

*compilações doutrinais*

VERBOJURIDICO

# **USO E ABUSO DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS**

— A PRESUNÇÃO DE LABORABILIDADE DO ART.º 12.º CT—

---

**DR. RICARDO MIGUEL GONÇALVES DE OLIVEIRA**

ADVOGADO

MESTRANDO EM CIÊNCIAS JURÍDICO ECONÓMICAS  
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA



verbojuridico<sup>®</sup>

---

ABRIL 2006

Título: Uso e Abuso do Contrato de Prestação de Serviços  
A presunção de laborabilidade do art.º 12.º do Código do Trabalho

Autor: Dr. Ricardo Gonçalves de Oliveira  
Advogado

Data de Publicação: Julho de 2007

Classificação: Direito do Trabalho

Edição: Verbo Jurídico ® - [www.verbojuridico.pt](http://www.verbojuridico.pt) | [.eu](http://.eu) | [.net](http://.net) | [.org](http://.org) | [.com](http://.com).

Nota Legal: Respeite os direitos de autor. É permitida a reprodução exclusivamente para fins pessoais ou académicos. É proibida a reprodução ou difusão com efeitos comerciais, assim como a eliminação da formatação, das referências à autoria e publicação. Exceptua-se a transcrição de curtas passagens, desde que mencionado o título da obra, o nome do autor e da referência de publicação.



Ficheiro formatado para ser amigo do ambiente. Se precisar de imprimir este documento, sugerimos que o efective frente e verso, assim reduzindo a metade o número de folhas, com benefício para o ambiente. Imprima em primeiro as páginas pares invertendo a ordem de impressão (do fim para o princípio). Após, insira novamente as folhas impressas na impressora e imprima as páginas ímpares pela ordem normal (princípio para o fim).

## Introdução

A qualificação contratual sempre foi um tema de eleição da doutrina, nomeadamente a delimitação dos contratos.

Se em termos teóricos a maior parte das vezes não há qualquer dificuldade na delimitação das fronteiras, na prática a delimitação precisa é muito difícil. Tal deve-se ao facto de a realidade ser sempre muito mais rica do que letra de qualquer preceito que o legislador prescreva, mas também ao facto de a mente humana ser extremamente imaginativa e não estar parada num dado momento histórico-social, tal como acontece com a letra das prescrições legislativas.

Se é verdade que estes factos colocam sérias dificuldades ao direito prescrito, também temos que reconhecer que se não fosse a capacidade de evolução que se reconhece ao ser humano, a capacidade de ir mais longe, o direito ia ser um dado, não ia evoluir. O direito evolui para se adaptar à constante evolução do ser humano.

No que se refere à delimitação do contrato de trabalho do contrato de prestação serviços é necessário referir que muito se tem escrito e discutido. Se é verdade que por um lado isso significa que não falta doutrina escrita sobre o assunto, por outro lado, é sinal que ainda não se alcançou um resposta consensual que possa, com precisão, delimitar os contratos em questão.

Já em 1959, GALVÃO TELLES<sup>1</sup> se debruçava sobre as dificuldades na delimitação do contrato de trabalho dos contratos afins. Desde então, muito mais se tem escrito e muito mais se vai escrever.

Estamos cientes das nossas limitações e não somos ingénuos ao pensar que com o nosso contributo o problema da delimitação vai ficar resolvido. Apenas pretendemos fazer o ponto de situação da doutrina sobre o assunto, bem como chamar à colação a jurisprudência mais relevante.

Para isso, vamos tentar delimitar o contrato de trabalho dos contratos afins, nomeadamente do contrato de prestação de serviços em sentido amplo, focando os vários elementos do contrato de trabalho. Numa segunda fase vamos focar a nossa atenção sobre a

---

<sup>1</sup> GALVÃO TELLES, “*Contratos Cívís*” (Projecto completo de um título do futuro código civil português e respectiva exposição de motivos), In. BMJ – Boletim do Ministério da Justiça, n.º 83, Fevereiro – 1959, pp. 114-176.

presunção de laboralidade instituída pelo legislador português no art. 12.º do CT. Por fim, vamos, humildemente, deixar o nosso contributo sobre como, a nosso ver, deverá ser feita a delimitação do contrato de trabalho dos demais contratos.

## **A delimitação**

### ***O contrato de trabalho***

Nos termos do art. 10.º CT, o contrato de trabalho é “*aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante remuneração, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, sob a autoridade e direcção destas*”<sup>2</sup>.

Desta noção resulta a existência de três elementos fundamentais para a existência de contrato de trabalho: a actividade laboral, a retribuição e a colocação do trabalhador sob a autoridade e direcção do empregador, ou seja a subordinação jurídica.

No que respeita à actividade prestada pelo trabalhador, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO qualifica a actividade do trabalhador como uma prestação de facto positiva (do ponto de vista da qualificação jurídica) que exige uma actuação positiva do trabalhador (do ponto de vista do cumprimento), sendo uma actividade hetero-determinada (do ponto de vista do conteúdo). Já JORGE LEITE precisa que “*qualquer actividade do trabalhador pode constituir o objecto do contrato de trabalho*”<sup>3</sup>, constituindo a obrigação do trabalhador, normalmente, no exercício de uma actividade, não abrangendo o resultado da actividade nem o fim prosseguido pelo empregador.

Quanto à retribuição, esta tem como notas essenciais, tratar-se de uma prestação de *dare* (do ponto de vista da qualificação jurídica) e ser a contrapartida de actividade laboral (do ponto de vista da sua extensão), podendo esta ser fixa, variável ou fixa numa parte e variável noutra.

Por último, no que respeita à subordinação jurídica é necessário referir que este elemento põe em evidência o binómio subjectivo desigual que caracteriza o vínculo laboral,

---

<sup>2</sup> A definição constante do art. 1152.º do CC é ligeiramente diferente da constante do CT: “Contrato de Trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante remuneração, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob autoridade e direcção desta”. Para uma análise das diferenças entre as duas noções consultar MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, In. Direito do Trabalho Parte II – Situações Laborais Individuais, Almedina, 2006, pp. 15-18.

<sup>3</sup> É claro que o contrato de trabalho só será válido face à Ordem Jurídica se não violar os requisitos de cuja verificação fica dependente a validade dos contratos, previstos no art. 280.º e 398.º/2 do CC e 117.º do CT.

focando o estado de sujeição pessoal do trabalhador perante o empregador, que se manifesta no dever de obediência às instruções e ordens, mas também na sujeição do trabalhador ao poder disciplinar do empregador<sup>4</sup>. À subordinação jurídica do trabalhador corresponde, no lado activo, a posição de supremacia jurídica do empregador. É claro que a subordinação jurídica do trabalhador tem limites. O poder de supremacia do empregador está limitado pelo contrato celebrado, pelas normas legais e convencionais previstas na legislação aplicável e pelos direitos, liberdades e garantias que são assegurados a todos os indivíduos.

No entanto, é necessário referir que estes elementos podem não estar sempre presentes ou podem estar presentes outros elementos não referidos. Por outro lado, estes elementos têm um peso desigual na caracterização do contrato de trabalho. É que ao delimitar o contrato de trabalho e os seus elementos principais tivemos como referência o contrato de trabalho típico, ou seja, aquele em que a actividade do trabalhador é realizada nas instalações disponibilizadas pelo empregador, durante um horário pré-definido e sujeito às ordens e instruções do empregador, nomeadamente no que respeita ao modo de realização da actividade a que o trabalhador está vinculado. Ora, nos dias de hoje, e como vai ser melhor analisado à frente, o comum contrato de trabalho está a perder a sua importância em resultado da flexibilização e adaptação do mesmo às diferentes realidades laborais.

---

<sup>4</sup> Para uma análise aprofundada dos elementos do contrato de trabalho, ver MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, cit., pp. 19-44 ss. e JORGE LEITE, In. Direito do Trabalho, Serviços de Acção Social da UC, Coimbra, Vol. II, 2004, pp. 29-33.

### *O contrato de prestação de serviços*

Nos termos do art. 1154.º do CC, o contrato de prestação de serviços “*é aquele pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição*”.

O contrato de prestação e serviços pode apresentar várias modalidades. Pode-se tratar de um contrato de mandato (definido no art. 1157.º do CC como o “*contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar a outra um ou mais actos jurídicos por conta da outra*”), de depósito (art. 1185.º do CC, que define o contrato de depósito como sendo aquele mediante o qual “*uma das partes entrega à outra uma coisa, móvel ou imóvel, para que a guarde, e a restitua quando for exigida*”), de empreitada (art. 1207.º do CC, que consagra o contrato de empreitada como aquele pelo qual “*uma das partes se obriga em relação à outra a realizar certa obra, mediante um preço*”), de avença<sup>5</sup> e de agência<sup>6</sup> (contrato no qual o agente se compromete a promover, por conta da outra parte, a celebração de contratos, de forma autónoma e estável e mediante retribuição).

No nosso trabalho vamos ter como referência o contrato de prestação de serviços em sentido amplo. Não nos vamos referir especificamente às particularidades da cada modalidade do contrato de prestação de serviços. Esta nossa posição deve-se ao facto de as maiores dificuldades se sentirem perante o contrato de prestação de serviços em sentido amplo. Configura-se a tarefa em questão mais fácil quando conseguirmos subsumir o contrato em análise a uma das modalidades do contrato de prestação de serviços.

Comparando a noção do contrato de prestação de serviços, do art. 1154.º do CC, com a referente ao contrato de trabalho, do art. 10.º do CT, chegamos à conclusão que a principal diferença reside no facto de o contrato de trabalho ter como objecto uma actividade e o contrato de prestação de serviços ter como objecto o resultado do trabalho intelectual ou manual.

Em segundo lugar, no contrato de prestação de serviços o trabalhador não está numa posição de subordinação jurídica face ao empregador. Neste tipo contratual o trabalhador goza de autonomia não só na determinação da sua actividade, mas também na determinação dos moldes em que vai realizar a actividade de onde vai surgir o resultado a que se obrigou perante o empregador.

Por último, o contrato de trabalho é necessariamente oneroso. Pelo contrário, o contrato de prestação de serviços pode ser oneroso ou gratuito, como resulta da sua definição.

---

<sup>5</sup> Modalidade do contrato de mandato o de empreitada, consoante tenha por objecto a prática de actos jurídicos ou de actos materiais. Ver MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, cit., pp. 55.

<sup>6</sup> Art. 1.º/1 do DL n.º 178/86, de 3 de Julho, com a redacção dada pelo DL n.º 118/93, de 13 de Abril.

Em suma, o contrato de prestação de serviços distingue-se do contrato de trabalho essencialmente por três notas: o **objecto contratual** (no contrato de trabalho, a actividade em si considerada e no contrato de prestação de serviços o resultado de determinada actividade) a existência de **subordinação jurídica** no contrato de trabalho a que corresponde a autonomia no contrato de prestação de serviços e existência de **retribuição** no contrato de trabalho a que corresponde a possibilidade de gratuidade do contrato de prestação de serviços.

NÚMERO DE PESSOAS AO SERVIÇO COM CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS OU A RECIBOS VERDES, POR ACTIVIDADE ECONÓMICA (SECÇÃO), SEGUNDO O SEXO - EM 30 DE JUNHO DE 2004			
Continente	Milhares		
CAE-REV2 (SECÇÃO)	TOTAL	H	M
TOTAL	68,0	39,5	28,6
B Pesca	0	0	0
C Indústrias Extractivas	0	0	0
D Indústrias Transformadoras	6,3	4,9	1,4
E Produção e Distrib. de Elect., Gás e Água	0	0	0
F Construção	3,3	2,9	0
G Com.Grosso e Retalho; Rep. de Veic. Aut.	6,0	5,2	0,9
H Alojamento e Restauração	1,0	0,6	0
I Transportes, Armazenagem e Comun.	0,9	0,7	0
J Actividades Financeiras	0	0	0
K Actividades Imob., Alug. e Serv. Pr. as Emp.	11,3	7,1	4,2
M Educação	12,1	6,0	6,0
N Saúde e Acção Social	22,2	8,4	13,8
O Outras Actividades de Ser. Col. Soc. e Pes.	4,5	3,2	1,2

Fonte: Emprego no sector estruturado; 1.º e 2.º Trimestres de 2004. Quadro 35.2

### *As dificuldades na delimitação dos contratos*

Tendo determinado o que entender por contrato de trabalho e por contrato de prestação de serviços, poderíamos ser levados a considerar que não se levantam problemas de maior na determinação do contrato efectivamente celebrado pelas partes.

No entanto, apesar de no plano teórico haver uma diferença clara, na prática, a distinção nem sempre é óbvia.

As dificuldades devem-se ao facto de na definição do contrato de trabalho termos tido como referência o clássico contrato de trabalho, cuja actividade era exercida na empresa do empregador ou em lugar por este disponibilizado, com instrumentos de trabalho também fornecidos pelo empregador e sob autoridade e direcção deste, que assumia os riscos inerentes à actividade levada a cabo pelo trabalhador.

Ora este modelo de trabalho tem sido flexibilizado de forma a se adaptar às reais necessidades do empregador, de tal modo que o clássico modelo de prestação de trabalho está a perder o seu relevo no panorama laboral português.

Para mais, a existência de profissões que gozam de uma determinada autonomia no seu exercício, p. ex. a de vendedor, ou cuja actividade é susceptível de vários níveis de subordinação, a existência de profissões que tanto podem ser prosseguidas através do regime do contrato de trabalho ou do regime do contrato de prestação de serviços, tal como a profissão de Médico ou de Advogado, e a possibilidade de a actividade ser exercida no domicílio do trabalhador colocam sérias dificuldades na delimitação rigorosa destes contratos, a tal ponto que em determinadas situações é totalmente viável que a mesma situação possa ser prosseguida de forma lícita através do contrato de trabalho ou de contrato de prestação de serviços.

De seguida vamo-nos ocupar da delimitação tão precisa quanto possível do contrato de trabalho face ao contrato de prestação de serviços, focando com algum detalhe os vários indícios de autonomia ou de subordinação, o relevo a atribuir à qualificação jurídica atribuída pelas partes e a (in)existência de presunção de contrato de trabalho.

## **Os elementos do contrato de trabalho**

Como referimos, o contrato de trabalho tem três elementos essenciais que o distingue dos restantes contratos, nomeadamente do contrato de prestação de serviços: a actividade, a retribuição e a subordinação jurídica.

### **A actividade**

Objecto do contrato de trabalho é a actividade continuada ou, noutra formulação, no contrato de trabalho coloca-se à disposição do empregador a “força de trabalho ou a energia do trabalhador”, pelo contrário o contrato de prestação de serviços tem como objecto determinado resultado de uma actividade.

A distinção do contrato de trabalho do contrato de prestação de serviços através deste elemento, melhor a partir do binómio actividade vs resultado, tem sido focada pela doutrina bem como pela jurisprudência.

Sobre este assunto GALVÃO TELLES<sup>7</sup> refere, de forma muito explícita que no contrato de trabalho “*promete-se a actividade na sua raiz, como processo ou instrumento posto dentro dos limites mais ou menos largos à disposição da outra parte para a realização dos seus fins; não se promete este ou aquele efeito a alcançar mediante o emprego de esforço, como a transformação ou o transporte de uma coisa, o tratamento de um doente, a condução de um litigio judicial*”, mas logo à frente o autor afirma “*Mas como se pode verdadeiramente saber se se promete o trabalho ou o seu resultado? Todo o trabalho conduz a algum resultado e este não existe sem aquele. O único critério legítimo está em averiguar se a actividade é ou não prestada sob a direcção da pessoa a quem ela aproveita, que dela é credora. Em caso afirmativo promete-se o trabalho em si, porque à outra parte competirá, ainda que porventura em termos bastante ténues, dirigi-lo, encaminhando-o para a consecução dos resultados que se propõe. O trabalho integra-se na organização da entidade patronal, é um elemento ao serviço dos seus fins, um factor de produção quando se trate de uma empresa económica. Na outra hipótese promete-se o resultado do trabalho, porque é o prestador que, livre de toda a direcção alheia sobre o modo de realização da actividade como meio, a oriente por si, de maneira a alcançar os fins esperados*”

Contudo a impossibilidade de desligar a actividade do resultado, na medida em que ao credor do serviço, no âmbito do contrato de prestação de serviços, não é indiferente os meios utilizados para alcançar o resultado, bem como, no âmbito do contrato de trabalho, não é indiferente ao empregador o resultado da actividade convencionada, leva-nos a concluir que a delimitação dos contratos através deste critério deve ser analisado, não através da relevo determinante de um elemento ou de outro, mas sim através de um critério de mera prevalência<sup>8</sup>.

Para mais, na própria configuração do contrato de trabalho, o resultado da actividade é relevado em determinadas circunstâncias: a possibilidade de a retribuição ser calculada tendo em consideração os resultados alcançados, prémios de produtividade, entre outros.

Assim, o facto de atribuirmos à actividade em si considerada como elemento decisivo na delimitação do contrato de trabalho, não significa a irrelevância do resultado a alcançar.

---

<sup>7</sup> GALVÃO TELLES, In. “Contratos Cívicos”, BMJ n.º 83 – Fevereiro de 1959, p. 165.

<sup>8</sup> Neste sentido, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, cit., p. 21.

## A retribuição

A onerosidade é característica essencial da maior parte dos contratos, daí a escassa eficácia selectiva e delimitadora deste elemento para a delimitação do contrato de trabalho face ao contrato de prestação de serviços.

No entanto, mesmo que não se deva atribuir a este elemento uma importância crucial na delimitação dos contratos aqui em análise, sempre se tem que referir que este elemento tem, na prática, relevo essencialmente por via negativa.

Quando se enunciou a definição de contrato de trabalho, constante do art. 10.º do CT, vimos que estamos perante um contrato de trabalho quando “*uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas*”. Ou seja, e como já frisámos, a onerosidade é elemento essencial do contrato de trabalho sendo a contrapartida da actividade prestada.

Pelo contrário, no contrato de prestação de serviços uma pessoa obriga-se a proporcionar a outra certo resultado da sua actividade, com ou sem retribuição.

Disto resulta que enquanto o contrato de trabalho é necessariamente oneroso, em que a remuneração da actividade prestada é elemento vital para estarmos face a um contrato de trabalho válido face ao Ordenamento Jurídico, no contrato de prestação de serviços, este elemento pode não estar presente, sendo totalmente válido um contrato de prestação de serviços gratuito ou cuja contrapartida do resultado prestado não passa pela estipulação contratual de uma retribuição<sup>9</sup>.

Por outro lado, o elemento da retribuição como factor de distinção de outras figuras é relevado pela doutrina a partir do modo como é calculada a retribuição.

O modo de cálculo da retribuição no contrato de trabalho e no contrato de prestação de serviços é feita com base em critérios diferentes<sup>10</sup>: enquanto que no contrato de prestação de serviços a retribuição é calculada essencialmente em função do resultado atingido (p. ex. à peça,

---

<sup>9</sup> Não basta a estipulação contratual de uma qualquer contrapartida patrimonial para que se reconheça imediatamente o carácter oneroso do contrato, na medida em que tal não preenche, por si só, o requisito da onerosidade. Para que este requisito seja preenchido é necessário que a contrapartida estipulada “obedeça às características do conceito de retribuição laboral”. Sobre este elemento e o seu contributo para a distinção do contrato de trabalho do contrato de prestação de serviços ver JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, In. Direito dos Contratos, *As fronteiras juslaborais e a (falsa) presunção de laboralidade do art. 12.º do Código do Trabalho*, pp. 345-354.

<sup>10</sup> Cfr. MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, cit., pp. 23-24.

por doente ou por litígio), no contrato de trabalho a retribuição é calculada essencialmente tendo em consideração o tempo despendido<sup>11</sup>.

Em suma, a retribuição pode configurar um elemento de distinção entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviços, no entanto a sua maior utilidade advém por via negativa, sendo indício seguro que as partes pretenderam a exclusão do regime do contrato de trabalho quando se convence a gratuitidade ou não se preveja contratualmente a retribuição como contrapartida da prestação do trabalhador.

### **A subordinação jurídica**

Na distinção entre contrato de trabalho e contrato de prestação de serviços, a generalidade da doutrina e da jurisprudência, apesar de terem em consideração os demais elementos, colocam o acento tónico na subordinação jurídica como critério base de distinção.

No entanto, a doutrina não é unânime na valorização do conceito de subordinação jurídica. JULIO MANUEL VIEIRA GOMES entende que o conceito de subordinação jurídica é uma abstracção a que a doutrina e a jurisprudência recorreram para delimitar o contrato de trabalho dos contratos afins. Nas palavras do Autor: “*A subordinação foi uma abstracção, uma fórmula mágica, mas oca, ou, pelo menos, suficientemente elástica, para proporcionar uma aparência de justificação a uma decisão de política jurídica subjacente, decisão essa que hoje é cada vez mais difícil de sustentar.*”<sup>12</sup>

Não partilhamos o raciocínio do Autor. Entendemos que o conceito de subordinação jurídica, além de muito útil para a delimitação do contratos, não é uma abstracção e que não se trata de “*uma fórmula mágica, mas oca*”.

Para podermos afirmar que existe subordinação jurídica basta haver a possibilidade de o empregador dar ordens, mesmo que seja só quanto a aspectos da actividade laboral, i.e., é necessário que o trabalhador se encontre sob a autoridade do empregador ainda que só no que respeita à execução da actividade convencionada.

---

<sup>11</sup> No entanto, na retribuição no contrato de trabalho pode relevar o resultado alcançado, p. ex. através da fixação de uma retribuição variável em que parte da mesma é fixa e calculada em função do tempo despendido e outra parte é calculada em função do resultado atingido. Este método pode configurar um prémio de produtividade.

<sup>12</sup> JULIO MANUEL VIEIRA GOMES, In. Direito do Trabalho, Volume I – Relações Individuais de Trabalho, Coimbra Editora, 2007, pp. 111-139.

Na jurisprudência, destaca-se o acórdão do STJ<sup>13</sup>, que consagra de forma clara que “*O elemento essencial do contrato de trabalho consiste na subordinação jurídica, que se caracteriza quando a entidade patronal possa de algum modo orientar a actividade do trabalhador. Provando-se que o trabalhador exerce a sua actividade sob as ordens, direcção e fiscalização da entidade patronal, caracteriza-se um contrato de trabalho*”.

Mas se o elemento da subordinação é o mais importante na delimitação do contrato de trabalho dos restantes contratos, também é verdade que é o elemento que mais dificuldade acarreta na sua configuração.

Seguindo JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO<sup>14</sup>, as dificuldades na aplicabilidade do conceito resultam de múltiplos factores. Em primeiro lugar, “*a subordinação não é um pressuposto da relação, mas antes um efeito do contrato, a consequência de uma vinculação negocial que a implica*”. Por outro lado, a “*existência e subsistência do poder de autoridade e direcção não está dependente do seu exercício de facto*”, ou seja, existe subordinação jurídica desde que em abstracto haja a possibilidade de o empregador dar ordens e instruções ao trabalhador, mesmo que em concreto o empregador não faça uso do poder de que dispõe. Por último, o conceito de subordinação não é um elemento de conteúdo fixo, o que dificulta a sua delimitação precisa.

Há dois métodos de distinção<sup>15</sup>: o método tipológico e o método indiciário. A generalidade da doutrina dá mais relevo ao método indiciário, no entanto convém referir em que consistem ambos os métodos.

PEDRO ROMANO MARTINEZ entende que no método tipológico “*cabe indagar dos elementos do tipo negocial do contrato de trabalho ou dos negócios jurídicos em que a prestação é desenvolvida com autonomia*”. Este método ao partir de enunciação de características fixas, rígidas, exige a verificação cumulativa de todas elas. O que dificilmente na prática acontece. Assim, a utilização do método tipológico na delimitação do contrato de prestação de serviços deve circunscrever-se à delimitação dos elementos essenciais do contrato de trabalho, não se afigurando um método seguro para proceder à delimitação.

Pelo contrário, no método indiciário<sup>16</sup> “*importa indagar da existência de indícios de subordinação jurídica*”<sup>17</sup>. Se a verificação de todos ou de parte significativa destes indícios numa

<sup>13</sup> Acórdão do STJ de 14/10/1998, com o n.º 99S030. Ver neste sentido também acórdão do TRL de 14/10/1998, com o n.º 004424.

<sup>14</sup> Cfr. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, cit., p. 355.

<sup>15</sup> Parte da doutrina refere ainda o *método tipológico puro*. De acordo com este método, não existem elementos essenciais, pois o que releva é a similitude entre a situação *sub judice* e o tipo normativo. Ver JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, cit., p. 361.

<sup>16</sup> Sobre a utilização do método indiciário pela jurisprudência ver o acórdão do STJ de 08/02/2006, com o n.º 05S3485.

<sup>17</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ, In. Trabalho Subordinado e Trabalho Autónomo, Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, Vol. I, Almedina, p. 287.

situação concreta permitir concluir pela subordinação do trabalhador, estando os restantes elementos essenciais do contrato de trabalho também presentes, estaremos perante um contrato de trabalho.

Indícios de qualificação são, assim, as características que normalmente estão presentes num contrato de trabalho. Não possuem um valor rígido, apenas apontam num determinado sentido na qualificação.

### ***Os indícios de contrato de trabalho***

Não há uma “lista pré-definida” de indícios de contrato de trabalho. Numa análise à doutrina relevante e à jurisprudência<sup>18</sup>, facilmente damos conta de o número de indícios a ter em consideração bem como a relevância a atribuir a determinados indícios diverge de autor para autor.

Apesar de, como se disse não haver uma lista rígida de índices de subordinação é comum a jurisprudência atribuir maior relevância a alguns elementos que a seguir serão analisados. Neste sentido é paradigmático o acórdão do STJ de 17/02/1994, com o n.º 003820, no qual se lê “*Assumem especial relevância, como índices da existência de subordinação jurídica, os que respeitam ao “momento organizatório da subordinação”, tais como:*

- a) *A vinculação a horário de trabalho estabelecido pela pessoa a quem se presta a actividade;*
- b) *O local da prestação do trabalho nas instalações do empregador ou em local por este designado;*
- c) *A existência de controlo externo do modo de prestação da actividade;*
- d) *A obediência a ordens e a sujeição à disciplina da empresa;*
- e) *A modalidade da retribuição – existência de uma retribuição certa, à hora, ao dia, à semana ou ao mês;*
- f) *A propriedade dos instrumentos de trabalho pelo empregador;*
- g) *A exclusividade da actividade laborativa em benefício de uma só entidade.”*

---

<sup>18</sup> A propósito ver p. ex. o acórdão do STJ de 08/02/2006, com o n.º 05S3485, acórdão do STJ de 18/06/2003, com o n.º 02S3385, acórdão do STJ de 20/11/2002, com o n.º 03S796, acórdão do STJ de 18/02/2002, com o n.º 02S3503, acórdão do STJ de 26/10/1998, com o n.º 99S097, acórdão do STJ de 17/02/1994, com o n.º 003820, acórdão do STJ de 13/06/1991, com o n.º 002980, acórdão do STJ de 27/02/1991, com o n.º 002707, acórdão do TRL de 09/10/1991, com o n.º 0068644, acórdão do TRP de 15/09/2003, com o n.º 0313406, entre muitos outros.

Sem pretender ser exaustivo, vamos tentar indicar os indícios a que a doutrina atribui mais relevo, bem como aos que a jurisprudência mais foca.

### **O horário de trabalho**

A vinculação do trabalhador a um horário pré-estipulado é um indício de grande relevo em como o contrato efectivamente celebrado foi um contrato de trabalho.

Na medida em que no contrato de trabalho o objecto é a actividade em si considerada e não o resultado a alcançar, tem relevo o período durante o qual o trabalhador deve colocar ao dispor do empregador a sua força de trabalho, a sua energia.

Com isto não pretendemos que se conclua que a vinculação do trabalhador a um horário de trabalho é elemento essencial para se estar perante um contrato de trabalho. Acontece, na prática, a existência, incontestável, de contrato de trabalho sem que se convencie um horário de trabalho (p. ex. trabalhador com isenção de horário de trabalho, art. 177.º e ss. do CT).

### **Exercício da actividade nas instalações ou em local fixado pelo empregador**

O exercício da actividade do trabalhador em instalações disponibilizadas pelo empregador é outro indício em como o contrato efectivamente celebrado foi o contrato de trabalho.

No entanto, também este critério não tem um relevo decisivo. O trabalhador pode ter celebrado um contrato de trabalho válido e exercer a sua actividade em local disponibilizado pelo próprio trabalhador ou mesmo no próprio domicílio, p. ex. através da figura do teletrabalho (art. 233.º e ss. do CT), sem que se coloque em causa a validade do contrato celebrado.

### **Propriedade dos equipamentos e instrumentos de trabalho**

A propriedade do trabalhador dos equipamentos e instrumentos de trabalho é um índice de grande relevo na qualificação de determinado contrato como de trabalho ou de contrato de prestação de serviços.

Este é um dos índices, de acordo com JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO<sup>19</sup>, “*em que as particularidades mais contam, fazendo diferenciar significativamente o seu valor sintomático. Há que relacionar a natureza do bem com a natureza da actividade, e ponderar o seu custo, a sua mobilidade, o seu peso específico no conjunto dos factores de produção, entre outras circunstâncias*”.

### **Pessoalidade da prestação**

Consideramos este índice de uma enorme importância. Como referimos, a subordinação jurídica consiste no poder que o empregador tem de, em abstracto, dar ordens e instruções sobre o modo como a prestação deve ser realizada.

Ora, se o trabalhador pode socorrer de auxiliares e de colaboradores ou até substituir-se<sup>20</sup> por outrem na prestação da actividade, tal é um índice bastante expressivo no sentido da autonomia.

### **Indeterminação do conteúdo da actividade**

O contrato de prestação de serviços tem como objecto certo resultado a alcançar. Daí se poder concluir que quanto mais definida estiver a prestação a realizar ou o resultado a alcançar, mais seguro se afigura estarmos perante um contrato de prestação de serviços.

Pelo contrário, no âmbito de um contrato de trabalho está inerente uma certa indeterminação da actividade a prestar. Claro que essa indeterminação nunca é absoluta, mas há uma certa margem, cuja amplitude varia de caso para caso. Daí o trabalhador, no âmbito de um contrato de trabalho, vincular-se a uma actividade, mais ou menos definida, mas não a determinado resultado.

---

<sup>19</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, cit., p. 364.

<sup>20</sup> Quanto à substituição é necessário fazer a distinção entre os casos em que os trabalhadores substitutos estão também integrados na estrutura organizativa do empregador e deste modo sujeitos ao poder do empregador, daquelas situações em que o substituto é estranho a essa organização. Só nesta última situação se pode dizer que o valor indiciário no sentido da autonomia é mais forte.

Correlacionado com este indício está a sujeição do trabalhador a ordens directas do empregador<sup>21</sup> (neste caso estaremos perante um contrato de trabalho), ou a sujeição do trabalhador a simples instruções genéricas (neste caso estaremos perante um contrato de prestação de serviços).

### **Exclusividade da ocupação**

Este indício é relativamente importante na determinação do tipo contratual em causa.

O trabalhador, no âmbito do contrato de trabalho, está vinculado a determinados deveres alguns dos quais impeditivos da prestação de actividade a outra entidade patronal. Deste modo, dispõe o art. 121.º/1 – e) do CT que o trabalhador deve “*guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios*”. Este dever, normalmente enunciado como dever de lealdade e de segredo impede o trabalhador de prestar a sua actividade a outrem em determinadas circunstâncias.

Pelo contrário, no âmbito do contrato de prestação de serviços, o trabalhador pode colocar ao dispor de outrem o resultado da sua actividade. É claro que o trabalhador continua vinculado ao dever geral de actuação de boa fé e não deve com a sua actuação prejudicar outrem, mas tem sempre uma maior liberdade na conformação da sua actividade.

Pelo dito, facilmente se percebe que a utilidade deste critério na distinção entre os contratos em causa actua essencialmente por via negativa: se o trabalhador disponibilizar os resultados do seu trabalho a mais que um empregador, então é relativamente seguro estarmos perante um contrato de prestação de serviços e não perante um contrato de trabalho.

### **Tipo de remuneração**

O trabalhador, no âmbito de um contrato de trabalho, recebe uma retribuição, normalmente fixa ou tendencialmente fixa. Com isto não pretendemos que se conclua que no contrato de trabalho a remuneração é sempre fixa.

---

<sup>21</sup> O art. 121.º/1 – d) do CT estipula que o trabalhador deve “*cumprir as ordens e instruções do empregador em tudo o que respeite à execução e disciplina do trabalho, salvo na medida em que se mostrem contrárias aos seus direitos e garantias.*”

Sobre este ponto, consagra o art. 251.º do CT que “A retribuição pode ser certa, variável ou mista, isto é, constituída por uma parte certa e outra variável”. Para concretizar melhor, consagra o art. 252.º/1 do CT que “É certa a retribuição calculada em função do tempo de trabalho”.

Assim, concluímos que não há qualquer incompatibilidade entre o contrato de trabalho e variações de retribuição, normalmente em função dos resultados alcançados<sup>22</sup> (prémio de produtividade ou através da figura da retribuição mista, prevista no art. 253.º do CT<sup>23</sup>).

Pelo contrário, no âmbito do contrato de prestação de serviços, a retribuição é calculada tendo sempre em consideração os resultados alcançados, não em função do tempo. Daí tratar-se de uma retribuição fixa ou tendencialmente fixa<sup>24</sup>.

### **A qualificação atribuída pelas partes ao contrato**

O *nomen iuris* ou a qualificação contratual atribuída a um contrato é sempre um dos elementos a ter em consideração na determinação do tipo contratual em causa.

No entanto, este critério é muito frágil, na medida em que, muitas vezes, o empregador tem o interesse em criar uma falsa aparência de autonomia. Deste modo, deve-se sempre duvidar da qualificação contratual das partes e controlar se o tipo contratual celebrado corresponde ao contrato efectivamente executado. De acordo com a orientação dominante, na determinação do tipo contratual efectivamente celebrado deve-se relevar as “*reais condições de execução do contrato e não apenas como ela foi prometida*”<sup>25</sup>.

O art. 405.º do CC consagra que “*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*”. Nisto consiste o princípio da liberdade contratual. O que as partes estão proibidas é de atribuir o *nomen iuris* a um contrato quando

---

<sup>22</sup> Cada vez mais frequentemente, os empregadores recorrem a formas que premeiem a produtividade dos trabalhadores. Parte da retribuição é certa, calculada através de critérios pré-estabelecidos, tais como a categoria profissional e a antiguidade e parte da retribuição é variável, calculada por critérios de produtividade.

<sup>23</sup> Diz o art. 253.º/1 do CT “*O empregador deve procurar orientar a retribuição dos seus trabalhadores no sentido de incentivar a elevação de níveis de produtividade à medida que lhe for sendo possível estabelecer, para além do simples rendimento de trabalho, bases satisfatórias para a definição de produtividade.*”

<sup>24</sup> Em rigor, temos dúvidas que o próprio conceito de retribuição se adapte na perfeição ao contrato de prestação de serviços. É que a figura da retribuição acentua a ideia de remuneração em função da actividade prestada e de uma certa estabilidade e continuidade. Ora, no âmbito do contrato de prestação de serviços, a remuneração é calculada em função dos resultados e não há a ideia de estabilidade e continuidade. Daí preferirmos falar, no âmbito do contrato de prestação de serviços, de preço, remuneração ou de contrapartida do fim alcançado, mas reservando a figura da retribuição para o contrato de trabalho.

<sup>25</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, cit., p. 365.

pretenderam celebrar outro diferente<sup>26</sup>, recorrendo a expedientes simulatórios para dar a falsa imagem de ter sido celebrado um contrato de prestação de serviços quando as partes, na realidade, pretenderam a celebração de um contrato de trabalho. Neste sentido, o art. 240.º CC<sup>27</sup> comina com a sanção da nulidade o contrato simulado<sup>28</sup>, sendo, no entanto, que o art. 241.º CC, estabelece a validade do negócio dissimulado, quando sob a aparência do negócio simulado estiver um negócio válido face ao Ordenamento Jurídico Português.<sup>29</sup>

“*Os contratos são o que são, não o que as partes dizem que são*”<sup>30</sup>. Ou seja a realidade tem primazia sobre a qualificação jurídica do contrato pelas partes.

Liberdade não se confunde com manipulação<sup>31</sup>.

De referir, que apesar de doutrinamente<sup>32</sup> não haver grandes divergências, na jurisprudência existem algumas posições mais extremadas, que a nosso ver não se podem considerar muito acertadas<sup>33</sup>.

Entendemos que o *nomen iuris* atribuído pelas partes tem alguma relevância em casos fronteira, casos que se situam na zona cinzenta em que não é muito claro se as partes pretenderam celebrar um contrato de trabalho ou um contrato de prestação de serviços. Nessas situações a qualificação jurídica do contrato pelas partes deve ser um elemento a considerar. O que não pode

<sup>26</sup> A propósito ver JOÃO LEAL AMADO, *Temas Laborais 2, O contrato de trabalho entre a presunção legal de laboralidade e o presumível desacerto legislativo*, pp. 12: “*Na verdade as partes são livres de concluir o contrato x ou o contrato y, mas já não o são para celebrar o contrato x dizendo que celebraram o contrato y – naquilo, e não nisto, consiste a sua liberdade contratual, entre nós consagrada no art. 405.º do Código Civil.*”

<sup>27</sup> Art. 240.º CC:

“*1. Se por acordo entre declarante e declaratário, e no intuito de enganar terceiros, houver divergência entre a declaração negocial e a vontade real do declarante, o negócio diz-se simulado.*

*2. O negócio simulado é nulo.*”

<sup>28</sup> Sobre regime da simulação, ver CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 1999, pp. 471-488.

<sup>29</sup> Art. 241.º, n.º 1 CC: “*Quando sob o negócio simulado existe um outro que as partes quiseram realizar, é aplicável a este o regime que lhe corresponderia se fosse concluído sem dissimulação, não sendo a sua validade prejudicada pela nulidade do negócio simulado.*”

<sup>30</sup> PEDRO FURTADO MARTINS, “*A crise do contrato de trabalho*”, In. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXXIX, Outubro – Dezembro – 1997, n.º 4.

<sup>31</sup> O próprio legislador reconhece este facto ao estipular no verso dos *recibos verdes* que “*a utilização dos recibos do presente modelo (modelo n.º 6 do IRS) não implica a qualificação do trabalho prestado, como independente, para efeitos de Direito do Trabalho.*”

<sup>32</sup> Para mais esclarecimentos ver JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *cit.*, pp. 365-367, nota 49.

<sup>33</sup> Encontra-se na jurisprudência posições mais extremadas, tanto no sentido de atribuir muita importância à qualificação jurídica atribuída pelas partes – acórdão do STJ de 09/01/2002, com o n.º 01S881, onde se consagra a seguinte jurisprudência “*para a qualificação jurídica de um tipo de contrato é irrelevante a designação que as partes lhe deram...*” – como no sentido de atribuir importância determinante à designação atribuída pelas partes ao contrato celebrado – acórdão do TRP de 19/02/2001 (CJ, ano XXVI, t. I, 253, 2.ª col.) onde se lê que tendo as partes designado o contrato como de contrato de prestação de serviços, “*não é curial admitir que as partes se tenham equivocado quanto ao tipo de contrato por elas pretendido. Tendo elas subscrito um contrato de prestação de serviços é porque essa foi naturalmente a sua vontade, havendo que respeitá-la.*” Entendemos que a posição mais correcta é a expressa no referido acórdão do STJ de 09/01/2002, com o n.º 01S881, onde se refere “*Se é certo que o nomen iuris não vincula as partes e muito menos o tribunal e que é o conteúdo real das relações contratuais, tal como se mostra assumido pelas partes que importa apurar em última análise, não é menos verdade que não se pode retirar toda a relevância à qualificação atribuída aos contratos que as partes celebram, principalmente quando os contraentes são pessoas esclarecidas.*”

ser valorado é a atribuição fraudulenta de um *nomen iuris* a um contrato que não corresponde ao efectivamente celebrado e executado<sup>34</sup>.

### **O gozo, pelo trabalhador, dos direitos reconhecidos pela legislação laboral**

A este indício é de atribuir um carácter ambivalente. Se por um lado, tem um elevado valor indiciário quando perante situações em que o trabalhador goza dos direitos reconhecidos na legislação laboral, já não se pode concluir pelo mesmo valor indiciário quando ao trabalhador não são reconhecidos os direitos reconhecidos na legislação laboral.

Ou seja, o gozo, pelo trabalhador, dos direitos reconhecidos na legislação laboral é um indício de grande peso no sentido da laboralidade do contrato de trabalho. Pelo contrário, já não pode ser reconhecido o mesmo valor indiciário aos casos em que o trabalhador não goza dos direitos reconhecidos pela legislação laboral.

A razão para esta ambivalência deve-se à normal precariedade da situação laboral a que o trabalhador está sujeito. Daí ser normal na maioria dos casos, o problema da qualificação jurídica só se colocar depois de extinto o vínculo laboral por iniciativa do empregador, ou seja, numa situação em que o trabalhador já nada tem a temer.

### ***A subsunção dos indícios ao tipo contratual***

Depois de analisados os vários indícios de laboralidade é necessário reuni-los e formular um juízo conclusivo sobre o tipo contratual em causa.

Se os indícios que apontem para a laboralidade forem mais fortes ou relevantes do que os indícios que apontam para a autonomia, então será de presumir que estamos perante um contrato de trabalho. Se, pelo contrário, os indícios que apontam para a autonomia forem mais fortes, então estaremos perante um contrato de prestação de serviços.

---

<sup>34</sup> Neste sentido ver acórdão do STA de 08/07/1999, com o n.º 042567, acórdão do STJ de 24/05/2006, com o n.º 05S369.

Com isto não pretendemos que se conclua que para decidirmos por um ou outro tipo contratual, tenham que estar presentes todos os indícios. É de lembrar que os indícios referidos têm um valor meramente indicativo, ou seja, é possível que em determinada situação não se encontrem explícitos todos os indícios referidos, como é possível que sejam de valorar outros indícios não referidos.

Assim, para conseguirmos alcançar uma conclusão relativamente segura sobre o tipo contratual em causa, temos que relativizar os vários indícios, contextualizando-os e aferir do seu valor para a determinação do tipo contratual em causa. Nenhum indício deve ter valor absoluto, na medida em que nenhum deve ser determinante para a qualificação, por outro lado, todos devem assumir uma força relativamente qualificante<sup>35</sup>.

### **Algumas propostas alternativas**

A título meramente indicativo vamos ainda fazer uma abordagem, ainda que breve, a algumas alternativas ao método indiciário propostas pela doutrina.

A primeira alternativa proposta consiste na valorização de uma categoria intermédia – a do trabalhador para-subordinado – regida pelo art. 13.º do CT, que tem como epígrafe “Contratos Equiparados”. Trata-se de contratos em que falta a subordinação jurídica, daí não se estar perante um contrato de trabalho, mas o trabalhador encontra-se na dependência económica do empregador, daí o legislador ter equiparado os contratos celebrados ao abrigo do art. 13.º do CT, em certos aspectos, ao contrato de trabalho. Na verdade, trata-se de uma extensão da protecção conferida pelo contrato de trabalho a contratos em que, apesar de não haver subordinação jurídica, as situações são muito semelhantes, merecendo, deste modo, a extensão da protecção em certos aspectos.

Algumas críticas têm sido referidas a esta proposta. Assim, a protecção conferida – direitos de personalidade, igualdade, não discriminação, segurança, higiene e saúde no trabalho – constitui uma garantia básica, muito aquém das reais necessidades protectoras dos trabalhadores, nomeadamente em matéria de estabilidade laboral. É verdade que a enumeração é exemplificativa, mas na ausência de previsão expressa será muito difícil alargar a protecção do trabalhador, na medida em que há uma resistência natural ao alargamento da protecção concedida aos trabalhadores por parte dos empregadores.

---

<sup>35</sup> No mesmo sentido, ver JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, cit., p. 368: “A qualificação tenderá para o trabalho subordinado quando a espécie concreta, ainda que apresentando características conotadas com a autonomia, não reproduzindo, por isso, a imagem plena e mais “rica” da subordinação, seja mais fortemente cunhada pelos índices que para ela apontam, adequando-se-lhe o pensamento valorativo que sustenta a disciplina do contrato de trabalho.”

Outra via proposta pela doutrina consiste em ultrapassar o regime de “tudo ou nada” e estabelecer uma pluralidade de regimes do contrato de trabalho. Seria garantido uma protecção básica, constituída por um núcleo duro de direitos comuns a todos os contratos de trabalho, protecção esta que seria alargada à medida que a subordinação do trabalhador face ao empregador ia aumentando.

Esta proposta, tendo a vantagem de se adequar à diversidade de relações materiais, tem a desvantagem, dificilmente ultrapassável, de se determinar o grau adequado de protecção que deve caber a cada contrato.

Por último, há uma terceira alternativa que consiste na revisão interpretativa do conceito de subordinação jurídica. Duas possibilidades foram propostas, neste âmbito, pela doutrina.

ROLF WANK, propôs, opondo-se à orientação dominante na Alemanha, como critério de delimitação precisa do contrato de trabalho, o conceito de liberdade empresarial. De acordo com este critério, só é autónoma a posição do prestador de trabalho quando ele conservar a possibilidade de obtenção de ganhos como contrapartida da sua assunção de riscos. Ou seja, o trabalhador goza de autonomia se, através da sua actuação no mercado, puder obter lucros como contrapartida dos riscos assumidos<sup>36</sup>.

Trata-se de uma reelaboração do conceito de dependência económica. Se o trabalhador, ao prestar a sua actividade em moldes “fortemente integrativos”, perder a sua liberdade, então estamos perante um contrato de trabalho na medida em que há subordinação.

Segundo outra orientação, por subordinação deveria entender-se a “*integração do trabalhador numa organização colectiva de trabalho concebida por e para outrem*”. O acento da subordinação passaria a estar na hetero-organização.

Também este conceito é alvo de críticas, na medida em que ressalvada a autonomia técnica que deve ser conferida ao trabalhador, este conceito resume-se à inserção funcional do trabalhador numa estrutura organizativa alheia. Para mais, estas formulações dão azo a algumas interpretações ambíguas, dificultando a delimitação precisa do contrato de trabalho, p. ex. é extremamente delicado determinar quando é que as oportunidades ou expectativas de ganho são adequadas face ao risco assumido. Por outro lado, também a falta de uma estrutura organizacional própria ou a exclusividade não parecem ser incompatíveis com o trabalho autónomo.

---

<sup>36</sup> Sobre a interessante proposta de ROLF WANK, ver JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, cit., pp. 383-386 e JULIO MANUEL VIEIRA GOMES, cit., pp. 115-122.

Em suma, nenhuma formulação proposta pela doutrina conseguiu ultrapassar as dificuldades que se colocam na delimitação dos tipos contratuais. As falhas verificam-se não só em termos práticos, quanto à certeza e segurança jurídica, mas também quanto à estrutura dogmática de algumas alternativas.

### **A presunção legal de laboralidade**

Dada a dificuldade enunciada na delimitação do contrato de prestação de serviços do contrato de trabalho e dada a ausência de um critério material seguro para satisfazer esta dificuldade, a doutrina chamou a atenção da possibilidade de utilização do instituto da presunção legal como forma de facilitar a prova de existência de contrato de trabalho, através da inversão do ónus da prova. Argumenta-se que com a introdução de uma presunção a “*desigualdade de poder normalmente existente entre as partes de uma relação laboral, desigualdade que também se manifestaria em matéria de acesso à informação e aos meios de prova*” seria esbatida através da inversão do ónus da prova.

Mas como funcionam as presunções? As presunções ligam dois factos, um conhecido e que terá que ser alvo de prova a partir do qual se deduz um outro facto, cuja prova não se requer. Assim, atribui-se uma relevância probatória ao “facto base”, que ele à partida não possuía, e a partir do qual se infere ou deduz outro facto que se considera provado, enquanto o mesmo não for objecto de prova.

No entanto, mesmo a utilização de uma presunção legal em sede laboral apresenta sérias dificuldades quanto aos fundamentos, aos meios a utilizar e ao fim a alcançar. É que no Direito do Trabalho confluem diferentes interesses, tensões e por vezes, não só pode haver mais que um meio para atingir determinado objectivo, como se podem ter em vista diferentes objectivos.

Assim, a dada altura do panorama político-laboral de determinado país pode haver tensão no sentido de favorecer a subordinação, com o objectivo de fazer face a situações de fraudulenta autonomia; por outro lado, noutra altura pode-se querer favorecer a autonomia, com o objectivo de criar micro-empresas e de incentivar o regime da subcontratação.

Estas diferentes tensões influenciam o tipo de presunção a instituir. Se no Código do Trabalho Português se instituiu uma presunção de laboralidade, de subordinação (art. 12.º do CT), já em França foi instituída uma presunção de não salariado pela Loi Madelin, de 11 de Fevereiro de

1994<sup>37</sup> e em Espanha o *Estatuto de los Trabajadores*, apresenta no art. 8.º/1<sup>38</sup>, uma presunção de laboralidade, que praticamente se limita a repetir a noção de contrato de trabalho, constante do art. 1.º<sup>39</sup> do referido *Estatuto*.

Mesmo em Portugal existem presunções de autonomia, presunções negativas de subordinação, no domínio da Segurança Social<sup>40</sup>.

O tipo de presunção a instituir também pode variar consoante as técnicas utilizadas e os âmbitos de previsão: podem ser de recorte sectorial ou de aplicação horizontal. No domínio da presunção de recorte sectorial a presunção abrange a disciplina especial de determinada profissão. Já no domínio da presunção de aplicação horizontal, a disciplina vai ser determinada em função de algumas características intrínsecas ao vínculo laboral. Neste caso, verificados determinados índices de subordinação, a lei presume a existência de contrato de trabalho, ou vice-versa.

Para que uma presunção cumpra os objectivos para os quais foi criada, não pode ser mantida, como base da presunção, um extenso leque de factos relevantes. Se assim for, estamos perante uma simples transposição para a lei do método indiciário, recorrendo incorrectamente à figura das presunções. É que, nos termos do art. 349.º do CC, “*Presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido.*” Se a base da

<sup>37</sup> “Art. L. 120-3. - Les personnes physiques immatriculées au registre du commerce et des sociétés au répertoire des métiers, au registre des agents commerciaux ou auprès des unions pour le recouvrement des cotisations de sécurité sociale et des allocations familiales pour le recouvrement des cotisations d'allocations familiales sont présumées ne pas être liées par un contrat de travail dans l'exécution de l'activité donnant lieu à cette immatriculation.” Esta presunção foi fortemente criticada pela Doutrina Francesa. Pretendia o legislador favorecer a criação de micro-empresas e o recurso a práticas de subcontratação em clara oposição à tendência expansionista à subordinação. Esta lei teve escassa aplicação prática, tendo sido revogada pela Loi Aubry II. Todavia, a presunção foi restabelecida pela loi n.º 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique.

<sup>38</sup> “Art. 8.º/1 – *Forma del Contrato: El contrato de trabajo se podrá celebrar por escrito o de palabra. Se presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél.*”

<sup>39</sup> “Art. 1.º/1: *La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.*”

<sup>40</sup> Nos termos do art. 5.º/2 do DL n.º 328/93:

“*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.*”

No regime da segurança social são ainda presumidos trabalhadores independentes os trabalhadores intelectuais e os artistas intérpretes ou executantes. Segundo o art. 8.º/1: “*Presumem-se trabalhadores independentes os trabalhadores intelectuais, sendo como tais considerados os autores de obras protegidas nos termos do Código do Direito de Autor, qualquer que seja o género, a forma de expressão e o modo de divulgação e utilização das respectivas obras.*” Já o art. 9.º contém uma lista de actividades onde se presume a autonomia: “*Presumem-se ainda trabalhadores independentes os seguintes artistas intérpretes ou executantes:*

- a) *Os artistas de teatro e de cinema;*
- b) *Os artistas de rádio e de televisão;*
- c) *Os artistas de ópera e de bailado;*
- d) *Os artistas de circo e de variedades, os cançonetistas e os músicos;*
- e) *Os locutores-apresentadores, os declamadores e os imitadores;*
- f) *Os artistas tauromáquicos.*”

presunção for muito ampla, então não é necessário dar o salto lógico que as presunções implicam, isto porque o facto a provar, resulta automaticamente das premissas.

A utilização de uma presunção só terá vantagens para o beneficiário dela, se para se presumir o facto-provando, a lei se bastar com a mera enunciação de alguns (poucos) índices, para que o salto lógico seja perceptível e útil. É necessário não esquecer que a existência de presunção não é garantia última que o facto presumido se verifique na realidade. A presunção apenas inverte o ónus da prova. Sem a existência de uma presunção é o trabalhador que tem de provar todos os elementos necessários à existência de contrato de trabalho, com a existência de presunção, e provados alguns índices, é ao empregador que cabe fazer a prova de inexistência de contrato de trabalho<sup>41</sup>.

Já para o julgador, a existência de uma presunção num ou noutro sentido facilita a complexidade do juízo valorativa a realizar. Segundo JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, *“representa, de certo modo, uma simplificação redutora do método indiciário, na medida em que, como ponto de partida, desconsidera os elementos que não integram a previsão e dispensa uma valoração global dos que a compõem”*.

No entanto, deve-se recorrer ao regime das presunções com a devida cautela, na medida em que se pode estar a consagrar soluções desajustadas à realidade concreta.

É neste panorama que se deve mover uma presunção. Se é verdade que com a indicação extensa dos factos-base ficamos com a garantia de não desadequação à realidade concreta, por outro lado desvirtualizamos a figura das presunções, na medida em que se torna esta uma mera enunciação de indícios. Por outro lado, não podemos ter um leque pouco extenso dos factos-base, sob pena de se presumir algo desajustado à realidade<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Esta será a situação regra. Mas é necessário não excluir a existência de situações em que é o empregador que interessa provar a subordinação e ao trabalhador provar a autonomia.

<sup>42</sup> Foi seguido, pelo legislador alemão, uma via intermédia. Dada a não existência, no direito Germânico, de uma noção de contrato de trabalho, caracterizou-se o conceito de “ocupação”, como conceito delimitador do “trabalho não autónomo”. A caracterização da noção de ocupação foi facilitada com a existência de uma presunção de ocupação. Verificados dois de quatro índices, presumia-se a ocupação. Não parece ser este a técnica a seguir. Na verdade, com a utilização desta técnica deixamos de estar perante um verdadeiro juízo valorativo e passamos a estar perante uma mera operação de contabilidade.

## A situação antes da vigência do CT

A introdução de uma presunção com o objectivo de fazer face à dissimulação das relações de trabalho à muito que vinha sendo tentado pelo legislador português<sup>43</sup>.

No entanto, tal presunção não teve acolhimento pelo nosso legislador nacional.

Daí que antes da entrada em vigor do Código de Trabalho, em matéria de ónus de prova vigorasse o regime regra, nos termos do art. 342.º/1 do CC, segundo o qual “*Àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado*”. Ou seja, se o trabalhador pretendesse invocar a laboralidade do seu contrato, então teria que fazer a prova dos seus elementos: actividade, retribuição e subordinação jurídica<sup>44</sup>. O que, dada a situação de dependência e de subordinação face ao empregador, se revelava uma tarefa de extrema penosidade.

Era ao trabalhador que cabia provar os elementos do contrato de trabalho, se não conseguisse provar tais elementos, então o julgador, de acordo com a repartição do ónus da prova, deveria decidir-se pela não existência do contrato de trabalho. Nesta situação, o empregador estava numa situação privilegiada, na medida que em caso de dúvida, ao julgador caberia decidir a favor deste, i.e., pela não existência de contrato de trabalho.

Nos casos de dúvida, a jurisprudência recorria ao método indiciário com o objectivo de formular um juízo sobre a qualificação do tipo contratual. Ou seja, recorria aos indícios já referidos de forma a formular uma ponderação sobre se no caso concreto se estaria perante um contrato de trabalho ou perante um contrato de prestação de serviços<sup>45</sup>.

Daí não se estranhar que grande número das acções intentadas pelos trabalhadores com o objectivo de ver consagrado o regime da laboralidade do contrato celebrado, apenas o seja depois de cessado o vínculo laboral, i.e., quando o trabalhador já nada tem a temer<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Dispunha o art. 1.º/1 de um diploma apresentado em 25 de Março de 1996: “*Considera-se trabalhador subordinado toda a pessoa que presta a sua actividade em benefício de outra, no âmbito de uma organização dirigida por esta e nas respectivas instalações ou locais de funcionamento.*”

<sup>44</sup> Neste sentido ver acórdão do STJ de 13/06/1991, com o n.º 003318, acórdão do STJ de 31/05/1989, com o n.º 002430.

<sup>45</sup> A propósito ver JOÃO LEAL AMADO, cit., p. 13.

<sup>46</sup> O trabalhador, para fazer valer certos direitos que entende seus resultantes da cessação do contrato, é forçado a provar a qualificação do contrato em causa como contrato de trabalho e não como contrato de prestação de serviços.

### A anterior redacção do art. 12.º CT

Com a entrada em vigor do Código de Trabalho é consagrado pela primeira vez na legislação portuguesa uma presunção de laboralidade, com a seguinte redacção:

*“Presume-se que as partes celebraram 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, superior a 90 dias.”*

Dada a formulação da presunção nestes termos, não admira que tenha sido criticada pela maior parte da doutrina.

Assim, JOÃO LEAL AMADO entende que apesar de o legislador ter instituído uma presunção, que devia ter como objectivo a facilitação da prova dos elementos associados à presunção, nomeadamente através da inversão do ónus da prova<sup>47</sup>, o objectivo não foi alcançado. Segundo o Autor *“a inusitada extensão da base da presunção (exigência de verificação cumulativa dos diversos factos indiciários) convertia aquele art. numa norma inútil (por não ajudar a resolver os casos duvidosos) e até, porventura, perniciosa (porque, numa certa leitura da mesma, poderia conduzir o tribunal à conclusão precipitada de que não existiria contrato de trabalho).”*

---

<sup>47</sup> É que nos termos do art. 350.º do CC *“Quem tem a seu favor a presunção legal escusa de provar o facto a que ela conduz”*.

ANDRADE MESQUITA, vai mais longe ao afirmar 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 art. 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 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<sup>48</sup>”*

No mesmo sentido, MONTEIRO FERNANDES, acrescenta “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 do CT. Pelo contrário o preceito pode gerar novas e sérias dificuldades operatórias<sup>49</sup>”

MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, analisando a presunção do art. 12.º do CT na sua anterior redacção entende que a mesma se revelou de uma utilidade prática muito reduzida, por vários motivos, nomeadamente por se tratar de uma presunção de “extremo rigor, uma vez que exigia a presença de todos os indícios constantes do art. 12.º”, para mais os indícios tem um valor e importância diferente para a determinação do tipo contratual. Por último, esta presunção aponta para o trabalho típico ou comum, para o qual não se suscitam muitas dúvidas de qualificação.

Por outro lado, a Autora entende que com uma presunção nestes termos, os tribunais, quando chamados a qualificar determinada realidade jurídica, podem tender a dificultar a qualificação do contrato de trabalho, uma vez que a verificação de apenas alguns destes indícios já seria suficiente para qualificar determinado contrato como de trabalho.

<sup>48</sup> ANDRADE MESQUITA, In. Direito do Trabalho, p. 386, apud. JOÃO LEAL AMADO, cit., Nota 13, p. 16.

<sup>49</sup> MONTEIRO FERNANDES, Direito do Trabalho, pp. 151-152, apud JOÃO LEAL AMADO, cit., nota 13, p. 16.

Assim, diz a Autora *“Em suma, tal como se encontrava formulada, a presunção do art. 12.º do CT não só não correspondia ao objectivo de facilitar a prova da existência de um contrato de trabalho, como se arriscava a dificultar a operação de qualificação”*.

JULIO MANUEL VIEIRA GOMES<sup>50</sup> é igualmente crítico no que respeita à primeira versão da presunção do art. 12.º do CT. Nas suas palavras *“Acrescente-se que a referida “presunção” não apenas era inútil, como podia revelar-se pernicioso, se fosse incorrectamente compreendida. Em primeiro lugar, porque a circunstância de o esforço probatório ser tão elevado para que o trabalhador pudesse “beneficiar” dela poderia contribuir para que, quando houvesse indícios em sentidos opostos, mais facilmente se negasse a existência de contrato de trabalho, porquanto era necessária a existência cumulativa dos principais indícios para que operasse uma mera presunção de contrato de trabalho. E em segundo lugar, pela existência de um período mínimo de duração do contrato para que este se presumisse, a qual poderia ser confundida com a exigência de uma duração mínima para que o contrato de trabalho exista, exigência que não existe no nosso ordenamento.”*

Também JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO<sup>51</sup> critica a anterior redacção pela sua extrema exigência. Este Autor deixa transparecer o seu inconformismo, não tanto com os requisitos que a presunção estabelece, mas sim com a exigência de estes requisitos serem de verificação cumulativa. Cada requisito é de verificação cumulativa, o que diminui a operacionalidade prática desta presunção.

Parte da doutrina reconheceu, no entanto, algumas virtualidades à anterior redacção do art. 12.º do CT. Neste sentido, ALBINO MENDES BAPTISTA, refere *“Da nossa parte, vemos utilidade no art. 12.º e consideramos que a inovação legislativa pode ter virtualidades.”* Mais à frente o Autor esclarece a sua posição nos seguintes termos *“Parece-nos correcto que se o prestador de trabalho consegue passar a prova da totalidade daqueles elementos presuntivos se veja desonerado da prova definitiva, ou seja que passe a caber ao beneficiário da actividade o ónus de prova que, não obstante, o contrato não é de trabalho”*. No entanto, esquece-se o Autor que se o trabalhador *“passar a prova da totalidade daqueles elementos”*, então não haverá margem para dúvidas de que se está perante um contrato de trabalho<sup>52</sup>.

Já ISABEL RIBEIRO PARREIRA, tem uma visão mais favorável da utilidade prática da anterior redacção do art. 12.º do CT, ao afirmar *“Contrariamente ao que se tem escrito e criticado a propósito desta presunção legal de contrato de trabalho, a nossa conclusão sobre a sua*

<sup>50</sup> JULIO MANUEL VIEIRA GOMES, cit., pp. 140-144.

<sup>51</sup> JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, cit., pp. 398-403.

<sup>52</sup> ALBINO MENDES BAPTISTA, “Qualificação contratual e presunção de laboralidade”, In. Estudos sobre o Código do Trabalho, 2ª edição, Coimbra Editora.

*introdução é genericamente positiva. Acreditamos que, sopesando vantagens e desvantagens, foi e vai ser cada vez mais útil a aplicação da presunção em matéria de qualificação de contrato de trabalho”<sup>53</sup>.*

Também a jurisprudência se tem mostrado algo incrédula com esta redacção da presunção de laboralidade. Assim no acórdão do TRP de 21/11/2005, com o n.º 0543392, lê-se no sumário que *“O art. 12.º do CT, estabelecendo uma presunção de que foi celebrado contrato de trabalho, deve ser interpretado correctivamente, fazendo corresponder a sua aplicação ao critério dos “factos-índice” que a doutrina vinha definindo e os Tribunais vinham aplicando antes da entrada em vigor do aludido Código.”* O Tribunal conclui, assim, através de douto acórdão, que *“Tal significa que, ontem como hoje, face à face de prova directa dos factos donde se possa concluir pela existência da subordinação jurídica e consequente qualificação do contrato, há que fazer um juízo global acerca dos factos-índice provados, concluindo depois pela qualificação do contrato como de trabalho ou como de prestação de serviços, mas sem o espartilho da verificação cumulativa de todos os factos índice constantes das cinco alíneas do art. 12.º do CT. Na verdade, o entendimento oposto colocará em contradição a presunção constante desta norma e a definição do art. 10.º do mesmo diploma, na medida em que a verificação da primeira é mais exigente do que a prova da segunda, o que representa um non sense na medida em que a presunção tem de estar ao serviço da definição, tanto no plano lógico da política legislativa, como no plano prático da decisão e não o contrário.*

*Assim, cremos que a melhor interpretação será aquela que vê consagrada no art. 12.º do CT o critério dos factos-índices, assim introduzindo harmonia no sistema e permitindo decisões adequadas.”*

### **A actual redacção do art. 12.º CT**

Através da Lei n.º 9/2006 de 30 de Março, o legislador deu nova redacção a alguns artigos do Código de Trabalho e da Regulamentação do Código de Trabalho.

Foi dada nova redacção ao art. 12.º do CT, cujo objectivo é (por incrível que possa parecer), conduzir à facilitação dos elementos indispensáveis para que se possa afirmar estarmos perante um contrato de trabalho, ou seja pretende esta presunção esclarecer as dúvidas existentes, não trazer mais dúvidas:

---

<sup>53</sup> ISABEL RIBEIRO PARREIRA, “Qualificação do contrato e presunção legal: notas para a interpretação e aplicação do art. 12.º do Código de Trabalho”, VII Congresso Nacional de Direito do Trabalho (Memórias), Almedina, Coimbra, 2004, pp. 127-174, apud. JOÃO LEAL AMADO, cit., nota 13, p. 17.

*“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.”*

Perante a nova redacção a doutrina foi praticamente unânime na sua crítica.

Comparando a nova presunção com a noção de contrato de trabalho, verificamos que a redacção foi para além da definição. Ou seja, podemos encontrar situações que preenchem os requisitos da definição de contrato de trabalho mas que não preenchem os requisitos da presunção de laboralidade. O que, no mínimo torna esta situação caricata e no máximo ridícula.

A definição do contrato de trabalho tem como requisitos, como já visto, a actividade, a remuneração e a subordinação jurídica. Se estiverem verificados estes requisitos, então estamos perante um contrato de trabalho de acordo com o art. 10.º do CT.

Mas a nova redacção do art. 12.º do CT, exige, para além da actividade, da remuneração e da subordinação jurídica, que o trabalhador esteja “*na dependência*” e inserido na “*estrutura organizativa do beneficiário da actividade*”. Ora, estes requisitos, são de uma problematicidade extrema. Precisar os seus limites é muito difícil. Para além do mais, a estes requisitos acrescem todos os outros previstos no art. 10.º do CT.

As presunções têm como objectivo facilitar a prova de determinados factos. Através da verificação de determinados factos (factos-base), a presunção facilita a prova de outro (facto presumido). Faz-se um salto lógico. Prova-se determinado facto e a lei presume, através de ilações lógicas, outro facto. Quem pretender que o facto que a lei presume não seja provado, tem que fazer prova nesse sentido. Ou seja, inverte-se o ónus da prova.

Ora, com uma presunção nestes termos a prova é dificultada. Isto porque, para se poder fazer uso desta presunção tem que se provar todos os elementos da definição de contrato de trabalho e, mais que isso, outros (a dependência e a inserção na estrutura organizativa), que a definição não exige.

Se a presunção constante do art. 8.º/1 do *Estatuto de los Trabajadores* Espanhol se limita a reproduzir a definição do art. 1.º, de forma que “*cuando existe un contrato de trabajo se presume que existe un contrato de trabajo*”, já com a definição do nosso art. 12.º do CT, quando

estivermos perante um contrato de trabalho, nos termos do art. 10.º, podemos não estar perante um contrato de trabalho pela presunção.

Daí dever fazer-se uma interpretação ab-rogante desta presunção. Redigida nestes termos, a sua utilização é totalmente inútil, podendo, pelo contrário, dificultar a qualificação do contrato de trabalho em sede judicial se o julgador se deixar influenciar ou guiar pela mesma.

A propósito da nova redacção da presunção, diz JOÃO LEAL AMADO *“Lê-se, mas 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 sem rodeios, mentirosa!”*

ALBINO MENDES BAPTISTA, em aditamento ao comentário da anterior presunção afirma: *“Na minha opinião, a presunção de laboralidade desapareceu e hoje o intérprete tenderá a operar apenas com o tipo legal”* e à frente acrescenta *“A criança, que ainda era a antiga presunção de laboralidade, não chegou a dar ao primeiros passos.”*

Também JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, critica a nova redacção do art. 12.º do CT ao afirmar *“se o preceito deixou de ser contraproducente, ele é agora verdadeiramente inútil, cumprindo nenhuma das funções que são de esperar de uma presunção”*.

JOÃO REIS, exprime a sua preocupação a respeito da inflexão verificada com a Lei n.º 9/2006, no seguinte modo *“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”*<sup>54</sup>.

JULIO MANUEL VIEIRA GOMES<sup>55</sup> entende que apesar de a prova da existência de contrato de trabalho, através da presunção, pelo trabalhador não ter sido muito facilitada, quando comparada com a antiga redacção da presunção, sempre a nova redacção do art. 12.º do CT representa *“um passo na direcção certa”*. Considera este Autor que apesar de ter desaparecido a referência à duração mínima da actividade prestada, o texto continua a ser confuso ou impreciso e a exigir demais para uma mera presunção. No entanto, e apesar de não se estar perante uma redacção que ponha cobro a todas as dificuldades sempre entende este Autor que apesar *“da letra infeliz do art. 12.º, é possível fazer uma leitura do preceito que não o esvazia de sentido útil”*.

Não concordamos com este Autor. Apesar de partilharmos as críticas que o Autor faz à actual redacção da presunção, somos da opinião que o legislador deu um passo atrás, não *“um*

<sup>54</sup> JOÃO REIS, “Arbitragem dos serviços mínimos e lei n.º 9/2006”, In. Questões Laborais, n.º 26, Ano XII – 2005, nota 22, p. 181.

<sup>55</sup> JULIO MANUEL VIEIRA GOMES, cit., pp. 143-144.

*passo na direcção certa*”. Se a anterior redacção da presunção era má, a actual é péssima e totalmente inútil.

Também MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO tem um entendimento mais optimista da nova redacção do art. 12.º do CT quando em comparação com a anterior redacção. Entende esta Autora que *“Da comparação desta redacção do preceito com a versão original resulta que a lei é actualmente menos exigente quanto aos requisitos da presunção da laboralidade, tendo-se concentrado nos aspectos que, de facto, melhor apontam para os elementos essenciais do contrato de trabalho”*<sup>56</sup>. Não podemos concordar, de forma alguma, com o entendimento da Autora.

Pelo exposto consideramos que a nova redacção do art. 12.º do CT não apresenta, no seguimento do entendimento dominante na doutrina, qualquer utilidade prática para a delimitação do contrato de trabalho dos contratos afins. Formulada nestes termos, a presunção é totalmente inútil, na medida em que só quando se figurar perfeitamente seguro estarmos perante um contrato de trabalho, é que, de acordo, com a presunção, estaremos perante um contrato de trabalho.

Pior, é que uma presunção nestes termos, pode levar a que na prática, muitos julgadores quando chamados a qualificar determinado contrato, se pronunciem pela não verificação de um contrato de trabalho.

Uma presunção, qualquer que ela seja, só tem utilidade para o interessado/beneficiário quando se limita à formulação de alguns (poucos) índices. Não nos podemos esquecer que, apesar da inversão do ónus da prova que a presunção acarreta, no que respeita aos índices da presunção o ónus da prova recai sobre quem quer tirar partido da mesma. Se os índices da presunção forem mais exigentes do que os próprios elementos do facto provando, como é o caso da presunção de laboralidade, então a presunção não apresenta qualquer vantagem para o seu beneficiário, sendo menos oneroso fazer prova directamente do facto que se pretende provar com a presunção.

O remédio transformou-se em veneno. O que parecia ser a solução para a utilização fraudulenta do contrato de prestação de serviços em substituição do contrato de trabalho, tornou-se numa dificuldade extra que o trabalhador tem que enfrentar, se quiser fazer valer o seu direito.

---

<sup>56</sup> MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, cit., pp. 43-44.

Daí entender que dada a teleologia da norma, o intérprete da actual presunção de laboralidade deve presumir, contra o preceituado no art. 9.º/3 do CC<sup>57</sup>, que o legislador esteve mal, que não soube exprimir o seu pensamento nos melhores termos.

A norma em causa não deixa espaço para uma interpretação correctiva. O objectivo do legislador – facilitar a prova da existência de contrato de trabalho – não foi de longe alcançado. Ao intérprete e ao julgador só resta fazer uma interpretação ab-rogante, fazendo a qualificação do contrato de trabalho directamente a partir da definição de contrato de trabalho, constante do art. 10.º do CT.

---

<sup>57</sup> Art. 9.º/3 do CC: “Na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.”

## Conclusão

Pelo que dissemos, conseguimos ficar com uma ideia, ainda que breve e esquemática das dificuldades existentes na delimitação do contrato de prestação de serviços e do contrato de trabalho.

Como vimos, a distinção entre ambos os contratos, ainda que fácil em abstracto, na prática é muito difícil. Tal deve-se não só à existência de uma certa interligação entre os elementos essenciais de ambos os tipos contratuais, como à existência de uma “zona cinzenta”, em que tanto podemos estar perante um contrato de trabalho como perante um contrato de prestação de serviços. A complicar tudo, o clássico modo de prestação do contrato de trabalho está a perder o seu relevo, adaptando-se à necessária evolução laboral de forma a melhor corresponder às exigências colocadas aos trabalhadores.

Para facilitar a delimitação dos tipos contratuais em causa, poderíamos recorrer ao método indiciário, mas são muitas as dificuldades e exigências que se colocam no recurso a este método.

Pensamos que a melhor opção será o recurso à figura da presunção. Claro que não com uma redacção do género da actual, constante do art. 12.º do CT, pois nestes termos uma presunção perde todo o valor que poderia ter. Parece que o legislador tentou fazer uma “piada jurídica”. A única atitude a tomar perante a nova redacção da presunção de laboralidade é optar por um estado de passividade. Fazer uma interpretação ab-rogante. Eliminar tal presunção do ordenamento jurídico.

Como referimos, a questão central na elaboração de uma presunção reside na extensão a conferir aos índices necessários a dar o salto lógico, para se presumir o facto-provando. Se tais índices forem muito exigentes, então estamos perante o recurso ao método indiciário. Se o recurso for pouco exigente, então poderemos estar a potenciar factos que não corresponde à realidade concreta.

O melhor caminho para alcançar os objectivos propostos pelo legislador seria através de uma presunção onde se colocasse em destaque alguns, poucos (nunca mais que cinco), indícios de subordinação jurídica (apenas os mais importantes, p. ex. a possibilidade de o empregador controlar a todo o tempo o modo de realização da prestação, a sujeição a ordens e não a meras directivas do trabalhador, a subordinação económica do trabalhador e a assunção de riscos ou a

possibilidade de ganhos com a realização da actividade do trabalhador), através de uma enumeração não cumulativa.

A verificação de algum dos indícios, faria presumir a existência de contrato de trabalho, protegendo a parte mais débil na relação laboral – o trabalhador – através da inversão do ónus da prova.

Se o empregador entendesse não estar perante um contrato de trabalho, mas sim perante um contrato de prestação de serviços, então caberia e ele a prova da autonomia. Prova, esta, facilitada, na prática, na medida em que o empregador goza de uma posição de supremacia face ao trabalhador.

## Bibliografia

- 1- ALBINO MENDES BAPTISTA, “*Qualificação Contratual e Presunção de Laboralidade*”, In. Estudos sobre o Código de Trabalho, 2ª Edição, Coimbra Editora.
- 2- ALBINO MENDES BAPTISTA, *Jurisprudência do Trabalho Anotada – Relação Individual de Trabalho*, SPB Editores e Livreiros, 2ª Edição, 1996.
- 3- ALDA MARIA FERREIRA JÚLIO, “*Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 17 de Novembro de 1999*” – *Contrato de trabalho de serviço doméstico; inexistência de subordinação jurídica*”, In. Revista de Direito e Justiça, vol. 18, 2004.
- 4- ANTÓNIO JOSÉ MOREIRA, “*O Modelo Português de Relações Laborais*”, In. Minerva, Ano V, n.º 8, 2006.
- 5- ANTÓNIO LEMOS MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 11ª edição, Almedina.
- 6- CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 1999.
- 7- Emprego no sector estruturado, 1.º e 2.º Trimestres de 2004; Disponível em <http://www.dgeep.mtss.gov.pt/estatistica/emprego/index.php>, acedido em 28/05/07, pelas 11 horas.
- 8- GALVÃO TELLES, “*Contratos Civis*” (Projecto completo de um titulo do futuro código civil português e respectiva exposição de motivos), In. BMJ – Boletim do Ministério da Justiça, n.º 83, Fevereiro – 1959, pp. 114-176.
- 9- JOÃO LEAL AMADO, “O contrato de trabalho entre a presunção legal e o presumível desacerto legislativo”, *Temas Laborais 2*, Coimbra Editora, 2007.
- 10- JOÃO REIS, “*Arbitragem dos Serviços Mínimos e Lei n.º 9/2006*”, In. *Questões Laborais*, Ano XII – 2005, n.º 26, nota 22.
- 11- JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “As fronteiras juslaborais e a (falsa) presunção de laboralidade”, *Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 2007.
- 12- JORGE LEITE, *Direito do Trabalho*, Vol. I, *Serviços da Acção Social da U.C.*, Coimbra, 2003.

- 13- JORGE LEITE, Direito do Trabalho, Vol. II, Serviços da Acção Social da U.C., Coimbra, 2004.
- 14- JULIO MANUEL VIEIRA GOMES, Direito do Trabalho, Volume I – Relações Individuais de Trabalho, Coimbra Editora, 2007.
- 15- MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, Direito do Trabalho, Parte I – Dogmática Geral, Almedina, 2005.
- 16- MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, Direito do Trabalho, Parte II – Situações Laborais Individuais, Almedina, 2006.
- 17- PEDRO FURTADO MARTINS, “*A Crise do Contrato de Trabalho*”, In. Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXXIX, Outubro – Dezembro 1997, n.º 4.
- 18- PEDRO ROMANO MARTINEZ et. alli., Código de Trabalho Anotado, Almedina, 2003.
- 19- PEDRO ROMANO MARTINEZ, “*Trabalho Subordinado e Trabalho Autónomo*”, In. Estudos do Instituto de Direito do Trabalho, Vol. I, Almedina.

## **Jurisprudência citada**

### **A. Do Supremo Tribunal de Justiça**

- 1- Acórdão do STJ de 31/05/1989, com o n.º 002430;
- 2- Acórdão do STJ de 27/02/1991, com o n.º 002707;
- 3- Acórdão do STJ de 13/06/1991, com o n.º 003318;
- 4- Acórdão do STJ de 19/06/1991, com o n.º 002980;
- 5- Acórdão do STJ de 17/02/1994, com o n.º 003820;
- 6- Acórdão do STJ de 14/10/1998, com o n.º 99S030;
- 7- Acórdão do STJ de 26/10/1998, com o n.º 99S097;
- 8- Acórdão do STJ de 09/01/2002, com o n.º 01S881;
- 9- Acórdão do STJ de 18/02/2002, com o n.º 02S3503;
- 10- Acórdão do STJ de 20/11/2002, com o n.º 03S796;
- 11- Acórdão do STJ de 18/06/2003, com o n.º 02S3385;
- 12- Acórdão do STJ de 08/02/2006, com o n.º 05S3485;
- 13- Acórdão do STJ de 24/05/2006, com o n.º 05S369;

**B. Do Supremo Tribunal Administrativo**

14- Acórdão do STA de 08/07/1999;

**C. Do Tribunal da Relação de Lisboa**

15- Acórdão do TRL de 09/10/1991, com o n.º 0068644;

16- Acórdão do TRL de 14/10/1998, com o n.º 004424;

**D. Do Tribunal da Relação do Porto**

17- Acórdão do TRP de 19/02/2001 (CJ, ano XXVI, t. I, 253, 2.ª Col.);

18- Acórdão do TRP de 21/11/2005, n.º 0543392.