de cette prestation, des travailleurs de plateformes à l'aide notamment de moyens électroniques;

7° l'exploitant de la plateforme peut restreindre, y compris par des sanctions, la liberté d'organiser le travail, notamment la liberté de choisir les horaires de travail ou les périodes d'absence, d'accepter ou de refuser des tâches ou de recourir à des sous-traitants ou à des remplaçants, sauf, dans ce dernier cas, lorsque la loi restreint expressément la possibilité de recourir à des sous-traitants;

8° l'exploitant de la plateforme peut restreindre la possibilité pour le travailleur de plateformes de se constituer une clientèle ou d'effectuer des travaux pour un tiers en dehors de la plateforme».

responsabilidade ou poder de decisão sobre os recursos financeiros da *Deliveroo*; o estafeta não tem qualquer poder de decisão relativamente à política de compras da *Deliveroo*; não tem qualquer poder para fixar ou negociar o preço a pagar pelo consumidor, que é fixado pela *Deliveroo* através da aplicação; o estafeta não tem qualquer obrigação de resultado para com a *Deliveroo* relativamente ao trabalho acordado; o estafeta não tem, por regra, a possibilidade de contratar pessoas para efetuar o trabalho acordado; e o estafeta não aparece como uma empresa perante o público (veja-se o § 66).

Contudo, como bem salienta o tribunal, a presunção pode ser ilidida. A *Deliveroo* tentou fazê-lo, mas o tribunal refutou os vários argumentos apresentados, de uma forma que nos parece muito interessante. Assim, o tribunal considerou que para poder trabalhar para a *Deliveroo* o estafeta deve ter acesso à aplicação e, para ter acesso à mesma, deve aceitar uma das convenções-tipo elaboradas pela *Deliveroo*. Esta convenção é geralmente assinada em linha (através da plataforma Docusign³⁶). O estafeta não tem, assim, qualquer poder de negociação do conteúdo do acordo.

Por outro lado, a *Deliveroo* invocava a liberdade de organização do horário de trabalho do estafeta, que não é obrigado a ligar-se à aplicação a uma determinada hora nem a aceitar uma entrega. Os estafetas poderiam escolher se e quando trabalhavam. Esta liberdade seria incompatível com qualquer forma de trabalho por conta de outrem. Porém, o tribunal refutou este argumento, defendendo que, de acordo com a jurisprudência da *Cour de Cassation*, a liberdade do trabalhador de recusar o serviço proposto não exclui a existência de um contrato de trabalho. Por conseguinte, a liberdade de

ligação não é, por si só, incompatível com uma relação de emprego assalariado.

A *Deliveroo* invocava a liberdade de organização do trabalho do estafeta, que não recebia instruções precisas sobre o modo de efetuar uma entrega, com exceção de instruções pontuais de natureza técnica ligadas a exigências comerciais ou operacionais ligadas ao setor de atividade, sublinhando a liberdade do estafeta de escolher o itinerário a seguir e o equipamento a utilizar, bem como o seu direito a ser substituído para efetuar o trabalho acordado. Mas, mais uma vez, o tribunal refutou, mobilizando vários argumentos e decidindo que, por um lado, a *Deliveroo* fixa o preço da entrega através do algoritmo, sem qualquer validação ou possibilidade de negociação por parte do estafeta. O facto de este continuar a poder recusar a entrega se considerar que o preço fixado pela *Deliveroo* não é satisfatório não altera esta constatação, uma vez que ele é levado a aceitar ou a recusar a entrega proposta sem poder avaliar a rentabilidade desta última.

Por outro lado, e este argumento parece-nos extremamente importante até para comparar com o invocado pelo *Supreme Court* do Reino Unido (pois a cláusula de substituição parece muito semelhante), o tribunal decidiu que, mesmo quando o estafeta tem a possibilidade contratual de ser substituído para a execução do trabalho acordado, tal não significa que o estafeta possa exercer livre e efetivamente o direito de substituição.

Com efeito, e por um lado, a possibilidade de substituição está sujeita a certas restrições impostas pela *Deliveroo* à escolha do substituto e estas restrições estão redigidas de tal forma que permitem

efetivamente à *Deliveroo* aplicar ao substituto todas as causas de exclusão aplicáveis ao transportador (ver artigo 8.1. do contrato I, nos termos do qual o substituto não pode ser uma pessoa cujo contrato de prestação de serviços tenha sido anteriormente rescindido com a *Deliveroo* por incumprimento grave ou substancial, ou que, ao atuar como substituto, tenha adotado comportamentos que poderiam ter conduzido a essa rescisão se fosse parte direta do contrato). Por outro lado, o tribunal entendeu que, devido à forma como a *app* funciona, esta cláusula do acordo parece bastante teórica e/ou de aplicação problemática. Na prática, os estafetas só têm uma conta na aplicação, na qual se ligam através do seu *smartphone* (com os seus códigos de acesso), só podem ligar um estafeta através da sua conta e, uma vez ligados, só podem receber, aceitar e efetuar uma entrega de cada vez através da mesma, concluindo o tribunal que a sua substituição implica a ligação à aplicação através da sua conta, o que significa que o estafeta deve renunciar quer ao seu *smartphone*, o que é pouco provável, quer ao seu acesso (os seus códigos de acesso) à aplicação, o que, na ausência de explicações claras e precisas por parte da *Deliveroo* sobre este ponto, parece implicar um problema de ocultação do verdadeiro trabalhador que permanecerá desconhecido da *Deliveroo*, ou seja, uma situação que poderia ser seriamente questionada à luz de numerosas disposições legais, que, no entanto, ultrapassavam o concreto caso *sub judice* (ver todo o § 77).

Outro dos argumentos invocados pela *Deliveroo* foi o de negar qualquer possibilidade de exercer um controlo hierárquico sobre o estafeta, afirmando que a empresa não dá quaisquer instruções, com

exceção das diretivas técnicas e operacionais para a boa execução do processo de entrega, e que não impõe quaisquer sanções ao estafeta, salientando que a utilização da geolocalização não constitui um meio de vigilância e/ou de controlo dos estafetas, mas que responde a exigências comerciais, financeiras e sanitárias. Mas, mais uma vez, o tribunal não lhe deu razão, considerando que a *Deliveroo* dispõe, via plataforma, do poder de controlar o estafeta, e que a utilização dos dados de geolocalização permite localizar, seguir a posição do estafeta e seguir o itinerário percorrido, o que não foi contestado, bem como recolher dados sobre a velocidade e calcular o número de quilómetros percorridos.

Como o tribunal decidiu, a *Deliveroo* reserva-se expressamente o direito de aplicar sanções ao transportador — a questão não é tanto saber se a *Deliveroo* aplica efetivamente sanções, mas se tem o direito de o fazer (§ 79). Na verdade, consta do acordo que a *Deliveroo* se reserva o direito de rescindir o contrato imediatamente — sem aviso prévio — em caso de “incumprimento grave” ou “violação substancial de qualquer obrigação que lhe incumba [ao estafeta]”. Assim, o tribunal entendeu que este artigo do contrato indica que a *Deliveroo* pode sancionar em caso de “incumprimento grave” ou “incumprimento substancial de qualquer obrigação que lhe caiba”, podendo determinar unilateralmente o que se enquadra ou não nestes conceitos e a forma de os avaliar e, por outro lado, o incumprimento da obrigação de ativar a geolocalização é expressamente incluído como motivo de rescisão imediata do contrato do estafeta.

O tribunal também entendeu que, em termos mais gerais, por força dos acordos estabelecidos e utilizando o algoritmo cujas funcionalidades são determinadas pela *Deliveroo*, verifica-se a integração do estafeta num ambiente de trabalho estreitamente controlado pela mesma: o estafeta adere a um serviço de transporte criado e inteiramente organizado pela *Deliveroo*, que só existe graças à plataforma, através do qual não constitui a sua própria clientela, não fixa livremente as suas tarifas nem as condições em que presta o seu serviço, que são regidas e controladas pela *Deliveroo*.

Tendo tudo isto em atenção, o tribunal conclui decidindo que há uma relação de trabalho entre a *Deliveroo* e os estafetas e que estes devem estar abrangidos pelo regime de segurança social correspondente (§ 86).

3. A situação em Portugal

Em Portugal, se pecamos pela falta de jurisprudência²⁴, redimimo-nos ao nível da legislação. Como é sabido, a Agenda do Trabalho Digno (Lei n.º 13/2023, de 3 de abril) introduziu no CT uma nova disposição, o art. 12.º-A, consagrando uma “presunção de laboralidade” no âmbito das plataformas digitais²⁵. Vale dizer, verificados

²⁴ Como toda a regra tem exceção, veja-se o caso, muito recente, do Juízo do Trabalho de Lisboa, de 1 de fevereiro de 2024, que, aplicando pela primeira vez o art. 12.º-A do CT, considerou existir um contrato de trabalho entre um estafeta e a *UberEats*, Portugal.

²⁵ Sobre esta nova presunção de laboralidade, *vd.*, por todos, JOÃO LEAL AMADO, «As plataformas digitais e o novo artigo 12.º-A do Código do Trabalho: empreendendo ou trabalhando?», *A Revista - Supremo Tribunal de Justiça*, n.º 3, 2023, pp. 83-103, e TERESA COELHO MOREIRA, «Luzes e sombras: algumas questões sobre a presunção de contrato de trabalho no âmbito de plataforma digital», *Questões Laborais*, n.º 63, 2023, pp. 17-35.

que sejam certos factos-base, enunciados nas alíneas do n.º 1 do preceito, a lei presume que se tratará, *in casu*, de um contrato de trabalho. De certos factos conhecidos, a lei tira, assim, a ilação de que aquela será, em princípio, uma relação de trabalho dependente.

Ora, uma das características que concorre para que a presunção seja ativada reside, justamente, na circunstância de a plataforma digital restringir a autonomia do prestador de atividade quando à organização dessa atividade, designadamente no que tange à possibilidade de utilização de subcontratados ou substitutos por banda do prestador (al. *d*) do n.º 1 do art. 12.º-A). Vale dizer, se essa possibilidade de se fazer substituir por outrem não existir, ou, existindo, se só for admitida em molde muito restritivos, tal constitui um dos factos-base da presunção legal; se, pelo contrário, o prestador de atividade dispuser de ampla possibilidade de se fazer substituir na execução do serviço, tal não ajudará a presumir a existência, *in casu*, de um contrato de trabalho.

Em qualquer caso, o certo é que a nossa lei revela, à evidência, que este elemento, por si só, não é bastante nem decisivo, em ordem a qualificar a relação jurídica *sub judice*. Isto porque:

i) A impossibilidade de o prestador de atividade se fazer substituir não basta para, por si só, fazer presumir a existência de um contrato de trabalho. Com efeito, para que tal existência se presuma é ainda necessário que se verifique, pelo menos, uma outra das características enunciadas nas alíneas do n.º 1 do art. 12.º-A²⁶.

²⁶ A presunção legal só opera se se verificarem “algumas” das características previstas nas alíneas do preceito, o que significa que não basta que se verifique apenas uma delas. Terão de ser, no mínimo, duas delas.

ii) A possibilidade de o prestador de atividade se fazer substituir também não obsta, por sua vez, a que a lei presuma a existência, naquele caso, de um contrato de trabalho, contanto que se verifiquem as características descritas em duas das alíneas do n.º 1 do art. 12.º-A. Se isso acontecer, a lei presume que estaremos perante um contrato de trabalho, cabendo ao beneficiário da atividade o ónus de ilidir a presunção, mediante prova em contrário. Nessa tarefa probatória, o beneficiário da atividade poderá, decerto, invocar a seu favor o facto de o prestador de atividade se poder fazer substituir por outrem, mais ou menos livremente. Ainda assim, a palavra final caberá, sempre, ao julgador, que apreciará e ponderará, globalmente, se essa e outras eventuais circunstâncias do caso demonstram que o prestador de atividade trabalha com efetiva autonomia, sem estar sujeito ao controlo, ao poder de direção e ao poder disciplinar de quem o contrata, como se lê no n.º 4 da norma em apreço.

Este é o ponto que urge sublinhar. Resulta da nossa lei - resulta deste art. 12.º-A -, que a possibilidade de o prestador de atividade se fazer substituir não impede que, ainda assim, a lei presuma que existe, *in casu*, um contrato de trabalho - para tanto bastando que se verifiquem algumas das outras características enunciadas nas alíneas do n.º 1 do art. 12.º-A. Se assim for, com base nesses outros factos conhecidos, a lei tira a correspondente ilação, firmando a natureza subordinada da relação contratual em causa.

Pelo exposto, não existe, nesta complexa matéria da qualificação contratual, qualquer “bala de prata”. *É metodologicamente errado assumir que, perante uma relação contratual em que é dada ao*

prestador de atividade a possibilidade de se fazer substituir, a solução estaria encontrada, como que num passe de mágica, na medida em que o contrato de trabalho seria totalmente incompatível com essa possibilidade de substituição. Este raciocínio não é correto e pode conduzir o intérprete a conclusões precipitadas e, em última análise, erradas. E o disposto no novo art. 12.º-A demonstra, justamente, que aquele raciocínio não é rigoroso, vale dizer, que é necessário mais, quiçá bem mais, para chegarmos a uma correta qualificação da relação contratual em causa.

Ao colocar a impossibilidade de o prestador de atividade se fazer substituir por outrem como um — apenas um — dos vários factos-base da “presunção de laboralidade”, a nossa lei andou bem, visto que a presença desse dado, sendo relevante, não basta para ativar a presunção de existência de contrato de trabalho, assim como a ausência desse dado não constitui óbice a que, ainda assim, a lei possa presumir a existência de contrato de trabalho, naquele caso (se se verificarem outras duas características enunciadas nas alíneas do n.º 1). Tudo depende de uma cuidada análise de todos os elementos relevantes, cuja judiciosa ponderação é necessária para que, no final, o tribunal formule um juízo global, em perspetiva holística, sobre a existência ou não de subordinação jurídica no caso, isto é, se há ou não trabalho dependente, vale dizer, prestação de atividade à plataforma digital, no âmbito de organização e sob a autoridade desta, nos moldes definidos no art. 11.º do CT.

Em suma, a inserção de uma qualquer “cláusula de substituição” no contrato, atribuindo ao prestador a faculdade de se fazer substi-

tuir na realização do serviço, não é, decerto, juridicamente despicienda. Longe disso. Mas também não resolve o problema. Se as plataformas digitais pensarem que, com esta cláusula, encontraram a “bala de prata” que permitirá evitar a qualificação do contrato como sendo um contrato de trabalho²⁷, cremos que cometerão um erro. E cremos que o nosso art. 12.º-A comprova isso mesmo — o que, convenhamos, deve ser levado a crédito desta nova, intrincada e polémica norma.

Isto sem esquecer que, como é óbvio, as “cláusulas de substituição” não são todas iguais. É preciso atentar no seu concreto conteúdo e no seu real alcance prático. Assim, a cláusula confere mesmo um direito ao prestador de atividade, no sentido de se fazer substituir por outrem? Ou confere-lhe, apenas, um direito de sugerir ou propor a substituição, que carece de ser aceite pelo beneficiário da atividade? Tratando-se de uma cláusula que confere um genuíno direito de substituição, pode tal direito ser exercido a qualquer momento e por qualquer razão? Ou apenas o pode ser em casos em que o prestador de atividade esteja impedido de a realizar (em virtude de doença, p. ex.) e não já se e quando o prestador não esteja com vontade de a realizar? Quem pode ser escolhido, pelo prestador, como substituto? A escolha é livre? Há restrições, estabelecidas pelo beneficiário da atividade? Serão estas razoáveis ou, na prática, acabam por fazer com que a substituição seja uma possibilidade remota, quase académica?

²⁷ Uma espécie de bala mágica, que seria a melhor forma, quiçá a única forma, de matar o lobisomem representado, no pesadelo das plataformas, pelo contrato de trabalho...

Tudo isto - e não apenas isto - terá de ser cuidadosamente analisado e sopesado pelo tribunal.

4. Conclusão

Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a pessoalidade do contrato de trabalho, isto é, a circunstância de a obrigação do trabalhador ser pessoal, infungível, quiçá *intuitu personae*, não autoriza que, perante um contrato em que se preveja a faculdade de o prestador de serviços se fazer substituir por outrem no cumprimento desta ou daquela prestação, se conclua, quase que inevitavelmente, pela natureza não laboral e não subordinada de tal relação.

Pela nossa parte, afirmamos, sem hesitar, que, num contrato duradouro como é o contrato de trabalho, o facto de o trabalhador se fazer substituir por outrem no cumprimento de certas prestações não descaracteriza o vínculo jurídico-laboral. Atente-se, a este propósito, nas sábias palavras de JÚLIO GOMES, o qual observa que mesmo a doutrina dominante não levanta dificuldades à possibilidade de o credor consentir que o devedor se faça substituir por outrem, acrescentando: «Esta circunstância deve alertar-nos para a possibilidade de se atribuir uma importância excessiva, no sentido de “descaracterizar” o contrato de trabalho, à existência num contrato de uma cláusula pela qual o trabalhador se possa fazer substituir excepcionalmente por outrem na execução da prestação. Parece, por vezes, considerar-se que tal cláusula seria incompatível com a existência de um contrato de trabalho. No entanto, a conclusão parece-nos exagerada:

em primeiro lugar, a referida cláusula pode não passar de uma “cláusula de estilo” que não corresponde à realidade da execução do contrato. Mas, e sobretudo, porque se existir um contrato de trabalho, por exemplo de um professor, contrato cuja qualificação jurídica pode nem sequer ser controvertida, e se o referido professor solicitar e obtiver a autorização do empregador para ser substituído por um colega seu, com idênticas qualificações — colega que não mantém qualquer relação contratual com aquele empregador — em certas datas em que terá de faltar, a ninguém ocorrerá a ideia de que, só por isso, o contrato de trabalho deixará de o ser»²⁸.

Palavras sábias, que subscrevemos. E não se pense que esta é uma posição isolada. Pelo contrário, cremos que ela corresponde, hoje, ao entendimento doutrinal maioritário, entre nós e lá fora. Veja-se, por exemplo, o que escreve, a este respeito, MAURÍCIO GODINHO DELGADO, uma das principais referências do Direito do Trabalho brasileiro, em comentário sobre a pessoalidade ou infungibilidade típica da relação de trabalho: «Há situações ensejadoras de substituição do trabalhador sem que se veja suprimida a pessoalidade inerente à relação empregatícia. Em primeiro lugar, citem-se as situações de substituição propiciadas pelo consentimento do tomador de serviços: uma eventual substituição consentida (seja mais longa, seja mais curta no tempo), por exemplo, não afasta, necessariamente, a pessoalidade com relação ao trabalhador original»²⁹.

²⁸ *Direito do Trabalho*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 90-91.

²⁹ *Curso de Direito do Trabalho*, 17.^a ed., LTr, São Paulo, 2018, p. 339. É ponto pacífico na doutrina brasileira — neste sentido, *vd.*, por exemplo, GUSTAVO FILIPE BARBOSA GARCIA, o qual observa que «a substituição, em uma ou outra ocasião, do empregado, com a anuência do empregador, não é apta a descaracterizar um longo vínculo de emprego» (*Curso de Direito do Trabalho*, 10.^a ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2016, p. 157), e AUGUSTO CÉSAR LEITE DE CARVALHO, que escreve: «Insta lembrar que a

Vale isto por dizer que *não há qualquer incompatibilidade ontológica entre o contrato de trabalho e a possibilidade de o trabalhador se fazer substituir por outrem, quando essa substituição é consentida pela entidade empregadora*. Diferentemente, essa incompatibilidade ontológica já existirá se o suposto trabalhador se puder fazer substituir por outrem, sem a vontade da contraparte, pois, isso sim, já não é compatível com o elemento de pessoalidade, característico de um contrato de trabalho. Como escrevemos alhures, «sem o consentimento do empregador, o trabalhador não se pode fazer substituir por outrem na execução do contrato, pelo que a *infungibilidade* da prestação laboral me parece inegável. Refiro-me, é claro, à infungibilidade em sentido jurídico, não em sentido económico (aliás, a debilidade negocial da maioria dos trabalhadores resulta, em boa medida, da circunstância de, para o empregador, eles serem facilmente substituíveis por outros)»³⁰. Em sentido próximo, conclui VÓLIA BOMFIM CASSAR: «A pessoalidade não quer dizer que o trabalho só poderá ser desenvolvido, com exclusividade, por aquele empregado, e nenhum outro. Na verdade, o empregador poderá trocar de empregado, seja para substituí-lo no posto de trabalho, seja para cobrir suas faltas, férias ou atrasos. *Isto significa que o obreiro pode ser trocado por outro empregado, por escolha do empregador ou com o consentimento deste, mas não pode se fazer substituir livremente*

aquiescência do empregador pode permitir a substituição do empregado, sem desfiguração ou necessário desfazimento do liame de emprego» (*Direito do Trabalho - Curso e Discurso*, 2.^a ed., LTr, São Paulo, 2018, p. 129).

³⁰ JOÃO LEAL AMADO, *Contrato de Trabalho - Noções Básicas*, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2022, p. 65.

por alguém da sua própria escolha, estranho aos quadros da empresa e sem o consentimento do patrão»³¹.

Com a supramencionada “cláusula de substituição” pode apenas visar-se, a nosso ver, criar mais uma “cortina de fumo” ou uma “barreira de ocultação terminológica” em torno da relação jurídica subjacente. A referida incompatibilidade ontológica traduz-se, pois, numa conceção que, nem por ser partilhada por alguma jurisprudência³², merece acolhimento. Urge que seja repensada e revista, sob pena de deixar o tribunal refém de uma cláusula contratual que, num passe de mágica, descaracterizaria qualquer contrato de trabalho. Com efeito, assim sendo bastaria celebrar o contrato, intitulá-lo “contrato de prestação de serviço” (ou atribuir-lhe qualquer outro *nomen juris* com ressonância não laboral, mas civil ou mercantil) e incluir neste uma “cláusula de substituição” para o imunizar de um eventual escrutínio por banda dos tribunais – uma espécie de *escudo visível* contra qualquer operação de requalificação judicial do vínculo...

Não pode ser assim. No máximo, a possibilidade de o trabalhador se fazer substituir será um - *apenas um, apenas mais um* - indício a

³¹ *Direito do Trabalho*, 14.^a ed., Rio de Janeiro - Forense, São Paulo - Método, 2017, p. 250, itálico nosso. Registe-se, por último, a lição de JORGE SOUTO MAIOR: «Destaque-se que a pessoalidade é muito mais um atributo obrigacional, imposto ao trabalhador por interesse do empregador, do que um elemento caracterizador da relação de emprego. *Isto quer dizer que se o empregador assume a possibilidade de que o serviço seja executado por outra pessoa, como ocorre, normalmente, no trabalho em domicílio, não se desnatura a relação de emprego*» - *Curso de Direito do Trabalho*, vol. II, LTr, São Paulo, 2008, p. 49, itálico nosso. E o que vale para o trabalho no domicílio valerá também, *mutatis mutandis*, para as plataformas digitais.

³² Relembre-se a supramencionada decisão do *Supreme Court* britânico, segundo a qual, uma ampla faculdade de o prestador se fazer substituir por outrem “is, on its face, totally inconsistent with the existence of an obligation to provide personal service which is essential to the existence of an employment relationship”.

levar em conta pelo tribunal no seu juízo qualificativo³³. Mas sem, por si só, resolver o problema. Longe disso. Para resolver o problema, haverá, sempre, que atender aos outros indícios relevantes no caso - nas palavras do *Supreme Court*, que, estas sim, nos parecem certas, «the correct approach requires the application of a multifactorial test, focusing on the practicalities of the relationship and how it operates in reality» (§ 61, 4) - e depois formular um juízo global, obedecendo, claro, às regras legais em matéria de distribuição do ónus da prova.

No § 51 da sua decisão, o *Supreme Court* afirma, citando Elias J, o presidente do *Employment Appeal Tribunal*, num caso anterior (*Consistent Group Ltd v Kalwak*, de 2007): «The concern to which tribunals must be alive is that armies of lawyers will simply place substitution clauses, or clauses denying any obligation to accept or provide work, in employment contracts, as a matter of form, even where such terms do not begin to reflect the real relationship». E Elias J acrescentava: «In other words, if the reality of the situation is that no one seriously expects that a worker will seek to provide a substitute, or refuse the work offered, the fact that the contract expressly provides for these unrealistic possibilities will not alter the true nature of the relationship. But if these clauses genuinely reflect what might realistically be expected to occur, the fact that the rights

³³ Ainda que, como bem observa JOAQUIM SOUSA RIBEIRO, quanto à possibilidade de substituição enquanto elemento indiciário, se imponha «diferenciar os casos em que o substituto é, também ele, um trabalhador integrado na organização produtiva, escolhido, de igual modo, pela entidade patronal (casos de troca de turno, por exemplo), daqueles outros em que ele é um estranho a essa organização», sendo, «evidentemente, mais forte o valor indiciário desta última situação, no sentido de excluir uma relação de trabalho subordinado» - «As fronteiras juslaborais e a (falsa) presunção de laboralidade do artigo 12.º do Código do Trabalho», *Direito dos Contratos - Estudos*, Coimbra Editora, 2007, p. 365, n. 45.

conferred have not in fact been exercised will not render the right meaningless». À guisa de conclusão, rematava: «Tribunals should take a sensible and robust view of these matters in order to prevent form undermining substance...». Acompanhamos Elias J!

29 de fevereiro de 2024



WWW.IDT.FDULISBOA.PT



REVISTA INTERNACIONAL DE
DIREITO DO TRABALHO

idt

Instituto de Direito do Trabalho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa